

Sygn. akt: KIO 2030/18

WYROK

z dnia 22 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 r. przez Odwołującego: AG – Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Piaseczno - Urząd Miasta i Gminy w Piasecznie

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- A. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie
- B. Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
- C. SUEZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia, wraz z określeniem konsekwencji przekroczenia tej ilości – w przypadku braku zmiany przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenie ustalane za określoną ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów.
3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwoływającego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2030/18

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Piaseczno – Urząd Miasta i Gminy Piaseczno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie Gminy Piaseczno. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 września 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 185-418360.

I. W dniu 5 października 2018 r. Odwoływający AG – Complex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie („Odwoływający”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp w następującym zakresie:

- 1) treści SIWZ tj. naruszające zasadę uczciwej konkurencji i prowadzące do składania nieporównywalnych ofert sformułowanie formularza ofertowego oraz wykazu narzędzi poprzez brak możliwości wpisania samochodów o różnych normach emisji spalin;
- 2) opisu przedmiotu zamówienia tj. nieprecyzyjne i niedokładne opisanie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia przeprowadzenie prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia oraz narusza zasady uczciwej konkurencji;
- 3) istotnych postanowień umownych tj. brak uwzględnienia możliwości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen w RIPOK.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak dostosowania treści i formy formularza ofertowego i wykazu narzędzi do kryteriów oceny ofert, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedokładny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 Kodeksu cywilnego oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przerzucenia ryzyka realizacji zamówienia na Wykonawcę tj. braku możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen w RIPOK;

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ poprzez:

- 1) w zakresie SIWZ:
 - zmiany zapisów z pkt 2.1. formularza cenowego oraz załącznika nr D do SIWZ - Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, aby możliwe było wpisanie konkretnych norm EURO dla różnych samochodów;
- 2) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:
 - przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający przeprowadzenie prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia, tj. w szczególności podanie wiarygodnych danych co do ilości zbieranych odpadów;

- zmiany sposobu obliczania ceny poprzez wymóg podania przez wykonawców ceny za odbiór 1t odpadów;

ewentualnie

wprowadzenie ścisłych zapisów określających co obejmuje ryczałt (jaki tonaż, jaka częstotliwość odbioru, jakie odpady, jakie posesje) oraz wprowadzenie dodatkowej ceny w sytuacji gdy ilości opróżnień, tonaż i inne parametry przekroczą wielkości które są ujęte w ryczałcie;

3) w zakresie istotnych postanowień umownych:

uzupełnienie wzoru umowy, by w odniesieniu do art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany umowy w zakresie odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen za przyjęcie odpadów przez RIPOK, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, przy czym wprowadzenie ww. zmiany wymaga złożenia przez Wykonawcę wniosku w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia oraz szczegółowego uzasadnienia wpływu zmiany cen za przyjęcie odpadów przez RIPOK na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę, zawierającego w szczególności kalkulację uwzględniającą kosztorys przedstawiający proponowane ceny jednostkowe i wartości (netto, brutto) przed i po zmianie.

1. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego kryteriów oceny ofert w zakresie normy EURO Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie:

W pkt 12 SIWZ jako jedno z kryteriów oceny ofert Zamawiający ustanowił używanie do realizacji zamówienia samochodów spełniających określone normy emisji spalin. Zamawiający przyznał określoną ilość punktów za samochód spełniający normę EURO 5, oraz inną ilość punktów za samochód spełniający normę EURO 6. W formularzu ofertowym (załącznik A do SIWZ) oraz wykazie narzędzi (załącznik D do SIWZ) nie wskazał jednak pozycji, gdzie można wpisać ilość samochodów spełniających określone normy. W punkcie 2.1 formularza ofertowego Zamawiający wskazał jedynie 2 opcje, tj. realizację przedmiotu zamówienia samochodami spełniającymi normy emisji spalin EURO 5 lub EURO 6. Zamawiający nie dał możliwości wpisania, że część samochodów spełnia normy EURO 5, a część normy EURO 6. Może to spowodować, że część wykonawców zaznaczy 1 z 2 opcji formularza ofertowego, część z nich nie zaznaczy żadnego pola, a część wykonawców obok w formularzu wpisze iloma samochodami z jakimi normami dysponuje. Analogicznie, istnieją różne możliwości wypełnienia wykazu narzędzi. Doprowadzi to do złożenia ofert nieporównywalnych, a w konsekwencji jako najkorzystniejszą może zostać wybrana oferta, która w istocie taką nie jest. Alternatywnie, Zamawiający odrzuci oferty wykonawców, którzy

w jego ocenie złożyli ofertę sprzeczną z SIWZ poprzez nieprawidłowe wypełnienie formularza ofertowego lub wykazu narzędzi. Powyższa sytuacja rodzi niepewność co do tego jak Zamawiający dokona oceny tak wypełnionego formularza. Niniejszy zarzut jest więc uzasadniony.

2. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku precyzyjnej charakterystyki Gminy Piaseczno Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie:

W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustanowił ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie z dyspozycją art. 632 § 1 kc., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z uwagi na powyższe, wykonawcy w niniejszym postępowaniu muszą bardzo dokładnie oszacować wartość prac, by złożyć ofertę, która zapewni im godziwy zysk. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że cena stanowi podstawowe kryterium oceny ofert (60%) wykonawcy nie mogą przyjąć zbyt dużego marginesu ostrożności, bowiem może to spowodować, że nie uzyskają oni zamówienia. W konsekwencji, dla wykonawców kluczowym jest, by Zamawiający podał w opisie przedmiotu zamówienia precyzyjne i dokładne dane, na podstawie których będą mogli oni dokładnie oszacować wartość prac i skalkulować realnie ofertę.

Niezrozumiałe i budzące poważne wątpliwości co do rzetelności danych dla całej gminy jest porównanie ilości odebranych odpadów w 2016 i 2017 roku. W załączonym do OPZ zestawieniu wskazano, że w 2017 roku ilość odebranych odpadów zmniejszyła się w stosunku do 2016 roku o ok. 10%. Tymczasem istnieje stała tendencja, że ilość odpadów corocznie rośnie o 2- 3%. W zestawieniu Zamawiającego najwyraźniej zmianę widać w ilości odpadów komunalnych zmieszanych, których ilość spadła rzekomo w ciągu roku o 2230 Mg tj. 15% (a w sektorze III spadła o 34%), co wydaje się mało prawdopodobne.

To, że zamówienie zostało przygotowane w sposób nieprecyzyjny i niedokładny potwierdza też ilość ton odpadów, która rzekomo powstaje w każdej części. Zgodnie z danymi podanymi przez Zamawiającego, ilość odpadów wytworzonych przez mieszkańca wynosi w poszczególnych sektorach:

- w sektorze I - 446 kg/mieszkańca,
- w sektorze II - 390 kg/mieszkańca,
- w sektorze III - 195 kg/ mieszkańca.

Te rozbieżności w ilości odebranych odpadów są jeszcze bardziej widoczne przy porównaniu zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01). Wynoszą one:

- w sektorze I- 256kg/mieszkańca,
- w sektorze II - 220kg/mieszkańca,
- w sektorze III- 125 kg/ mieszkańca.

W odpadach zielonych (20 02 01) te wielkości przedstawiają się następująco:

- w sektorze I - 100 kg /mieszkańca,
- w sektorze II - 97 kg/ mieszkańca,
- w sektorze III- tylko 11 kg /mieszkańca.

Niemożliwe aby różnice w ilościach wytworzonych przez mieszkańca odpadów w tej samej Gminie były tak duże dla poszczególnych sektorów. Różnice te mogą wynieść 20 -30%, a nie ponad 200% (a w przypadku odpadów zielonych - 900%). Tak duże różnice powodują, że powstają poważne wątpliwości czy dane podane przez Zamawiającego są prawdziwe. Odwołujący nie może stworzyć wiarygodnego kosztorysu przy tak nieprecyzyjnych danych, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że oferowana cena jest ceną ryczałtową.

Zamawiający oprócz otrzymywania comiesięcznych zestawień o ilości poszczególnych odpadów odebranych z sektora ma możliwość sprawdzenia tych danych analizując dane z systemu GPS. Na podstawie czujnika otwarcia odwłoka ma też możliwość sprawdzenia miejsc i czasu opróżnienia śmieciarki. Ma więc wiele możliwości konkretnej weryfikacji ilości wytwarzanych w danych sektorach odpadów. Dodatkowo mógłby on porównać uzyskane przez siebie dane z danymi sąsiednich gmin o podobnej strukturze zamieszkania. Zamawiający jeżeli uzna, że przedstawione ilości wzbudzają jego wątpliwości co do ich rzetelności, powinien wezwać wykonawcę aby je zweryfikował i poprawił. Prawdopodobnie Zamawiający z takiej możliwości nie skorzystał, albo nie był konsekwentny w swoim działaniu.

Ta niesolidność Zamawiającego w podawaniu ilości odebranych odpadów jest powtórzeniem sytuacji sprzed 3 lat przy przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów w latach 2016 - 2018. W podanej dla tamtego przetargu SIWZ, która dla wykonawców były podstawą do wyceny ofert, Zamawiający wskazał, że w 2014 roku wg sprawozdań firm odebrano:

- 3 704 Mg zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01), gdy w 2017 odebrano ich 14 698 Mg;
- 2 186,7 Mg odpadów zielonych, gdy w 2017 odebrano ich 3 738,2 Mg;
- 15 621 Mg odpadów z grupy 15, gdy w 2017 odebrano ich 5008,5 Mg.

Mając na względzie brak rzetelności w przekazie informacji co do podstawowych parametrów dotyczących ilości odpadów, I niesolidność w podawanych informacjach podawanych w różnych częściach SIWZ, które nie współgrają z sobą, niemożliwe jest

sporządzenie prawidłowej kalkulacji ryczałtowej. Zastosowanie zaproponowanego przez wykonawcę sposobu określenia ceny oferty, tj. ceny za odbiór 1t odpadów przynajmniej częściowo zniweluje braki i nieprecyzyjne określenia zastosowane w SIWZ. Takie rozliczenie za tonę odebranych [odpadów] stosują sąsiednie gminy jak Warszawa, Grodzisk Mazowiecki, Brwinów itd.

W przypadku nie uwzględnienia wniosku o zmianę sposobu rozliczenia postulowane jest wprowadzenie ścisłych zapisów określających, co obejmuje ryczałt (jaki tonaż, jaka częstotliwość odbioru, jakie odpady, jakie posesje), oraz wprowadzenie dodatkowej ceny w sytuacji, gdy ilości opróżnień, tonaż i inne parametry przekroczą wielkości, które są ujęte w ryczałcie.

Sposób opisu przedmiotu zamówienia w przypadku stosowania ryczałtowego wynagrodzenia jako sposobu rozliczenia z wykonania usług obejmujących odbiór i zagospodarowanie odpadów był już przedmiotem analizy i rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała, iż: *„Zgodnie z art. 29 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien podać wykonawcom dokładne i kompletne dane dotyczące przedmiotu zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji między wykonawcami. Zamawiający musi więc w bardziej dokładny sposób określić zakres zobowiązania wykonawców. Jest to szczególnie istotne z powodu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego niezależnie od rzeczywistego rozmiaru wykonanych prac. Nie oznacza to jednak, iż zobowiązania stron już z założenia mają być potencjalnie wzajemnie nieekwiwalentne, a wykonawca być zobowiązany do świadczenia o kompletnie nieokreślonym zakresie i koszcie, nie mającego żadnych granic poza czasowymi. Z tego powodu zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno): 1. maksymalną ilość odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach przewidzianego wynagrodzenia ryczałtowego, 2, maksymalną ilość odbiorów odpadów w sytuacjach, o których mowa w punkcie 2.5. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia, do których odebrania wykonawca będzie zobowiązany w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, 3. maksymalną ilość i rodzaj pojemników oraz ilość worków, jakie ma wykonawca dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.”* (wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: 1126/13; KIO 1128/13, 1132/13,1133/13).

Podobnie w wyroku z dnia 16 stycznia 2013 roku (KIO 2941/12) Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że *„Nie sposób sobie wyobrazić, że w przypadku usługi odbioru i utrzymania odpadów można było skalkulować realną i opłacalną ofertę cenową możliwą do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów*

mających znaczenie dla jej kalkulacji. Tymi są niewątpliwie maksymalna ilość odpadów oraz podstawowe koszty materiałowe - koszty pojemników."

Wskazujemy przy tym, że zalecenia odnośnie odchodzenia od ryczałtowego systemu rozliczania się gmin za odbiór odpadów są także zawarte w Projekcie ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (<https://bip.kprm.QQv.pl/form/rl78474523.Projekt-ustawv-o-zmianie-ustawv-o-utrzmamu-czystości-i-porządku-w-gminach.html>). Zamawiający te zalecenia, stanowiące zapowiedź zmian w ustawie, zignorował.

3. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zmian cen w RIPOK Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie:

Na przełomie marca i kwietnia br. pojawiły się liczne artykuły prasowe informujące o stale rosnących cenach za odpady, które Wykonawca musi przekazywać do Regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych - dalej RIPOK. W dniu 20.07.2018 r. Sejm uchwalił ustawę o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw. Ustawa ta została opublikowana w Dz. U. pod poz. 1479 - przepisy wejdą w życie z dniem 01.01.2019 r. Ustawa nowelizująca skraca okres magazynowania wszystkich rodzajów odpadów do jednego roku - uwagi do projektu ustawy wniosła w czerwcu br. Rada RIPOK działająca przy Krajowej Izbie Gospodarczej wskazując, że nowe regulacje spowodują konieczność podniesienia cen za zagospodarowanie odpadów w RIPOK jak również konieczność podniesienia cen za odbiór odpadów (szczególnie wielkogabarytowych) i z selektywnej zbiórki (źródło: <https://www.teraz-srodowisko.pl/media/pdf/aktualnosci/4904-uwaai-do-projektu-ustawv-o-odpadach-RIPOK.pdf>). Sejm przyjął ustawę, jednak poruszony powyżej skrócony okres magazynowania wszystkich odpadów do jednego roku nie został zmieniony w stosunku do przepisów zaproponowanych w projekcie tej uchwały - zatem uwagi Rady RIPOK pozostają aktualne na dzień dzisiejszy.

W chwili obecnej brak jest jakichkolwiek informacji, jakie ceny za przyjęcie odpadów będą obowiązywały w RIPOK działających na terenie realizacji zamówienia. Nie ma zatem możliwości przyjęcia pewnych stawek do wyliczenia cen jednostkowych niezbędnych do wskazania w kosztorysie.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż każdorazowo, wzrost opłat za przyjęcie odpadów przez RIPOK spowoduje, że cena, jaką Wykonawca zaoferował w ofercie, nie pokryje wszystkich kosztów, jakie są niezbędne przy realizacji zamówienia.

Uwzględniając powyższe, uwzględniając wysokie ryzyko wzrostu cen za przyjęcie odpadów przez RIPOK w pełni konieczne i uzasadnione jest wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia uwzględniającego kwestię zmiany cen za przyjęcie odpadów przez RIPOK,

jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. W takim wypadku powinno zostać zmienione wynagrodzenie wykonawcy, lub też powinna istnieć możliwość rozwiązania umowy.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 17 października 2018 r. pełnomocnik Odwołującego złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Pismem z dnia 16 października 2018 r. (wniesionym w dniu 17 października 2018 r.) Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. W dniu 11 października 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie.

W dniu 11 października 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 11 października 2018 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy SUEZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego następujących wykonawców:

- a) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Piaseczno Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (dalej jako „Przystępujący PUK Piaseczno”),
- b) Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący Remondis”),
- c) SUEZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dokumenty załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie oraz złożone na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego PUK Piaseczno.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Przedmiotem zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, jest usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Piaseczno oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie Gminy Piaseczno. Zamówienie podzielone jest na następujące części:

- Część 1: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Piaseczno w sektorze I (Zachodnim);
- Część 2: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Piaseczno w sektorze II (Wschodnim);
- Część 3: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Piaseczno w sektorze III (Północnym);
- Część 4: Utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na terenie Gminy Piaseczno (pkt 3 SIWZ).

Termin wykonania zamówienia (dla każdej części zamówienia): od dnia podpisania umowy do dnia 31.12.2021 r. Jednocześnie jako przewidywany termin wykonywania usługi Zamawiający wskazał: „od 1.01.2019 r.” (pkt 4 SIWZ).

Zgodnie z pkt 1 OPZ dla części 1-3 w ramach umowy wykonawca zobowiązany jest do:

„1.1 odbierania i zagospodarowania niżej wyszczególnionych frakcji odpadów:

- 1) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, w tym popiół z palenisk domowych,*
- 2) odpady z selektywnej zbiórki:*

- papier i tektura, w tym odpady opakowaniowe z papieru i tektury
- tworzywa sztuczne, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych,
- opakowania wielomateriałowe,
- metal, w tym odpady opakowaniowe z metali,
- szkło i odpady opakowaniowe ze szkła,
- bioodpady obejmujące wyłącznie odpady kuchenne pochodzenia roślinnego,
- odpady zielone pochodzące z pielęgnacji ogrodów z wyłączeniem m. in. karp, darni i konarów drzew,
- odpady wielkogabarytowe, w tym zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (ZSEiE),
- zużyte opony od samochodów osobowych,
- zużyte akumulatory,
- chemikalia (opakowania po środkach ochrony roślin, farbach, klejach, itp.),
- inne odpady (choinki – drzewka bożenarodzeniowe).

1.2 opracowania harmonogramów odbioru odpadów z nieruchomości w podziale na poszczególne frakcje oraz dostarczenia ich do wszystkich nieruchomości;

1.3 dostarczenia właścicielom nieruchomości worków spełniających wymagania określone w punkcie 2.12;

1.4 dostarczenia właścicielom nieruchomości naklejek na pojemniki na odpady, spełniających wymagania określone w punkcie 2.13;

1.5 odbierania poszczególnych frakcji odpadów z częstotliwością przedstawioną poniżej – Zamawiający wskazał częstotliwość odbioru w odniesieniu do prawie wszystkich frakcji odpadów, za wyjątkiem poczynionego w odniesieniu do odpadów z papieru i tektury zastrzeżenia o możliwości zwiększenia częstotliwości odbioru w przypadku niektórych wspólnot w sektorze III (dotyczy zabudowy wielorodzinnej) oraz ogólnego zastrzeżenia o możliwości zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów w nie więcej niż 100 nieruchomościach na skutek wzrostu liczby ludności lub wystąpienia problemów wynikających z braku miejsca na ustawienie dodatkowych pojemników w altanach śmietnikowych (dotyczy zabudowy jednorodzinnej).

W pkt 5 OPZ Charakterystyka Gminy Piaseczno przedstawione zostały dane dotyczące liczby nieruchomości oraz mieszkańców (lata 2015 – 2017), liczby i rodzajów pojemników/kontenerów oraz ilości odebranych odpadów (lata 2016 – 2017) – odrębnie dla każdej części zamówienia - sektory 1, 2 i 3. Zgodnie z zastrzeżeniem zawartym na końcu dokumentu: „Zamawiający zastrzega, że ilość odpadów do odbioru z terenu Gminy Piaseczno w ciągu okresu realizacji zamówienia może ulec zmianie.”

Do opisu przedmiotu zamówienia zostały załączone następujące wykazy: wykaz wspólnot mieszkaniowych na dzień 30 czerwca 2018 r., dwa wykazy wspólnot mieszkaniowych ze zwiększoną częstotliwością odbioru zmieszanych w sektorze III, dwa wykazy wspólnot mieszkaniowych ze zwiększoną częstotliwością odbioru metali i tworzyw sztucznych w sektorze III, wykaz wspólnot mieszkaniowych ze zwiększoną częstotliwością odbioru szkła w sektorze III, wykaz nieruchomości niezamieszkałych, które zadeklarowały zwiększoną częstotliwość odbioru odpadów w sektorze I (odpady zmieszane odbierane 1 raz w tygodniu), wykaz nieruchomości niezamieszkałych, które zadeklarowały zwiększoną częstotliwość odbioru odpadów w sektorze II oraz wykaz podmiotów prowadzących działalność, które zadeklarowały zwiększoną częstotliwość odbioru odpadów sektor III.

Postanowienia dotyczące zmiany umowy zostały zawarte w § 11 wzoru umowy dla części 1 – 3 oraz w § 11 wzoru umowy dla części 4.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec złożenia przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania oświadczenia o wycofaniu ww. zarzutu, w związku z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu podlegało umorzeniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Na podstawie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp na zamawiającego został nałożony obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jest to jeden z najważniejszych obowiązków Zamawiającego na gruncie przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych. Ponadto w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp został przez ustawodawcę zawarty zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Do złamania powyższego zakazu może dojść na różne sposoby, w tym poprzez zaniechanie przez zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wymaga w tym miejscu podkreślenia, iż w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp in fine ustawodawca wyraźnie wskazał, że zamawiający obowiązany jest w ramach opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym oczywiście w zakresie oferowanej ceny. Zaniechanie przekazania wykonawcom wszystkich informacji mających znaczenie dla sporządzenia oferty na ogół skutkuje zaburzeniem konkurencji. Trudno

bowiem mówić o występowaniu uczciwej konkurencji, jeżeli oferty składane w postępowaniu nie odnoszą się do tego samego przedmiotu zamówienia, ale częściowo do wyobrażeń wykonawcy odnośnie tego przedmiotu, które to wyobrażenia mogą się w przypadku poszczególnych wykonawców znacząco różnić. W świetle regulacji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia powinien zostać sporządzony w taki sposób, aby wykonawcy nie tylko pozyskali niezbędną wiedzę w zakresie przedmiotu świadczenia, do którego będą zobowiązani na mocy zawartej z zamawiającym umowy, ale również otrzymali niezbędne informacje potrzebne do sporządzenia oferty, w tym zakresie jej wyceny.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający ustalił, iż wynagrodzenie ustalone za realizację umowy będzie mieć charakter ryczałtowy, co oznacza jego stałą wysokość niezależnie od zakresu przedmiotu zamówienia, do wykonania którego wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy. Jak wskazuje się w doktrynie: *„Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający, ustalając wynagrodzenie ryczałtowe, wyrażnie lub w sposób dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie się domagał zapłaty wynagrodzenia wyższego. Przyjmujący zamówienie nie może bowiem żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Ten sposób wynagrodzenia jest stosowany zwłaszcza przy stosunkowo prostych stanach faktycznych umowy o dzieło, gdy wartość wykonanej usługi jest stronom na ogół znana, podobnie jak ewentualny koszt potrzebnych materiałów, spodziewany czas trwania prac itd. W zasadzie ryzyko straty ponosi tu przyjmujący zamówienie. Zamawiający nie może nigdy żądać obniżenia umówionego ryczałtu.* (K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018). Doktryna wskazuje również na stosowanie wynagrodzenia ryczałtowego do dzieł o skomplikowanym charakterze.

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, iż zamawiającemu przysługuje uprawnienie do dokonania wyboru rodzaju wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on co do zasady kształtuje treść postanowień umownych, jakimi związany będzie wybrany wykonawca. Jednakże, oprócz wyposażenia zamawiającego w szereg uprawnień, ustawodawca nałożył na niego liczne obowiązki, w tym wspomniany na wstępie obowiązek sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający uprawniony jest zatem do dokonania wyboru sposobu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, jednakże nie oznacza to zwolnienia go z ustawowych obowiązków dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, w niniejszej sprawie Zamawiający nie może wywodzić

swojego uprawnienia do zaniechania zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty z okoliczności ustalenia ryczałtowego wynagrodzenia za realizację usługi. Obowiązki w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia nie ulegają zmniejszeniu z racji zastosowanego wynagrodzenia ryczałtowego. Wręcz przeciwnie, jeżeli bowiem wynagrodzenie ryczałtowe ma obejmować cały zakres zamówienia i nie może ono podlegać zmianie (za wyjątkiem nadzwyczajnych sytuacji), to tym bardziej wykonawca powinien posiadać niezbędny zestaw informacji pozwalający mu na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i w konsekwencji oferowaną cenę. Nie można zaakceptować sytuacji, w której zamawiający będzie wymagał zaoferowania przez wykonawców niepodlegającej zmianie (poza nadzwyczajnymi sytuacjami) kwoty wynagrodzenia za realizację przedmiotu, który może podlegać nieograniczonym zmianom – a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy zatem stwierdzić, iż w sytuacji, w której Zamawiający zamierza udzielić w trybie przetargu nieograniczonego zamówienia na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, przewidując ryczałtowe wynagrodzenie wykonawcy, a dokładnego zakresu przedmiotu zamówienia nie jest w stanie precyzyjnie określić, to obowiązany jest do określenia maksymalnych parametrów przedmiotu zamówienia, niezbędnych do sporządzenia oferty, którymi związany będzie wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. W przypadku usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, za realizację której przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, wykonawca nie ma możliwości skalkulowania realnej i opłacalnej oferty cenowej możliwej do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Za taki parametr należy w szczególności uznać ilość (masę) odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach umowy. Powyższy wniosek koresponduje ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego, który jako podstawowy czynnik „kosztotwórczy” wskazał ilość odbieranych odpadów. Podstawowe znaczenie ww. parametru wynika również z zawartego w odwołaniu wniosku o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany sposobu wynagradzania wykonawcy poprzez określenie ceny za odbiór 1 tony odpadów. W odniesieniu do pozostałych parametrów, o ustalenie których w ramach opisu przedmiotu zamówienia wniósł Odwołujący („jaka częstotliwość odbioru, jakie odpady, jakie posesje”), Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego, uznając, co następuje: Jeżeli chodzi o parametr częstotliwości odbioru, to w przeważającej mierze został on przez Zamawiającego precyzyjnie określony w opisie przedmiotu zamówienia, jak i sam Odwołujący w ramach stanowiska przedstawionego na rozprawie przypisał mu drugorzędne znaczenie. Rodzaj odpadów, do odbioru i zagospodarowania których będzie zobowiązany wykonawca w ramach umowy,

został przez Zamawiającego jednoznacznie wskazany. Ponadto, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został zawarty wykaz wspólnot mieszkaniowych na dzień 30 czerwca 2018 r. W ocenie Izby taka informacja spełnia wymogi ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Nieracjonalne byłoby wymaganie od Zamawiającego podanie informacji odnośnie nieruchomości objętych umową w przyszłości, w okresie następnych 3 lat. Ponadto, dane odnośnie nieruchomości i ich mieszkańców mają przede wszystkim wpływ na ilość odbieranych odpadów, a ta została przez Izbę uznana za podstawowy parametr o jaki powinien zostać uzupełniony sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia. Inaczej rzecz ujmując, zwiększenie ilości nieruchomości i mieszkańców będzie skutkowało wcześniejszym wyczerpaniem ilości odpadów objętych wynagrodzeniem ryczałtowym.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie odrębnie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia. Należy podkreślić, iż ww. dane nie są aktualnie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawiera jedynie dane historyczne, które mogą być jedynie pomocne przy sporządzaniu oferty, nie są jednak objęte zobowiązaniem wykonawcy. Wymaga przy tym wskazania, iż mając na uwadze treść odwołania należało uznać, iż zarzut określony w punkcie 2 odnosił się do usługi odbioru i zagospodarowania odpadów i w konsekwencji wydane przez Izbę rozstrzygnięcie dotyczy części zamówienia, których przedmiotem jest ta usługa, tj. usługa odbioru i zagospodarowania odpadów – tj. części 1 – 3. Dokonując zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia Zamawiający jest oczywiście uprawniony do wprowadzenia podobnej zmiany w odniesieniu do części 4, której przedmiotem zamówienia jest prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów.

Jednocześnie Zamawiający powinien uzupełnić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy. Konsekwencje, o których mowa powyżej, mogą w szczególności polegać na przyznaniu wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia (w takim przypadku powinny zostać określone zasady ustalania wysokości dodatkowego wynagrodzenia) lub uznaniu umowy za wykonaną. Podjęcie decyzji w powyższym zakresie Izba pozostawia Zamawiającemu.

Rozstrzygnięcie zawarte w pkt 2 sentencji wyroku dotyczy sytuacji, w której Zamawiający nie podejmie decyzji o braku zmiany przyjętego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy na wynagrodzenie ustalone za określoną ilość (masę) odebranych odpadów, tj. w szczególności

za odbiór 1 Mg odpadów. W takim przypadku wykonawcy konkurowałiby ceną jednostkową oferowaną za wskazaną w postanowieniach SIWZ ilość (masę) odpadów. Izba uznała, iż nie może narzucić Zamawiającemu przyjęcia określonego rodzaju wynagrodzenia wykonawcy i nakazać zmianę na wynagrodzenie, o którym mowa powyżej. Dokonanie takiej modyfikacji stanowi jednak uprawnienie Zamawiającego, niezależnie od wydanego w niniejszej sprawie wyroku, co znalazło odzwierciedlenie w treści zastrzeżenia poczynionego w ramach rozstrzygnięcia zawartego w pkt 2 sentencji wyroku.

Na zakończenie Izba wskazuje, iż nie uwzględniła wniosku Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez „podanie wiarygodnych danych co do ilości zbieranych odpadów”. Jak wynika z oświadczeń zawartych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołaniu jak i składanych na rozprawie, w ocenie Zamawiającego podane w Opisie Przedmiotu Zamówienia dane historyczne są wiarygodne, a opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób rzetelny. Izba uznała, iż niektóre dane zawarte w zestawieniach przedstawionych w OPZ zasadnie wywołują pytania po stronie wykonawców. Niezależnie jednak od wątpliwości wykonawców – z jednej strony i deklaracji składanych przez Zamawiającego – z drugiej strony, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę, iż dane te mają charakter historyczny, zostały przygotowane w oparciu o sprawozdania przekazane Zamawiającemu przez wykonawców, a możliwość ich weryfikacji w dniu dzisiejszym nie została przez stronę odwołującą wykazana. Na taką możliwość nie wskazywał również Zamawiający. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż uwzględnienie ww. wniosku jest bezcelowe i skutkowałoby jedynie nieuzasadnionym wydłużeniem czasu prowadzenia Postępowania.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 5 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp.

Ostatni z zarzutów odwołania odnosił się do treści istotnych postanowień umownych. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia klauzul umownych dotyczących zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen stosowanych za przyjęcie odpadów stosowanych przez regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych.

W odniesieniu do ww. zarzutu należy w pierwszej kolejności wskazać, iż ustawodawca krajowy w ślad za ustawodawcą unijnym przypisał zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję w procedurze udzielania zamówienia publicznego, co znajduje odzwierciedlenie w licznych regulacjach ustawy Prawo zamówień publicznych. Z drugiej strony na zamawiającego nałożono również szereg obowiązków nie występujących w odniesieniu do stron umowy zawieranej poza systemem zamówień publicznych. Powyższa sytuacja stanowi przede

wszystkim konsekwencję szczególnego statusu zamawiającego, tj. podmiotu wydatkującego środki publiczne.

Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego, będącego gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przejawia się między innymi w tym, iż to zamawiający ustala treść istotnych postanowień umowy, jaka zostanie zawarta z wybranym wykonawcą. Za dopuszczalną należy zatem uznać sytuację, w której zamawiający w ramach przygotowanego projektu umowy większą częścią ryzyka kontraktowego obciąża wykonawcę. Okoliczność nierównego podziału ryzyka nie świadczy jeszcze o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Należy jednak podkreślić, iż niezależnie od posiadania uprzywilejowanej pozycji uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego. Jakkolwiek zasada swobody umów podlega ograniczeniom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to nie dotyczy to ograniczeń tej zasady wskazanych w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Ponadto, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtując treść postanowień umownych, powinien kierować się naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, tj. określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Taka sytuacja będzie występować między innymi w przypadku obciążenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe. Jest bowiem rzeczą oczywistą, iż obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym wywołuje konsekwencje na gruncie szacowania kosztów realizacji zamówienia, co ostatecznie przekłada się na cenę oferty. Jeżeli zatem zamawiający obciąży drugą stronę przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym i trudnym do oszacowania ryzykiem kontraktowym, to efektem tego będzie złożenie ofert nieporównywalnych, w których ww. ryzyko zostało oszacowane w sposób znacząco odmienny, jak i z pewnością zmniejszeniem kręgu potencjalnych wykonawców. Tym samym dojdzie do zakłócenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Kolejnym, niemniej istotnym zagrożeniem jest sytuacja „przeszacowania” cen ofertowych przez wykonawców, którzy nie znając dokładnie skali nałożonego na nich ryzyka, będą go szacować na bezpiecznym, a zatem wysokim poziomie. Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontraktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednakże, dokonując oceny postawionego przez Odwołującego zarzutu Izba uznała przede wszystkim, iż jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie do wzoru umowy postanowień o treści zaproponowanej przez Odwołującego skutkowałyby przerzuceniem całego ryzyka kontraktowego - w zakresie zmian cen w regionalnych instalacjach do przetwarzania odpadów komunalnych - na Zamawiającego, co nie powinno mieć miejsca na mocy wyroku Izby. Należy w tym miejscu poczynić dodatkową uwagę, iż z uwagi na wskazaną powyżej uprzywilejowaną pozycję Zamawiającego jako gospodarza skuteczne postawienie zarzutów wobec treści istotnych postanowień umownych wymaga precyzyjnego skonstruowania wniosków odnośnie koniecznej modyfikacji klauzul umownych. Izba nie jest zobowiązana ani uprawniona do poszukiwania klauzul umownych, których treść nie naruszałaby interesów żadnej ze stron. Natomiast istota zarzutu nr 3 sprowadzała się do zmiany projektu umowy polegającej na obciążeniu ryzykiem kontraktowym zmian cen w instalacjach RIPOK wyłącznie Zamawiającego, bez wskazania innych propozycji rozkładu ww. ryzyka.

Niezależnie od powyższe Izba uznała, iż omawiany zarzut nie został przez Odwołującego w sposób dostateczny określony i wykazany. Uzasadnienie zawarte w odwołaniu w odniesieniu do tego zarzutu jest ogólnikowe i w dużej mierze opiera się o stwierdzenia dotyczące braku możliwości przewidzenia cen stosowanych przez regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych oraz mający miejsce, jak i spodziewany w przyszłości, wzrost cen za przyjęcie odpadów przez regionalne instalacje. Na potwierdzenie ww. okoliczności Odwołujący odwołał się do artykułów prasowych, jakie pojawiły się na przełomie marca i kwietnia br. oraz opinię Rady RIPOK działającej przy Krajowej Izbie Gospodarczej do nowelizacji ustawy o odpadach, wskazując adres strony internetowej, gdzie ww. opinia została zamieszczona. Jak stwierdził Odwołujący, w ocenie tego podmiotu regulacje zawarte w ww. ustawie, które wejdą w życie w dniu 1 stycznia 2019 r., dotyczące skrócenia okresu magazynowania wszystkich odpadów do jednego roku, będą skutkować podniesieniem cen za odbiór odpadów. Na potwierdzenie przedstawionej argumentacji jedynym dowodem, jaki złożył w tym zakresie Odwołujący, był wydruk ze strony internetowej zawierający skrótowe informacje na temat projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Wykaz prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów – BIP Rady Ministrów i Kancelarii Prezesa Rady Ministrów), z którego to jednak dokumentu w ocenie Izby nie wynikają żadne okoliczności czy informacje mające znaczenie w kontekście omawianego zarzutu. W zasadzie jedyne dowody zostały w tym zakresie złożone przez Przystępującego PUK Piaseczno, tj. faktury VAT dotyczące odbioru/zagospodarowania odpadów przez regionalne instalacje do przetwarzania odpadów. Jakkolwiek częściowo dotyczą one różnych frakcji odpadów, to jednak można na ich podstawie zaobserwować, iż

cena netto za odpady o kodzie 20 03 01 wzrosła z ok. 280 zł w styczniu 2016 r. do ok. 400-420 zł we wrześniu 2018 r.; za odpady o kodzie 15 01 06 wzrosła z ok. 90 zł w styczniu 2016 r. do ok. 250 zł we wrześniu 2018 r. oraz za odpady o kodzie 20 02 01 z ok. 150 zł w maju 2016 r. do ok. 280 – 300 zł we wrześniu 2018 r. Powyższe dane potwierdzają zmianę cen stosowanych w regionalnych instalacjach na przestrzeni kilku ostatnich lat w odniesieniu ww. frakcji odpadów. Uwzględniając również informacje z powszechnie dostępnych źródeł (prasa, Internet), jak i wiedzę posiadaną przez Izbę z urzędu, okoliczność ciągłego oraz znaczącego wzrostu cen stosowanych przez regionalne instalacje należy uznać za potwierdzoną. Trzeba jednak zauważyć, iż uzasadnienie postawionego zarzutu opiera się na twierdzeniu o niemożliwości oszacowania zmiany cen stosowanych przez regionalne instalacje w okresie realizacji zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie – a ta okoliczność w ocenie Izby nie została wykazana.

Dodatkowo wymaga zauważenia, iż Zamawiający nie powinien zostać obciążonym ryzykiem kontraktowym w zakresie w jakim istnieje możliwość jego zmniejszenia na skutek działań podejmowanych przez wykonawcę, na co z kolei on sam nie ma żadnego wpływu. W związku z powyższym Odwołujący powinien wykazać okoliczności dotyczące polityki cenowej prowadzonej przez regionalne instalacje do przetwarzania odpadów i braku możliwości uzyskania korzystniejszych cen niż z góry narzucone. Okoliczność przeciwna wynika bowiem ze stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. Wprawdzie Przystępujący Remondis wskazał na brak możliwości prowadzenia negocjacji z wykonawcami z uwagi na stanowisko Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jednakże Przystępujący ten stwierdził również, iż nie ma możliwości zagwarantowania wykonawcy przez regionalną instalację stałego poziomu cen przez dłuższy okres czasu, jak np. 3-letni okres realizacji przedmiotowego zamówienia, z czego należałoby wnosić, iż taka możliwość jednak istnieje, choć jedynie w krótszym okresie czasu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności i argumenty, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 Kc oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp i 139 ust. 1 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. **Przewodniczący:**