

WYROK

z dnia 13 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez

MPK Sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Ostrów Mazowiecka ul. 3 Maja 66, 07-300 Ostrów Mazowiecka

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża MPK Sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MPK Sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od MPK Sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5, 07-401 Ostrołęka na rzecz Miasta Ostrów Mazowiecka ul. 3 Maja 66, 07-300 Ostrów Mazowiecka kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Ostrołęce.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ostrów Mazowiecka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu miasta Ostrów Mazowiecka”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 kwietnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym UE. Tego samego dnia zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

29 kwietnia 2013 r. odwołujący – MPK Spółka z o.o. w Ostrołęce wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. pkt 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), pkt 11.1.5. ppkt 1 ogłoszenia, § 6 ust. 7 umowy w zakresie, w jakim nakazują przekazywanie odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do Zastępczej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Starym Lubiejewie prowadzonej przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej Sp. z o.o., w przypadku jej awarii do instalacji zlokalizowanej w m. Ławy prowadzonej przez MPK Sp. z o.o. w Ostrołęce RIPOK, lub RIPOK w miejscowości Wola Suchożebrska, prowadzonej przez Zakład Utylizacji Odpadów w Siedlcach Sp. z o.o.;
2. pkt 3.1. siwz, pkt II.1.1. ogłoszenia, § 1 ust. 1 umowy poprzez zorganizowanie postępowania przetargowego wyłącznie w zakresie odbioru odpadów komunalnych w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany był do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych celem przeprowadzenia procedury przetargowej na odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Ostrów Mazowiecka;
3. pkt 3.1. ppkt 4 i 5 siwz, pkt 11.1.5. ppkt 4 i 5 ogłoszenia, § 6 ust. 8 umowy w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę obowiązek nieodpłatnego wyposażania nieruchomości, z których odbierane są odpady, w pojemniki oraz w kolorowe worki na odpady segregowane;
4. pkt 3.1. ppkt 6 siwz w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę obowiązek przedstawienia zamawiającemu (jeden raz w miesiącu) sprawozdania z miejsc odbioru tego rodzaju worków

(adres i ilość dostawionych worków) potrzebnego do przeprowadzenia kontroli ilości osób zamieszkałych w danej nieruchomości;

5. pkt 3.1. ppkt 14 siwz, pkt. 11.1.5. ppkt 14 ogłoszenia, § 6 ust. 9 umowy w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę obowiązek kontrolowania realizacji przez właściciela nieruchomości obowiązków w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a w przypadku ich niedopełnienia wykonawca zobowiązany jest przyjąć odpady jako zmieszane odpady komunalne i niezwłocznie pisemnie powiadomić o tym zamawiającego; do informacji wykonawca zobowiązany będzie załączyć dokumentację filmową lub zdjęciową umożliwiającą identyfikację nieruchomości z rejestracją daty i godziny;

6. pkt 3.1. ppkt 17 siwz, pkt. 11.1.5. ppkt 19 ogłoszenia, § 7 ust. 1 umowy w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę obowiązek ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania do wysokości określonej w przepisach rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 25 maja 2012 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów;

7. pkt 11.1.5. ppkt 21 ogłoszenia o zamówieniu, § 10 ust. 4 umowy w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę kary z tytułu nieosiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania obliczone w sposób określony w art. 9x ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

8. pkt 11.1.5. ppkt 23 ogłoszenia o zamówieniu, § 6 ust. 16, 18 oraz 30 umowy w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę obowiązek zapewnienia dojazdu do punktów trudnodostępnych (szczególnie zimą i w okresie wzmożonych opadów deszczu i śniegu) poprzez zorganizowanie środków transportu, które umożliwią odbiór odpadów z punktów adresowych o problematycznej lokalizacji;

9. § 6 ust. 16 umowy w zakresie, w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek utrzymania w ciągłej czystości jezdni i dojazdów do posesji w czasie realizacji usług odbioru i transportu odpadów;

10. § 6 ust. 18 umowy w zakresie, w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek odbioru i transportu odpadów również w przypadkach, kiedy dojazd do nieruchomości, z których są odbierane odpady komunalne, będzie znacznie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów itp.; w takich przypadkach wykonawcy nie przysługują roszczenia z tytułu wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy;

11. § 8 ust. 2 i 4 umowy poprzez wskazanie, iż wynagrodzenie wykonawcy obejmuje wszystkie elementy ujęte w opisie przedmiotu zamówienia, znajdującym się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz całkowity koszt odbioru i zagospodarowania wszystkich odpadów

komunalnych wraz z kosztami pośrednimi i bezpośrednimi, które wykonawca poniesie w trakcie wykonywania usług, a wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 jest niezmiennie przez cały okres wykonywania przedmiotu umowy i uwzględnia wszelkie elementy inflacyjne oraz wszelkie koszty wynikające z realizacji przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty;

12. § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz ust. 3 umowy poprzez nałożenie na wykonawcę kary umownej w wysokości 0,1 % miesięcznego wynagrodzenia brutto za każdorazowy przypadek zanieczyszczenia lub pozostawienia nieuporządkowanego miejsca gromadzenia odpadów lub zanieczyszczenia trasy przejazdu oraz w wysokości 250 złotych za każdy przypadek stwierdzenie nieoznakowania lub nieczytelnego oznakowania lub nietrwałego oznakowania w widocznym miejscu pojazdów służących do wykonania przedmiotu umowy poprzez umieszczenie na nich nazwy i danych teleadresowych wykonawcy;

13. § 10 ust. 8 pkt 1 i 2 umowy poprzez wprowadzenie prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy na skutek nierozpoczęcia wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 1 lipca 2013 r. oraz zaniechania realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany przez kolejnych 7 dni kalendarzowych bez względu na przyczynę przerwania bądź nieprzystąpienia do realizacji umowy;

14. § 10 ust. 10 umowy poprzez wprowadzenie prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach; w takim przypadku wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy;

15. § 10 ust. 10 umowy poprzez wprowadzenie prawa zamawiającego do potrącania kar z bieżącego wynagrodzenia wykonawcy, a wykonawca wyraża na to zgodę.

W związku z powyższym zamawiający naruszył:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedokładny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przez to uniemożliwiający ustalenie realnej wartości zamówienia i ustalenie składników kosztowych wynagrodzenia wykonawcy;

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowień „Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023” oraz uchwały nr 212/12 w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017

z uwzględnieniem lat 2018-2023 wraz ze zmianami, polegające na nałożeniu na wykonawców obowiązku przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do Zastępczej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Starym Lubiejewie w sytuacji, gdy zgodnie z postanowieniami WPGO odebrane odpady komunalne w pierwszej kolejności powinny trafić do RIPOK w miejscowości Ławy prowadzonej przez odwołującego lub RIPOK w miejscowości Wola Suchożebrska;

3. art. 3 ust. 1 oraz art. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, co skutkuje niezastosowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany był do stosowania tej ustawy celem przeprowadzenia procedury przetargowej na odbiór i zagospodarowanie odpadów, a nie tylko na odbiór odpadów;

4. art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie projektu umowy w sposób składający całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia na wykonawcę, a także godzące w istotę i cel zamówienia publicznego poprzez: a) wprowadzenie rażąco wygórowanych kar umownych, których zastosowanie doprowadzi do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia, b) wprowadzenie obowiązku zapłaty kary umownej za wypadek nieodbierania odpadów z miejsc ich gromadzenia, które nie zostały umieszczone w pojemnikach, w warunkach braku wpływu wykonawcy na dobór pojemności pojemnika do potrzeb nieruchomości, a także na dyscyplinowanie właścicieli nieruchomości do gromadzenia odpadów zgodnie z „Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Ostrów Mazowiecka”, c) przyznania jedynie zamawiającemu prawa do żądania odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych, d) wprowadzenie obowiązku objęcia usługą wykonawcy dodatkowych (w stosunku do spisu) nieruchomości, a także nieruchomości ze zwiększoną liczbą mieszkańców w ramach pierwotnego wynagrodzenia, e) brak zagwarantowania wykonawcy jakiegokolwiek wpływu na dyscyplinowanie właścicieli nieruchomości w zakresie współpracy z wykonawcą, umożliwiającej wykonanie przez niego obowiązków, przy jednoczesnym wprowadzeniu kar umownych za niewykonanie obowiązków umownych, do których niezbędna jest współpraca z właścicielem nieruchomości,

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu i projektu umowy:

1. pkt 3.1. siwz, pkt. 11.1.5. ppkt 1 ogłoszenia, § 6 ust. 7 umowy poprzez nakazanie przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do RIPOK zlokalizowanej w m. Ławy lub RIPOK w miejscowości Wola Suchożebrska, a przypadku awarii tych instalacji, do Zastępczej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Starym Lubiejewie;

2. pkt 3.1. siwz, pkt. II.1.1. ogłoszenia, §1 ust. 1 umowy poprzez nakazanie zamawiającemu zorganizowania postępowania przetargowego na odbiór i zagospodarowanie odpadów od właściciel nieruchomości położonych na terenie miasta Ostrów Mazowiecka;
3. pkt 3.1. ppkt 4 i 5 siwz, pkt 11.1.5. ppkt 4 i 5 ogłoszenia, § 6 ust. 8 umowy poprzez usunięcie zapisów statuujących obowiązek nieodpłatnego wyposażania nieruchomości w pojemniki na odpady i dostosowanie zapisów umowy do możliwości wkalkulowania kosztów wyposażenia nieruchomości w pojemniki w cenę zamówienia;
4. pkt 3.1. ppkt 6 siwz poprzez usunięcie zapisu o obowiązku sprawozdania z miejsc odbioru tego rodzaju worków (adres i ilość dostawionych worków) potrzebnego do przeprowadzenia kontroli ilości osób zamieszkałych w danej nieruchomości;
5. pkt 3.1. ppkt 14 siwz, pkt. 11.1.5. ppkt 14 ogłoszenia, § 6 ust. 9 umowy przez usunięcie kontrolowania i dokumentowania realizacji przez właściciela nieruchomości obowiązków w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych;
6. pkt. 3.1. ppkt 17 siwz, pkt 11.1.5. ppkt 19 ogłoszenia, § 7 ust. 1 umowy przez usunięcie obowiązku wykonawcy ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania do wysokości określonej w przepisach rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 25 maja 2012 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów;
7. pkt 11.1.5. ppkt 21 ogłoszenia, § 10 ust. 4 umowy przez usunięcie zapisów o karach umownych z tytułu nieosiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
8. pkt 11.1.5. ppkt 23 ogłoszenia o zamówieniu, § 6 ust. 16, 18 oraz 30 umowy przez usunięcie obowiązku zapewnienia przez wykonawcę dojazdu do punktów trudnodostępnych (szczególnie zimą i w okresie wzmożonych opadów deszczu i śniegu) poprzez zorganizowanie środków transportu, które umożliwią odbiór odpadów z punktów adresowych o problematycznej lokalizacji;
9. § 6 ust. 16 umowy przez usunięcie obowiązku wykonawcy utrzymania w ciągłej czystości jezdni i dojazdów do posesji w czasie realizacji usług odbioru i transportu odpadów;
10. § 6 ust. 18 umowy przez usunięcie obowiązku wykonawcy odbioru i transportu odpadów również w przypadkach, kiedy dojazd do nieruchomości, z których są odbierane odpady, będzie znacznie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów itp.;
11. § 8 ust. 2 i 4 umowy poprzez ustalenie, iż wykonawca będzie miał prawo żądania dodatkowego wynagrodzenia w sytuacji zmiany czynników kształtujących poziom wynagrodzenia ryczałtowego, w szczególności zmiany ilości mieszkańców i gospodarstw domowych, z których odbierane będą odpady;

12. § 10 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz ust. 3 umowy poprzez usunięcie skarżonych zapisów o karach umownych bądź ich obniżenie do poziomu 0,01 % miesięcznego wynagrodzenia brutto za każdorazowy przypadek zanieczyszczenia lub za każdy przypadek stwierdzenia nieoznakowania albo nieczytelnego lub nietrwałego oznakowania w widocznym miejscu pojazdów służących do wykonania przedmiotu umowy oraz wprowadzenie procedury umożliwiającej wykonawcy przeprowadzenie działań naprawczych przed nałożeniem na niego kary (np. w postaci niezwłocznego uprzątnięcia odpadów bądź oznaczenia pojazdów);
13. § 10 ust. 8 pkt 1 i 2 umowy poprzez uzależnienie prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy na skutek nierozpoczęcia wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 1 lipca 2013 r. oraz zaniechania realizacji umowy przez kolejnych 7 dni kalendarzowych od zawnionych przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy;
14. §10 ust. 10 umowy poprzez usunięcie zapisu o prawie zamawiającego do odstąpienia od umowy oraz, iż w takim przypadku wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy;
15. § 10 ust. 10 umowy poprzez usunięcie zapisu o prawie zamawiającego do potrącenia kar z bieżącego wynagrodzenia wykonawcy, a wykonawca wyraża na to zgodę;
16. nakazanie zamawiającemu dokonania innych czynności faktycznych i prawnych niezbędnych do zapewnienia poprawności postępowania w związku z wnioskowanymi wyżej zmianami;
17. ewentualnie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania jako dotkniętego wadą niemożliwą do usunięcia w dalszym toku postępowania i skutkującego wystąpieniem przesłanek bezwzględnej nieważności umowy.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, z uwzględnieniem dokonanych zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. o rozpoznanie sprawy w zakresie zarzutów nieuwzględnionych poprzez dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji – o oddalenie odwołania w całości.

Ad. 1 i 2 Na podstawie bilansu mocy przerobowych RIPOK w ostrołęcko-siedleckim regionie gospodarki odpadami zawartych w „Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego” ustalono, że ich moc przerobowa jest niewystarczająca w stosunku do strumienia odpadów, jaki planowany jest do przetwarzania. Mając na uwadze właściwe prowadzenie gospodarki odpadami, została określona zastępcza instalacja w Starym Lubiejewie. Wskazanie tej instalacji miało na celu obniżenie kosztów związanych z transportem odebranych odpadów i kosztów obsługi systemu gospodarki odpadami komunalnymi. Wbrew twierdzeniom odwołującego, z uchwały 212/13 w sprawie uchwalenia „Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023” nie wynika zakaz wskazania instalacji zastępczej jako

właściwiej do odbioru odpadów. Z załącznika nr 2 do „Planu” wynika wprost, że instalacja w Starym Lubiejewie jest instalacją zastępczą, jednak wskazano tam również prawo gminy do wskazania takiej instalacji jako właściwiej do przetwarzania odpadów: „W celu zorganizowania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wójt, burmistrz, prezydent przeprowadza przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. W pierwszym przypadku, to gmina wskazuje do których instalacji regionalnych lub zastępczych zostaną skierowane odpady, natomiast w drugim – to przedsiębiorca wybiera instalację wskazaną dla właściwego regionu, do której trafiają odpady.” Z powyższego wynika bezsprzecznie, że bezwarunkową możliwość wskazania instalacji zastępczej pozostawiono zamawiającym. Stąd zarzut odwołującego jest bezzasadny i nie znajduje oparcia w aktach prawa miejscowego.

Zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie jednostka samorządowa ma prawo ogłoszenia przetargu tylko na odbiór odpadów komunalnych wskazując jednocześnie instalację, do której odebrane odpady powinny być dostarczane. Takie stanowisko wynika nie tylko wprost z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ale także z cytowanego powyżej fragmentu „Planu”. Obowiązkiem gminy jest przeprowadzenie konkurencyjnego postępowania przetargowego na odbiór odpadów, taki obowiązek nie został natomiast ustanowiony w stosunku do zagospodarowania odpadów. Przepisy dają zamawiającemu bezwarunkowe prawo wyboru modelu gospodarowania odpadami w gminie i nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia, że RIPOK powinien być wyłoniony w trybie określonym przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto w ocenie zamawiającego uzasadnione jest skierowanie strumienia odpadów do zastępczej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, gdyż brak możliwości przerobowych w RIPOK stwarza zagrożenie, że odpady będą zagospodarowywane w niewłaściwy sposób.

Ad. 3 Postanowienie siwz obligujące do nieodpłatnego wyposażania nieruchomości we wskazane w niej pojemniki oraz worki nie oznacza, że wykonawca ma obowiązek bezpłatnego ich dostarczenia bez możliwości wliczenia kosztów w cenę usługi. Poprzez zwrot „nieodpłatne” zamawiający chciał zasygnalizować jedynie, że wykonawca nie może przerzucić kosztów wyposażenia w pojemniki i folie na właścicieli nieruchomości. Odwołujący dokonał nieuprawnionej interpretacji siwz, która całkowicie mija się z intencją zamawiającego. Kwestia wliczenia w cenę usługi kosztów zaopatrzenia właścicieli nieruchomości w pojemniki i worki jest uregulowana w punkcie 13.4 siwz dotyczącym sposobu obliczenia ceny: „Cena ofertowa musi zawierać wszystkie elementy cenotwórcze związane z realizacją przedmiotu zamówienia m.in. koszty: (...) odpowiedniego oznakowania i wyposażenia właścicieli nieruchomości jednorodzinnych w odpowiednie worki do selektywnej zbiórki odpadów”. Zamawiający oczekuje więc od wykonawcy uwzględnienia takich kosztów.

Ad. 4 i 5 Obowiązek przedstawiania sprawozdań jest niezbędny w celu zapewnienia bieżącej aktualizacji bazy danych o właścicielach nieruchomości oraz naliczania opłaty za odbiór odpadów. Przyjęta metoda naliczania opłaty, tj. od osoby, wymaga stałego monitorowania zmian zachodzących w ilości osób zamieszkujących posesje, na których powstają odpady. Brak sprawozdań pozbawi zamawiającego podstawowych informacji służących do stałej aktualizacji i monitorowania całego systemu. Przy tym to wykonawca odbierający odpady ma możliwość bieżącego stwierdzenia, na jakich nieruchomościach dostawiane są przy pojemnikach dodatkowe worki z niesegrowanymi odpadami komunalnymi, co pozwoli zamawiającemu na dalszą weryfikację ilości osób zamieszkujących nieruchomość. Bezpodstawne są więc zarzuty, że wykonawca zobowiązany jest do inwigilowania mieszkańców.

W związku z przyjętymi stawkami opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, które przewidują dwie stawki, tj. niższą w przypadku selektywnego gromadzenia odpadów oraz wyższą za odpady gromadzone w sposób zmieszany, obowiązek kontroli przez wykonawcę jest niezbędny w celu zapewnienia właściwego gospodarowania przez właścicieli nieruchomości wytworzonymi odpadami odpowiednio do uiszczanej opłaty. Ponadto kontrola przez wykonawcę zapewni zamawiającemu monitorowanie wywiązywania się przez właścicieli zamieszkałych nieruchomości z obowiązku segregacji odpadów zadeklarowanych w złożonej deklaracji. Wykonawca, jako podmiot mający bieżącą wiedzę o sposobie segregowania odpadów, ma jedynie w odpowiedniej formie poinformować o tym fakcie zamawiającego, by możliwe było podjęcie przez niego dalszych czynności.

Ad. 6 i 7 Zamawiający 10 maja 2013 r. dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia usuwając ppkt 17 z ppkt 3.1 siwz oraz ust. 1 w § 7 umowy. Zamawiający dokonał również modyfikacji § 10 ust. 4 umowy usuwając kwestionowane zapisy. Dodatkowo w konsekwencji tych zmian zamawiający usunął ppkt 16 z pkt 3.1. siwz, ust. 28 z § 6 oraz ust. 3 z § 7 umowy. Na skutek powyższych modyfikacji spór stał się bezprzedmiotowy.

Ad. 8 Obowiązek zapewnienia przez wykonawcę dojazdu do punktów trudnodostępnych, szczególnie zimą i w okresie wzmożonych opadów deszczu i śniegu poprzez zorganizowanie środków transportu, które umożliwią odbiór odpadów z punktów adresowych o problematycznej lokalizacji, dotyczy w szczególności posesji położonych w oddaleniu od dróg publicznych, których utrzymanie należy do obowiązków miasta jako zarządcy. Zapis ten jest niezbędny w celu wyeliminowania sytuacji, w której wykonawca nie odbierałby odpadów z posesji oddalonych od dróg publicznych uzasadniając powyższe środkami transportu nie przystosowanymi do odbierania odpadów w takich przypadkach. Powyższy zapis jest niezbędny w celu zapewnienia odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości niezależnie od panujących warunków atmosferycznych. Przy tym zamawiający zobowiązuje wykonawcę do dojazdu do punktów trudnodostępnych, a nie do takich, do których dojazd jest niemożliwy.

Wbrew twierdzeniom odwołującego obowiązek ten nie może być utożsamiany z zapewnieniem utrzymania dróg publicznych przez odwołującego.

Ad. 9 Obowiązek utrzymania w czystości jezdni oraz dojazdów do posesji dotyczy wyłącznie przypadków zanieczyszczenia powyższych miejsc w związku z odbiorem odpadów komunalnych. Odwołujący dokonał interpretacji siwz, która mija się z intencją zamawiającego. Powyższy zapis jest niezbędny w celu zapewnienia czystości i porządku w miejscach realizacji usługi przez wykonawcę.

Ad. 10 Obowiązek transportu odpadów również w przypadku, kiedy dojazd do nieruchomości, z których są odbierane odpady, będzie znacznie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów itp. dotyczy przypadków, kiedy nie będzie możliwości bezpośredniego dojazdu środkami transportu do posesji, a powstanie konieczność dostarczenia odbieranych odpadów zgromadzonych w pojemnikach oraz workach na odległość poza teren prowadzonych prac remontowych takich, jak remonty wjazdów na posesję lub naprawa uszkodzonych fragmentów nawierzchni jezdni ulic. Zapis ten jest niezbędny w celu zapewnienia odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości mimo prowadzonych prac remontowych w pasach drogowych. Obowiązek ten nie może być utożsamiany z utrzymaniem jezdni przez odwołującego.

Ad. 11 Z samej istoty ryczałtu wynika, że jest to wynagrodzenie niezmiennicze. Przepisy nie zabraniają zamawiającemu stosowania wynagrodzenia ryczałtowego. Wykonawca biorąc udział w postępowaniu wyraża zgodę na ten rodzaj wynagrodzenia i musi sobie zdawać sprawę, że nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w momencie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wykonawca, kalkulując cenę oferty musi przewidzieć wszystkie okoliczności mogące wpłynąć na cenę zamówienia.

Zapisy w punkcie 13.5. oraz 13.7. siwz, że „cena oferty będzie traktowana jako ostateczna i nie będzie podlegać zmianom ani waloryzacji przez cały okres realizacji umowy” oraz „skutki finansowe jakichkolwiek błędów obciążają wykonawcę zamówienia – musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę przedmiotu zamówienia” są jedynie tłumaczeniem sensu wynagrodzenia ryczałtowego i nie mają na celu nierównego traktowania wykonawców, a wręcz mają zapewnić równe traktowanie wykonawców poprzez jasne stwierdzenie, że wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia.

Zamawiający dołożył wszelkich starań, aby przedstawione dane były rzetelne i kompletne. Odwołujący nie kwestionuje prawidłowości i kompletności opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie hipotetycznie zakłada możliwość podania przez zamawiającego danych nierzetelnych. Twierdzenia Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym. W opisie przedmiotu zamówienia przewidziano, iż „dane o ilości osób zamieszkałych mogą się zmienić na skutek ruchu ludności oraz liczba nieruchomości zamieszkałych może w niewielkim stopniu ulec zmianie w wyniku oddania do użytku i zamieszkania nowych budynków lub wyludnienia”. Dodatkowo zamawiający uszczegółowił opis przedmiotu

zamówienia określając możliwość zmiany liczby osób na poziomie +/-0,5% (a więc niewielkim). W związku z rzetelnym opisem przedmiotu zamówienia, wskazaniem zakresu możliwych zmian oraz krótkim terminem realizacji umowy (1,5 roku) możliwe jest prawidłowe skalkulowanie przez wykonawców ceny ryczałtowej. Powszechnie wiadomo, że w ostatnich latach liczba ludności w mieście systematycznie spada, istnieje więc duże prawdopodobieństwo, że odwołujący będzie świadczył usługę w mniejszym zakresie, niż wskazany w siwz.

Ad. 12 Zapisy dotyczące kar umownych za zanieczyszczenie lub pozostawienie nieuporządkowanego miejsca gromadzenia odpadów lub zanieczyszczenia trasy przewozu oraz braku oznakowania pojazdów służących do wykonywania przedmiotu umowy są niezbędne w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia. Ich brak zwolni wykonawcę ze szczególnej dbałości o utrzymanie czystości i porządku w miejscach świadczonych usług oraz tras przewozu odebranych odpadów komunalnych. Zapis taki należy zabezpieczać interes publiczny, jego brzmienie nie narusza praw potencjalnych wykonawców. Z uwagi na specyfikę wykonywanej usługi nie ma możliwości podjęcia przez wykonawcę działań naprawczych (np. wyznaczania przez zamawiającego dodatkowego terminu na uprzątnięcie pozostawionych zanieczyszczeń).

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym mającym na celu zmobilizowanie wykonawców do prawidłowego wykonywania zobowiązań wynikających z umowy. Zamawiający dokonał zmianą siwz zmniejszył karę umowną określoną w § 10 ust. 1 pkt 3 umowy z 0,1% miesięcznego wynagrodzenia brutto na 0,05% miesięcznego wynagrodzenia brutto, wobec czego kara ta jest jeszcze mniej dolegliwa. Całkowita rezygnacja z kar umownych nie zabezpieczałaby w sposób prawidłowy interesu zamawiającego, który w tym przypadku jest tożsamy z interesem publicznym,

Ad. 13 Zapis dotyczący prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy na skutek nierozpoczęcia wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 1 lipca 2013 r. oraz zaniechania realizacji umowy jest niezbędny w celu zabezpieczenia interesu publicznego poprzez zapewnienie podjęcia działań mających na celu sprawny odbiór odpadów od właścicieli zamieszkałych nieruchomości. Zamawiający dokonał jednak zmiany siwz poprzez doprecyzowanie, że przypadki uprawniające do odstąpienia od umowy muszą być spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy (§ 10 ust. 8 pkt 1 i 2 umowy).

Ad. 14. W § 10 ust. 10 umowy przewidziano możliwość i konsekwencje odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ma zastosowanie niezależnie od postanowień umownych, a odwołujący kwestionuje treść przepisów powszechnie obowiązujących.

Ad. 15 Sam odwołujący wskazał, że prawo do potrącenia wzajemnych wierzytelności wynika wprost z przepisów Kodeksu cywilnego i wobec tego nie ma potrzeby, aby tego typu zapis znajdował się w umowie. Nie ma jednak też przeszkód, by zapis ten znalazł się w umowie.

Oczywiste jest przy tym, że skuteczność zarzutu potrącenia w przypadku sporu będzie badał sąd.

Żądanie unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym, a także pozostaje w sprzeczności z posiadaniem przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rozstrzygając spór dotyczący treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności sporządzonego przez zamawiającego projektu czy wzoru umowy należy przede wszystkim zwrócić uwagę, iż Izba w swoich wyrokach odnosi się przede wszystkim do naruszenia obowiązujących przepisów. Natomiast w przypadku umów często brak jest takich szczegółowych przepisów, gdyż zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Z samego powyższego opisu wynika, że zasada swobody umów wymaga konsensusu dwóch stron – a więc z tego punktu widzenia nie ma przeszkód, by zamawiający wyraził swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie wymagań klienta zgodził, albo nie. W taki sposób zawieranych jest *gros* umów.

Z drugiej zaś strony należy też zwrócić uwagę, że w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Co do drugiego z ww. ograniczeń trzeba wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo

wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

Zatem ustawodawca odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy (dotyczy to też jej przedmiotu).

Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami.

Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. W niniejszym przypadku stroną, która nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych postanowień jest zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie odmówił zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w zakresie postanowień, których nie zmienił). Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz odwołujący, jest to, iż umowy z zamawiającym nie zawrze (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury).

Zresztą ustalanie przez organizatora przetargu warunków tego przetargu jest ogólną regułą prowadzenia przetargu (por. art. 70¹ Kodeksu cywilnego). Poza wszystkim jest to także konieczność organizacyjna, gdyż o ile zamawiający jest jeden, to po stronie wykonawców może wystąpić dowolna ilość podmiotów, z których każdy może mieć własną koncepcję brzmienia umowy, co z kolei byłoby niedopuszczalne ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie – zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zgodnie z art. 180 odwołanie dotyczy wyłącznie niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w

postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Ponieważ ustawy Prawo zamówień publicznych, poza kilkoma wyjątkami (art. 139-146), nie obejmuje postanowień umownych, Izba zasadniczo może orzec o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy tylko w przypadku zaistnienia ww. okoliczności.

Po zapoznaniu się z zarzutami odwołującego, argumentacją zawartą w odpowiedzi na odwołanie oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba nie stwierdziła w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień, które naruszałyby obowiązujące przepisy prawa, zasady życia społecznego czy dobre obyczaje albo byłyby wbrew naturze stosunku prawnego, który ma powstać między stronami.

Zdaniem Izby zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania mieszczące się w zakresie jego uprawnień jako organizatora przetargu, które nie naruszają uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przede wszystkim należy bowiem stwierdzić, że to zamawiający określa zakres (przedmiot) zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami i zakres ten wykonawca ma wykonać.

Co do zarzutu 1. i 2. – zamawiający postanowił, że przedmiotem zamówienia będzie odbiór odpadów z nieruchomości mieszkalnych i ich transport do należącej do gminy Zastępczej Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (ZRIPOK) w Starym Lubiejewie i taki przedmiot zamówienia mają wykonać wszyscy wykonawcy, a więc trudno mówić tu, że któryś z nich jest w tym zakresie preferowany. Przy tym częścią zamówienia nie jest, i tym samym nie wchodzi w cenę oferty, opłata dla ZRIPOK w Starym Lubiejewie. Zatem nawet jeśli w postępowaniu weźmie udział Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej Sp. z o.o. – właściciel instalacji w Starym Lubiejewie, to jego zakres i koszty wykonania zamówienia jest identyczny jak pozostałych, tj. odebranie odpadów z nieruchomości i ich dowóz do ZRIPOK w Starym Lubiejewie. To, iż odwołujący preferowałby rozwiązanie, które byłoby dla niego korzystniejsze finansowo, tj. uzyskiwać dodatkowy zarobek na zagospodarowaniu odpadów, nie oznacza, że przedmiot zamówienia został określony przez zamawiającego w sposób niezgodny z przepisami.

Nie można się też zgodzić z odwołującym, iż zamawiający określając przedmiot zamówienia złamał przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z treści art. 6d ust. 1 tej ustawy wynika bowiem wyraźnie, iż gmina może ogłosić przetarg albo na odbiór albo na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych („Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.”).

Jak wynika z przedstawionego przez zamawiającego „Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023”, zamawiający mógł wskazać instalację właściwą do odbioru odpadów. Należy też wskazać, że to do gminy należy realizacja jej zadań zgodnie z przepisami krajowymi i aktami prawa miejscowego, a sama kognicja Izby obejmuje zakres objęty ustawą Prawo zamówień publicznych, a nie sprawowanie nadzoru nad gminą w tym zakresie.

Co do zarzutu 3. – ewidentne jest, iż postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiące, że wykonawca ma „nieodpłatnie” wyposażyć nieruchomości w pojemniki oraz worki na odpady nie oznacza, że wykonawca ma samodzielnie ponieść koszty tego zakresu usługi – bezsporne jest bowiem, że nie tylko może, ale wręcz musi je wliczyć w cenę oferty. Wskazuje na to nie tylko przywołane przez zamawiającego postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące obliczenia ceny oferty, ale też jest to oczywiste z punktu widzenia zasad, którymi kierują się zamówienia publiczne. Tym samym za „nieodpłatne” (dla mieszkańców nieruchomości) zaopatrywanie ich w worki i pojemniki ostatecznie zapłaci zamawiający w wynagrodzeniu wykonawcy. Tym samym wniosek odwołującego o zawarcie takiego postanowienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest bezprzedmiotowy.

Co do zarzutu 4. i 5. – Izba zgadza się z zamawiającym, iż nałożenie na wykonawcę obowiązku roboczego kontrolowania i przedstawiania zamawiającemu sprawozdań dotyczących ilości i rodzaju (segregacji) wyrzucanych w danych nieruchomościach odpadów jest celowe. Jedyne bowiem podmiot odbierający odpady jest w stanie zgromadzić takie dane. Sam zaś zakres danych nie obejmuje, zdaniem Izby, obowiązku „inwigilacji” mieszkańców danych nieruchomości, lecz jedynie – jak już wskazano – ilości i rodzaju odpadów z danej nieruchomości.

Należy też zwrócić tu uwagę na trzy okoliczności – po pierwsze jest to wymóg zamawiającego będący częścią usługi, za który wykonawca może żądać stosownej opłaty (wliczonej w cenę oferty), skoro nakładane są na niego dodatkowe obowiązki. Po drugie – leży nie tylko w interesie zamawiającego, lecz także podmiotu odbierającego odpady, który przy większej niż deklarowana liczbie mieszkańców i braku segregacji, będzie musiał odbierać więcej odpadów niż zostało przewidziane na podstawie podanej liczby mieszkańców, inny rodzaj odpadów (segregowane, niesegregowane), dostarczać większą liczbę worków itd. Po trzecie zaś – wymóg ten jest częściowo powtórzeniem regulacji art. 9f ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w której mowa jest o obowiązku powiadamiania: „w przypadku

niedopełniania przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako zmieszane odpady komunalne i powiadamia o tym gminę”.

Co do zarzutu 6. i 7. – zamawiający zmienił w tym zakresie specyfikację istotnych warunków zamówienia, a zmiana ta spełnia oczekiwania odwołującego, zatem rozstrzygnięcie w tym zakresie jest zbędne.

Co do zarzutu 8. i 10. – z samej natury usługi polegającej na odbiorze odpadów i celu realizacji zamówienia konieczne jest, aby wykonawca odbierał odpady w sposób nieprzerwany ze wszystkich nieruchomości, a mieszkańcy nie mogą zostać pozbawieni tej usługi niezależnie od warunków drogowych, pogodowych itp. Oczywiście jest zatem, że zamawiający musi nałożyć na wykonawcę obowiązek odbioru odpadów niezależnie od okoliczności, które zaistnieją w czasie trwania umowy, a które ten odbiór utrudniają, np. wymagają szczególnego pojazdu. Wykonawca musi więc odpowiednio skalkulować cenę oferty uwzględniając w niej okoliczności wskazane przez zamawiającego (możliwe opady śniegu, remonty dróg itd.) czy też rezerwę na podobne wypadki. Sporządzając ofertę wykonawca może dokonać wizji lokalnej położenia poszczególnych nieruchomości i zapoznać się z planem remontów dróg w gminie.

Co do zarzutu 9. – wymóg ten, jak wskazał też zamawiający, należy tłumaczyć zgodnie z brzmieniem umowy i rodzajem zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów, a nie sprzątnięcie ulic. Tym samym obowiązek utrzymania w czystości jezdni oraz dojazdów do posesji dotyczy tylko zanieczyszczenia tych miejsc przez wykonawcę w związku z odbiorem odpadów komunalnych, ewentualnie uprzątnięcia miejsca wokół pojemników z odpadami. Oczywiście jest, iż wykonawca musi uprzątnąć zanieczyszczone przez niego miejsca niezwłocznie po ich zanieczyszczeniu, a nie dopiero po reklamacji zamawiającego.

Co do zarzutu 11. – należy przyznać zamawiającemu rację, że ma prawo do określenia wynagrodzenia jako ryczałtowego i zastrzec, iż będzie ono niezmienne. Nie ma też obowiązku wprowadzania do umowy klauzul waloryzacyjnych, zwłaszcza, gdy okres realizacji umowy nie jest szczególnie długi. Wykonawca, sporządzając ofertę musi więc przewidzieć okoliczności, które wpłyną na koszt realizacji zamówienia i ująć je w ryczałcie. Jednak ryczałt dotyczy zakresu prac określonego w umowie, za który to wynagrodzenie zostało ustalone. Zatem, zdaniem Izby, w przypadku przekroczenia zakresu umowy wykonawca będzie mógł się ubiegać o dodatkowe wynagrodzenie. Należy jednak zwrócić też uwagę, że zgodnie z art. 140 ustawy

Prawo zamówień publicznych, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem co do zasady zakres prac wykonywany przez wykonawcę nie może być większy niż przez niego wyceniony w ramach ryczałtu.

Co do zarzutu 12. – zmieniając specyfikację istotnych warunków zamówienia zamawiający obniżył wysokość kar umownych. Oczywiście jest, iż w interesie odwołującego leży ograniczenie lub wręcz zniesienie kar umownych. Z drugiej strony zrozumiałe jest ich nałożenie przez zamawiającego. Sam rodzaj wydarzeń, które objęte są karami umownymi, a które mogą być uciążliwe dla samej gminy, jak i mieszkańców, trudny jest do wyceny, np. zanieczyszczenie ulic odpadami. Obecnie nie można uznać, że są one rażąco wygórowane. Zdaniem Izby ze względu na ową trudność oceny bardziej celowa jest ich ocena już po zaistnieniu okoliczności, które będą skutkować ich nałożeniem, w trybie art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego.

Co do zarzutu 13. – zamawiający w tym zakresie zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia, a dokonana zmiana nie budzi zastrzeżeń wykonawcy, zatem rozstrzygnięcie tego zarzutu jest bezcelowe.

Co do zarzutu 14. – kwestionowane postanowienie umowy jest powtórzeniem okoliczności wskazanych w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Co do zarzutu 15. – instytucję potrącenia regulują art. 498 i nast. Kodeksu cywilnego. Zgodnie z zasadą wskazaną w art. 499 Kodeksu potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie, nie jest więc wymagana zgoda podmiotu, z którego wierzytelności dokonuje się potrącenia. Kwestionowane postanowienie umowy nie zmienia więc sytuacji wykonawcy. Należy też zwrócić uwagę, iż odwołujący podważa nie tyle sam mechanizm potrącenia, co ewentualny przyszły stan faktyczny, na podstawie którego zamawiający (niesłusznie) dokona potrącenia. Natomiast niezależnie od kwestionowanego postanowienia każda taka sytuacja będzie mogła być badana przede wszystkim pod kątem tego, czy zamawiającemu potrącona kara umowna się należała.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: