

WYROK

z dnia 13 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez SITA Południe Sp. z o.o. w Częstochowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miasto Tychy w Tychach,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Tychy, przez:

- wykreślenie w pkt 6.2 lit a) ppkt 1 i 2 zdania „Maksymalna liczba usług podlegająca zsumowaniu wynosi 2 usługi”,
- wykreślenie pkt 15.7 ppkt 8);

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Tychy w Tychach i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SITA Południe Sp. z o.o. w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gminy Miasto Tychy w Tychach na rzecz SITA Południe Sp. z o.o. w Częstochowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Katowicach.

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Miasta Tychy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Tychy*”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 17.04.2013 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2013/S 075-125777.

W dniu 26 kwietnia 2013 r. SITA Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SWIZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie (odwołanie referowane w zakresie zarzutów i żądań popieranych przez odwołującego):

1. Art. 22 ust. 1,4, 5 Pzp, oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób niezasadny, nieproporcjonalny, a ponadto niezwiązany z przedmiotem zamówienia i uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. art. 7 ust. 1 w zw. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
3. Art. 7 ust.1,2 Pzp oraz 25 ust. 1 pkt. 2) w zw. z § 6 ust. 1 pkt. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie

rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

4. art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 9 ust. 2 pkt. 5) u.o.k.k. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. modyfikację treści ogłoszenia, treści SIWZ oraz odpowiednio w załączników do SIWZ poprzez:

- 1) usunięcie zapisów dotyczących – maksymalnej liczby usług podlegających zsumowaniu,
 - 2) usunięcie warunku posiadania deklaracji środowiskowej zgodnie z ustawą o z dnia 15 lipca 2011 r. o krajowym systemie ek zarządzania i audytu (EMAS),
 - 3) zmianę określenia i opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby był on zgodny z wymogami art. 7 oraz 29 ust. 1 PZP, jak i z art. 6d ust. 1 Ustawy o utrzymaniu czystości, w szczególności poprzez
- usunięcie z treści SIWZ postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek prowadzenia PSZOK,
 - nakazanie Zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z w/wym. zmianą, w tym, także nakazanie powtórzenia czynności w postępowaniu związanych z uwzględnieniem niniejszego zarzutu.

lub też, ewentualnie:

- nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez zobowiązanie się Zamawiającego do wskazania i odpłatnego udostępnienia wykonawcy, z którym zawrze umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia, nieruchomości położonych na terenie Gminy, na której zgodnie z postanowieniami m.p.z.p. dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK; wówczas, treść SIWZ powinna wskazywać także warunki finansowe (wysokość miesięcznego czynszu najmu lub dzierżawy) udostępnienia nieruchomości do korzystania na potrzeby realizacji zamówienia, tak aby wykonawcy mieli możliwość uwzględnienia tych kosztów przy określaniu ceny ofertowej i uzyskania

wymaganych zezwoleń i decyzji administracyjnych niezbędnych do utworzenia PSZOK oraz umożliwić uzyskanie wymaganych pozwoleń i decyzji z uwzględnieniem czasu do ich wydania

- usunięcie zapisu 15.7 pkt 8) SIWZ

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„1. Wymóg wykonania lub wykonywania usług

1.1. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej każde wymaganie spełnienia określonego warunku winno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Postawione warunki winny być związane z przedmiotem zamówienia, a więc opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Z drugiej strony opis oceny spełniania warunków winien być podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności.

1.2 W niniejszym postępowaniu wymagane aby wykonawca musiał wykazać się doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji tylko w dwóch usługach w sposób zasadniczy zawęży krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Eliminuje bowiem wykonawców, którzy dysponują odpowiednim potencjałem wiedzy i doświadczenia nabytym poprzez realizowanie usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i spełniających wymogi w zakresie wartości, zakresu i czasu realizacji. Wprowadzenie przedmiotowego ograniczenia uniemożliwia, udział w postępowaniu takim wykonawcom, którzy dysponują wiedzą i doświadczeniem nabytym przy realizacji równolegle kilku zadań, dla tego samego zamawiającego lub różnych zamawiających, spełniających wymagania postawione przez Zamawiającego co do zakresu czasowego i rodzaju usług oraz łącznie - w zakresie minimalnej wartości wykonanych usług. Dla wykazania posiadania przez wykonawców potencjału odpowiedniego do realizacji przedmiotu zamówienia o danej skali i trudności wystarczające jest wykazanie się realizacją nie tylko dwóch usług, ale również kilku usług, które będąc realizowane równolegle (w jednym sezonie) i obejmując podobny do przedmiotu zamówienia zakres zadań, łącznie posiadają co najmniej wartość wskazaną przez Zamawiającego jako minimalną.

1.3 Zawężenie możliwości wykazywania się wiedzą i doświadczeniem do realizacji tylko dwóch usług o tych parametrach nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia. Ograniczenie takie nie służy wyłonieniu wykonawców dających w większym stopniu rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nie wynika z uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego, natomiast istotnie ogranicza konkurencyjność postępowania i narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Opis warunków udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, nie może eliminować, czy ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Postawione wymogi nie mogą być formułowane przez Zamawiającego w sposób dowolny i uznaniowy. Sam fakt, że istnieją wykonawcy, którzy są w stanie spełnić warunki ustalone przez zamawiającego odnośnie przedstawienia odpowiedniej usługi wykonanej na podstawie dwóch kontraktów, nie przesadza o prawidłowości tych kryteriów oceny spełnienia warunków udziału w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał, iż są one niezbędne dla przedmiotowego postępowania,

1.4. Ponadto, wskazać należy iż istotą wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jest zapewnienie, iż wykonawca ubiegający się o zamówienie dysponuje wystarczającymi umiejętnościami, zarówno na poziomie technicznym - daje rękojmię realizacji zamówienia obejmującego dany poziom trudności i skomplikowania, jak i o charakterze organizacyjnym - dysponuje potencjałem umożliwiającym mu realizację przedsięwzięcia o danej skali.

1.5 Ponadto wskazać należy, na dotychczasową strukturę rynku odbioru odpadów w Polsce. Odpady komunalne przed wprowadzeniem tzw. „reformy śmieciowej” są zasadniczo odbierane od pojedynczych mieszkańców gdzie jedna usługa odpowiada jednej osobie lub też jednej rodzinie. Możliwy był też odbiór odpadów od większych podmiotów takich jak np. spółdzielnie czy też wspólnoty mieszkaniowe, które największe w Polsce skupiają ok. 30.000 osób. Trudno zatem wyobrazić sobie aby konkurencyjność przy tak postawionym warunku została zachowana. Tak postawiony wymóg jest zatem nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i dodatkowo naruszający zasady uczciwej konkurencji.

[...]

3. Warunek posiadania deklaracji środowiskowej (EMAS)

3.1. Zamawiający w pkt. 6.13 lit. b) SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, żąda aby Wykonawca wykonywał zamówienie zgodnie z europejskimi normami zarządzania środowiskiem i w związku z tym domaga się posiadania przez Wykonawcę deklaracji środowiskowej zgodnie z ustawą z dnia 15 lipca 2011r. o krajowym systemie ek zarządzenia i audytu (EMAS).

3.2. W celu wykazania przez Wykonawcę powyższego wymagania Zamawiający żąda zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności potwierdzającego posiadanie deklaracji środowiskowej EMAS. Jednocześnie w pkt. 6.14 Zamawiający wskazuje, że Wykonawca zamiast zaświadczeń o których mowa w pkt. 6.13 może przedłożyć inne równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Wykonawca może zamiast zaświadczeń złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez Wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzaniem środowiskiem.

3.3. Odwołująca wskazuje, że Zamawiająca sformułowała, żądanie potwierdzenia że oferowane usługi odpowiadają określonym przez nią wymaganiom w sposób nieprawidłowy. Otóż zgodnie z cytowanym przez Zamawiającą § 6.1 pkt. 4) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013r. Poz. 231), może on domagać się od Wykonawców:

„zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji”.

3.4. Treść wskazanej normy rozporządzenia, wyraźnie potwierdza, że żądanie przedmiotowego zaświadczenia jest możliwe, tylko wówczas gdy Zamawiający:

- a) wskaże środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na usługi, i jednocześnie
- b) odwoła się przy wskazaniu tych środków do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS).

3.5. Zamawiająca nie wskazała w treści SIWZ, a w szczególności w załączniku nr 8 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, które środki zarządzania środowiskiem w ramach realizowanej usługi mają być wykonywane zgodnie z normami europejskimi (EMAS). Samo stwierdzenie w treści specyfikacji, iż „Zamawiająca wymaga, aby zamówienie zostało wykonane przez Wykonawcę zgodnie z europejskimi normami zarządzania środowiskiem” (str. 10 SIWZ), nie może być uznane w tym zakresie za wystarczające. Takie sformułowanie jest zbyt ogólne i nie pozwala na ocenę przez Wykonawcę, czy wymaganie stosowania EMAS jest w odniesieniu do danej czynności - środka ochrony środowiska - konieczne.

3.6. Ponadto, skoro w pkt. 6.14 Zamawiający dopuszcza, złożenie innych dokumentów potwierdzających odpowiednio stosowanie przez Wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem, to zaniechanie wskazania przez Zamawiającego w treści SIWZ środków zarządzania środowiskiem, które mają być wykonane zgodnie z EMAS uniemożliwia stwierdzenie przez Wykonawcę czy dysponuje dokumentem potwierdzającym stosowanie systemów lub środków równoważnych. Dopuszczenie przez Zamawiającego systemów lub środków równoważnych, wymaga przynajmniej ogólnego wskazania jakie to systemy lub środki będą traktowane jako równoważne. Zamawiający winien opisać i wskazać, Wykonawcy zasady równoważności tak by ten mógł ocenić, czy zaoferowane rozwiązania równoważne odpowiadają jego potrzebom.

4. Punkty Selektywnej Zbiorki Odpadów Komunalnych

4.1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten w sposób nieuprawniony połączył w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwie odrębne usługi tj. odbieranie i zagospodarowywanie odpadów oraz utworzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (zwanego dalej: PSZOK). O ile zaś Gmina uprawniona jest zlecić zbieranie lub odbiór i zagospodarowanie odpadów z PSZOK podmiotowi zewnętrznemu, normy Ustawy o utrzymaniu czystości nie

dozwalają na delegowanie obowiązku (i prawa) do utworzenia PSZOK czy też wskazania jego lokalizacji. Tymczasem Zamawiający nie wskazał chociażby i nie udostępnił wykonawcy nieruchomości, na której dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK, mimo iż przepisy w/wym. ustawy zobowiązują Gminę do wskazania lokalizacji PSZOK.

4.2. Powyższe działanie stanowi naruszenie przepisów Ustawy o utrzymaniu czystości, jak również, norm PZP - narusza bowiem uczciwą konkurencję oraz ogranicza dostęp do zamówienia. Przepisy Ustawy o utrzymaniu czystości nie dają zamawiającym legitymacji do łączenia w ramach jednego postępowania usług odbierania i zagospodarowywania odpadów oraz tworzenia PSZOK. Łączenie tych dwóch odmiennych usług w ramach jednego zamówienia - w sposób, jaki uczynił to Zamawiający - niewątpliwie ogranicza także konkurencję. Ilość potencjalnych wykonawców - podmiotów zainteresowanych oraz zdolnych do wykonania zamówienia na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów jest bowiem niewspółmiernie większa od ilości podmiotów, które równocześnie zdolne są do utworzenia PSZOK. Utworzenie PSZOK wymaga bowiem m.in. uzyskania tytułu prawnego do odpowiedniej nieruchomości położonej na terenie gminy zamawiającego oraz szeregu decyzji administracyjnych wymaganych do prowadzenia PSZOK. Podmioty które nie dysponują taką nieruchomością już w terminie składania ofert nie będą zaś obiektywnie w stanie uruchomić PSZOK w terminie wymaganym przez Zamawiającego, tj. od 1 lipca 2013 roku. Połączenie obydwu usług w ramach jednego postępowania ogranicza zatem dostęp do zamówienia, jak i ilość potencjalnych wykonawców ubiegających się o jego udzielenie.

4.3. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, iż Zamawiający w pkt. 15.7 8) wymaga od wykonawcy zezwolenie na zbieranie odpadów, wydane dla konkretnych miejsc prowadzenia PSZOKów wymagane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2013r. poz. 21). Podkreślenia wymaga przy tym okoliczność, że dotychczasowa decyzja - zezwolenie na zbieranie odpadów zgodnie z art. 28 ust. 4 pkt 2) 3) starej ustawy o odpadach zawierała miejsca prowadzenia działalności (np. siedziba firmy), a także wskazanie miejsca i sposobu oraz rodzaju magazynowanych odpadów, z opisem sposobu dalszego zagospodarowania odpadów. Nowa regulacja prawna na podstawie, której zezwolenia na zbieranie odpadów są w trakcie

wydawania lub dopiero będą wydawane, wymaga oznaczenia miejsca zbierania odpadów (a nie prowadzenia działalności) oraz wskazania miejsca magazynowania.

4.4. Określenie przedmiotu postępowania w sposób, w jaki uczynił to Zamawiający, wyraźnie uprzywilejowuje podmiot, który w dacie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dysponuje bazą na terenie Gminy, na której możliwe jest utworzenie PSZOK, faktycznie uniemożliwiając ubieganie się o udzielenie zamówienia innym wykonawcom.

4.5. Odwołujący podnosi, iż konsekwencję opisanych powyżej naruszeń przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 PZP, stanowi naruszenie także art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, w zw. z art. 9 ust. 2 pkt. 5) u.o.k.k., albowiem nieuprawnione połączenie usługi utworzenia i prowadzenia PSZOK z usługą odbioru i zagospodarowania odpadów zakwalifikować należy jako określenie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Za naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 PZP uznać należy także niewskazanie i nieudostępnienie wykonawcom nieruchomości, na której dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK.

4.6. Ustawa o utrzymaniu czystości wyraźnie rozróżnia odbiór odpadów komunalnych od tworzenia i prowadzenia PSZOK - art. 3 ust. 1 tej ustawy do dwóch odrębnych zadań własnych gminy zalicza nadzór nad realizacją zadań podmiotom odbierającym odpady komunalne (pkt 3) od tworzenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, w tym, wskazania miejsca, w których mogą być prowadzone zbiórki zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego pochodzącego z gospodarstw domowych (pkt 6). Co więcej, z treści przywołanych przepisów wynika także, iż to Gmina powinna wskazać lokalizację PSZOK. Tymczasem zgodnie z zaskarżonymi postanowieniami SIWZ, wskazanie lokalizacji PSZOK pozostawiono wykonawcy. W ocenie Odwołującego, takie delegowanie przez Zamawiającego uprawnienia (i obowiązku) wskazania lokalizacji PSZOK nie znajduje oparcia w przepisach Ustawy o utrzymaniu czystości. Gmina zobowiązana jest bowiem zadbać m.in. aby PSZOK zlokalizowany został w miejscu zapewniającym łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy.

4.7. W urzędowych interpretacjach znowelizowanych przepisów Ustawy o utrzymaniu czystości, wydanych przez Ministra Ochrony Środowiska (dostępnych na

stronie www.mos.gov.pl), tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów określone zostało jako element obligatoryjnych zadań własnych gminy w zakresie zapewnienia czystości i porządku na jej terenie. Minister Ochrony Środowiska stoi natomiast na stanowisku, iż dopuszczalne jest połączenie w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zbierania odpadów z PSZOK z odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jednakże, Minister w sposób wyraźny dopuścił taką możliwość wyłącznie w przypadku tworzenia punktów selektywnego zbierania przez gminę. Minister nie zaaprobował zaś łączenia w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tworzenia PSZOK przez wykonawcę z odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

4.8. Tymczasem Zamawiający na podstawie postanowień SIWZ objętych treścią niniejszego zarzutu połączył w ramach jednego postępowania odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz organizację i prowadzenie PSZOK, nie wskazując nawet lokalizacji PSZOK. Działanie takie ogranicza zaś w sposób nieuzasadniony zakres podmiotów zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Ilość wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia na odbiór odpadów komunalnych jest bowiem istotnie większa od ilości podmiotów, które jednocześnie są zdolne do organizacji PSZOK.

4.9. Połączenie realizacji obydwu w/wym. zadań, bez wskazania przez udostępnienia nieruchomości, na której dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK wykluczy zatem z udziału w postępowaniu szereg potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie, ograniczy konkurencję w ramach niniejszego postępowania. Wskazany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia niezasadnie uprzywilejowuje podmioty działające już na terenie Gminy, które już w dacie ogłoszenia o zamówieniu dysponują infrastrukturą odpowiadającą wymogom PSZOK.

4.10. W praktyce niemożliwe jest, aby pozostali potencjalni wykonawcy, pomijając nawet kwestię znalezienia odpowiedniej nieruchomości dla PSZOK, w terminie określonym przez Zamawiającego uzyskali całość decyzji i zezwoleń administracyjnych niezbędnych do uruchomienia PSZOK (organizacja PSZOK zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227 z

późn. zm.), wymaga bowiem m.in. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia).

4.11. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego (tak m.in.: uzasadnienie wyroku SN z dnia 14 listopada 2008 roku, III SK 9/08), gminy realizujące zadania z zakresu ustawy o utrzymaniu czystości zobowiązane są przestrzegać norm u.o.k.k., w tym, art. 9 ust. 2 pkt. 5) tej Ustawy. Zgodnie z wykładnią SN: "przepis ten ma bowiem zastosowanie przede wszystkim do takich praktyk, które utrudniają wejście na dany rynek innym przedsiębiorcom, czyniąc je droższym, a w ten sposób mniej opłacalnym i bardziej ryzykownym, poprzez określenie różnego rodzaju warunków, jakie muszą spełnić potencjalni nowi uczestnicy rynku. W niniejszej sprawie Miasto działa na rynku organizowania usług użyteczności publicznej, a działalność ta wpływa na możliwość funkcjonowania innych przedsiębiorców na rynku odbioru odpadów komunalnych, który jest rynkiem znajdującym się poniżej rynku, na którym Miasto posiada pozycję dominującą. Ingerencja Miasta w funkcjonowanie mechanizmu konkurencji na rynku odbioru odpadów komunalnych polega na tym, że wprowadzenie wymogu posiadania bazy technicznej, zlokalizowanej w określonym miejscu, uniemożliwiło przedsiębiorcom posiadającym takie zaplecze poza terytorium wskazanym w zarządzeniu prezydenta, skuteczne ubiegania się o zezwolenie na prowadzenie określonej działalności, a tym samym możliwości konkurencji z innymi przedsiębiorcami. Ponadto, rozważając możliwość ubiegania się o świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców Miasta, przedsiębiorca musiałby przed złożeniem odpowiedniego wniosku podjąć ryzyko gospodarcze i założyć odpowiednią bazę techniczną w miejscu wskazanym przez Miasto, co mogłoby prowadzić do nieefektywnego gospodarowania zasobami celem dopełnienia wymogów ustalonych jednostronnie przez Miasto. Działanie Miasta wyklucza z rynku tych przedsiębiorców, którzy posiadając odpowiedni know-how i wyposażenie, nie posiadają bazy technicznej zlokalizowanej na terytorium Miasta lub na obszarze gmin sąsiadujących z miastem". Jakkolwiek powyższe orzeczenie dotyczyło wymogu posiadania bazy magazynowej, w uzasadnionym przekonaniu Odwołującego, stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tym orzeczeniu zachowuje swą aktualność do treści SIWZ opracowanych przez Zamawiającego oraz nałożenia na podmiot odbierający i

zagospodarowujący odpady obowiązku utworzenia PSZOK, jako warunku koniecznego udziału w postępowaniu. W obydwu przypadkach, wykonawca zmuszony jest bowiem podjąć istotne ryzyka gospodarcze i nakłady, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego w sposób wyraźnie utrudniający dostęp do zamówienia.

4.12. Zaskarżone niniejszym zarzutem postanowienia SIWZ uznać należy nie tylko za naruszające normy Ustawy o utrzymaniu czystości, ale równocześnie, za sprzeczne z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 PZP jak i z art. 9 ust. 2 pkt. 5) u.o.k.k. Koszt prowadzenia PSZOK stanowi bowiem marginalny koszt w relacji do kosztów wykonania zasadniczej części zamówienia. Tymczasem, na skutek połączenia w ramach jednego postępowania dwóch odrębnych usług, nałożenie na wykonawców obowiązku realizacji drugiej z tychże usług - utworzenia i organizacji PSZOK (o znaczeniu i wartości marginalnej w stosunku do odbioru i zagospodarowywania odpadów) - w oczywisty sposób ograniczy konkurencyjność zamówienia i uniemożliwi licznym potencjalnym wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia. Ponadto, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów SIWZ. niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Prawa zamówień publicznych wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia" (tak: wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2010 roku, sygn. akt 2729/10).

4.13. Odwołujący wskazuje również, iż biorąc pod uwagę ogół decyzji administracyjnych oraz robót wymaganych do utworzenia (organizmowi)/PSZOK, nie jest możliwe aby podmiot, który w dacie ogłoszenia o zamówieniu, a nawet w dacie publikacji przez Zamawiającego ogłoszenia wstępnego, nie dysponował nieruchomością spełniającą wymogi utworzenia PSZOK oraz wymagane decyzje, był w stanie uruchomić PSZOK w terminie wymaganym przez Zamawiającego tj. od dnia 1 lipca 2013 roku. Odwołujący wskazuje bowiem, iż utworzenie PSZOK wymagało będzie uzyskania co najmniej:

1. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia,

2. decyzji o pozwoleniu na budowę,

jak i szeregu dalszych uzgodnień administracyjnych związanych z w/wym. postępowaniami, a prawdopodobnie również przeprowadzenia pełnej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko i sporządzenia raportu o oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Zgodnie zaś z uśrednionymi terminami uzyskiwania w/wym. decyzji i pozwoleń administracyjnych niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego w Polsce, przeciętny rzeczywisty czas uzyskania takich rozstrzygnięć w latach 2010 - 2012 wahał się od 322 do 308 dni.

4.14. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z art. 71 ust. 2 pkt 2) Ustawy z dnia 3 października 2008 roku o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest wymagane m.in. dla planowanych przedsięwzięć mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko. Zgodnie zaś z § 3 ust. 1 pkt. 81) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 roku w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, do przedsięwzięć mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko zalicza się m.in. punkty do zbierania lub przeładunku odpadów, w tym złomu. Z całą pewnością utworzenie PSZOK wymagało będzie więc uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia, natomiast wedle wszelkiego prawdopodobieństwa, wymagane w takim przypadku będzie także przeprowadzenie pełnej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko i sporządzenia raportu o oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Z uwagi na wymogi co do wyposażenia PSZOK, jego utwardzenia i ogrodzenia, utworzenie PSZOK wymaga także decyzji o pozwoleniu na budowę, zgodnie z art. 28 ust.1 Prawa budowlanego. W konsekwencji, proces uzyskiwania decyzji i zezwoleń administracyjnych wymaganych do utworzenia PSZOK wynosi ok. 6 miesięcy, przy czym okres ten nie obejmuje realizacji samych robót budowlanych. Zgodnie zaś z art. 54 Prawa budowlanego, do użytkowania PSZOK będzie można przystąpić dopiero po zawiadomieniu właściwego organu o zakończeniu budowy, jeżeli organ ten, w terminie 21 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, nie zgłosi sprzeciwu w drodze decyzji.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

We wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia

dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak

kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Odnosnie powyższego generalnie zaznaczyć należy, iż odwołujący nie wykazał, czy nawet nie starał się wykazywać w ramach podniesionych przez siebie zarzutów, naruszenia zasady uczciwej konkurencji w jej aspekcie podmiotowym, tj. porównywalności sytuacji różnych wykonawców w ramach niniejszego postępowania i ich równego traktowania. Nie wywodził, iż kwestionowane postanowienia SIWZ faworyzują określonych wykonawców względem innych. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają jednak ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami o charakterze *iuris cogentis* regulującymi stosunki umowne danego typu, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ k.c..

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentalae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w

jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiadanie świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne

są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej

w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

Oceniając, w świetle rozważań poczynionych powyżej, poszczególne, zakwestionowane postanowienia specyfikacji i kolejno odnosząc się do dotyczących ich zarzutów odwołania, Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje.

Zarzut dotyczący warunków udziału w postępowaniu, postawionych przez zamawiającego, jest zasadny.

Zgodnie z art. 22 ust 1 ustawy, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Według ust. 4 art. 22 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z ust. 5, warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach warunków udziału w postępowaniu stawianych przez zamawiającego wykonawcom, w pkt 6.2.2. wskazano:

W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający wymaga złożenia następujących dokumentów:

a) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - załącznik nr 5 do SIWZ.

Pod pojęciem głównych usług Zamawiający rozumie usługi związane z przedmiotem zamówienia.

- wymagane jest wykonanie lub wykonywanie usług polegających na:

1) odbieraniu odpadów komunalnych na łączną kwotę minimum 10 000 000,00 zł brutto obejmujących swoim zakresem łącznie minimum 100 tysięcy mieszkańców.

Maksymalna liczba usług podlegająca zsumowaniu wynosi 2 usługi.

oraz

2) prowadzeniu selektywnej zbiórki odpadów (tj. odbieranie odpadów zbieranych do oddzielnych, specjalnie do tego celu przeznaczonych pojemników i/lub worków) na łączną kwotę minimum 1 200 000,00 zł brutto.

Maksymalna liczba usług podlegająca zsumowaniu wynosi 2 usługi.

Postawiony zarzut odwołania dotyczy zakwestionowania ograniczenia liczby sumowanych usług, które mają niejako „złożyć się” na wypełnienie warunku w zakresie wartości zamówień i liczby mieszkańców. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż warunki udziału w postępowaniu, zwłaszcza w świetle aktualnego brzmienia powoływanej wyżej przepisów, winny zmierzać do wyłonienia wykonawcy dającego jak największą gwarancję prawidłowej realizacji zadania. Z powyższym koresponduje wymaganie odpowiedniego do przedmiotu zamówienia, doświadczenia potwierdzającego możliwości wykonawcy w zakresie wykonywania usług danego rodzaju. Ponadto stawiane warunki udziału w postępowaniu mogą sprawdzać doświadczenie wykonawcy w różnym aspekcie i zakresie. W szczególności również sama wartość wykonywanych zamówień może nieść informacje nt. doświadczenia i zdolności wykonawców. Jakkolwiek wartość zamówienia nie zawsze oddaje jakość czy techniczne zaawansowanie wykonywanych prac, to jest jednak przeważnie obiektywnym miernikiem ich skali. Może również dowodzić i potwierdzać, że wykonawca jest w stanie organizacyjnie podołać wykonaniu umowy o znacznym zakresie i wartości. Konsekwentnie, tego typu wartość, wymagana przez zamawiającego, ma być proporcjonalna i związana z przedmiotem zamówienia (art. 22 ust. 4)

Powyższe należy jednak odnieść do rozpatrywanego, konkretnego przypadku, oceniając przy tym i porównując nie tylko rodzaj sprawdzanego doświadczenia w kontekście zamawianego przedmiotu zamówienia, ale także należy uwzględnić specyfikę i kształt rynku, na którym zamówienie jest wykonywane. Warunki udziału w postępowaniu formułowane przez zamawiającego, tak jak w tym przypadku jego przedmiot zamówienia, nie są adresowane do

abstrakcyjnego, bliżej nieokreślonego kręgu wykonawców, ale dotyczą określonego segmentu rynku usuwania i zagospodarowania odpadów. Co do zasady więc, zamawiając w znacznej mierze standardowe usługi wykonywane na rynku, zamawiający winien brać również pod uwagę jakie doświadczenie wykonawcy obecni na rynku w tym zakresie rzeczywiście nabywają i którym następnie mogą się legitymować.

Postulat powyższy, co prawda wprost nie wynika z brzmienia przepisu art. 22 ust. 4 Pzp, gdzie zadekretowana została adekwatność warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, jednakże może być wyprowadzony z zasad ogólnych ustawy – zwłaszcza wyrażonej w art. 7 ust. 1 zasady uczciwej konkurencji. Ponadto związaną i proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia nie może być rozumiana w upraszczający, niejako czysto mechaniczny, sposób (np. skoro wartość przedmiotu zamówienia wynosi X, to dopuszczalna wartość zamówień/doświadczeń wymaganych w ramach warunku udziału w postępowaniu również może wynosić X lub połowę X.. etc.). Wymagana w przepisie adekwatność warunków udziału w postępowaniu i przedmiotu zamówienia winna więc być oceniona szerzej – zarówno w kontekście postulowanego wyłonienia wykonawcy, którego doświadczenie jest adekwatne do wymagań, które dany przedmiot zamówienia przed nim postawi, jak też w odniesieniu do postulatu jak najszerszego otwierania zamówienia na konkurencję (zwłaszcza na rynku lokalnym, którego zamówienie dotyczy).

Tymczasem rozpatrywane warunki udziału w postępowaniu ustanawiają nadmierne bariery dla wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia – eliminują zbyt wielką ilość krajowych wykonawców, których doświadczenie pozwala przyjąć, iż podążają oni wykonaniu tego typu zamówienia.

Kształt rynku usuwania odpadów komunalnych w Polsce został właściwie scharakteryzowany przez odwołującego. Aktualnie większość umów zawieranych przez wykonawców, jest umowami zawieranymi indywidualnie przez wytwórców odpadów z wykonawcami trudniących się zawodowo odbiorem odpadów. Dopiero po wdrożeniu reformy gospodarowania odpadami, której efektem jest m.in. przedmiotowe zamówienie, kontraktowanie usuwania odpadów, zostanie zapewnione w ramach kompleksowych umów zawieranych przez gminy. Tym samym w chwili obecnej, w związku z brakiem odpowiednio dużych podmiotów wytwarzających odpady, zawierających umowy na ich usuwanie, spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu dla większości wykonawców prowadzących działalność w tym zakresie, jest niemożliwe. Przy zastanym sformułowaniu SIWZ wykonawcy musieliby legitymować się umową zawartą ze średniej wielkości miastem lub wielką spółdzielnią

mieszkaniową (pow. 50 tys mieszkańców). Tymczasem tego typu umowy są dopiero przez poszczególne miasta zawierane albo funkcjonują w marginalnej ilości (np. zamawiający był w stanie podać tylko jeden ich przykład – miasto Legionowo).

Powyższe oznacza, iż nawet wykonawca obsługujący znaczne ilości podmiotów, w tym w ramach umów o znacznej wartości i zakresie (ale poniżej 5 mln. lub 600 tys zł. – odpowiednio dla odpadów segregowanych i niesegregowanych), nie będzie mógł spełnić wymagań zamawiającego. Przy czym jest to wymaganie, przy pomocy którego zamawiający zamierza sprawdzać (według argumentów podnoszonych na rozprawie), nie możliwości logistyczne czy potencjał i skalę działania wykonawcy, które może zweryfikować przez odniesienie do wielu jednocześnie wykonywanych usług, ale chce badać zdolność wykonawcy do zarządzania i rozliczania jednego dużego kontraktu i podolania relacjom z dużym, świadomym swoich uprawnień umownych, kontrahentem.

W kontekście poczynionych rozważań, tego typu wymaganie należy uznać za wygórowane. Nie kwestionując możliwości wymagania przez zamawiającego doświadczenia w wykonywaniu usług o określonej wartości (w odniesieniu do jednej usługi), wskazać należy, iż wartości i liczba mieszkańców przyjęta przez zamawiającego (w odniesieniu do jednej usługi) są w tym przypadku zbyt wysokie. Na przykład wykonawca obsługujący łącznie 100 000 mieszkańców w ramach trzech kontraktów o wartości 3,3 mln. zł. każdy, posiada doświadczenie w zarządzaniu dużymi kontraktami i kontaktach z dużymi kontrahentami – porównywalne z doświadczeniem wykonawców, których postawione warunki udziału w postępowaniu ubiegania się o zamówienie dopuszczają. Jeżeli zamawiający rzeczywiście zamierzał – jak deklaruje w odpowiedzi na odwołanie – postawić „prowincjonalny” warunek udziału w postępowaniu, winien umożliwić jego spełnienie prowincjonalnym wykonawcom, nie zmuszając ich przy tym do „pożyczania” doświadczenia od międzynarodowych koncernów, działających na rynkach, gdzie od dawna wprowadzono zbiorowe odbieranie i selekcję odpadów.

Przy czym Izba nie przesądza, że zamawiający w ogóle nie mógł w tym przypadku ograniczyć ilości umów, przy pomocy których wykonawca winien wykazać zakładane wartości i ilości mieszkańców, ale stwierdza, iż ograniczenie do dwóch usług prowadzi *de facto* do wymagania usług o zbyt wielkim zakresie i wartości. Sprawą zamawiającego pozostaje czy na miejsce postanowień SIWZ, których usunięcie nakazano mu niniejszym wyrokiem, wprowadzi postanowienia inne, czy też w ogóle zrezygnuje z tego typu mechanizmu określania wartości i zakresu wymaganego doświadczenia.

Zarzut dotyczący wymagania przedłożenia deklaracji środowiskowej EMAS uznano za niezasadny.

W pkt 6.13 lit b) SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, żądano przedłożenia:

b) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań Wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli Zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które Wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Ponadto wskazano:

- Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane przez Wykonawcę zgodnie z europejskimi normami zarządzania środowiskiem. W związku z powyższym wymagane jest posiadanie deklaracji środowiskowej zgodnie z ustawą o z dnia 15 lipca 2011 r. o krajowym systemie ek zarządzenia i audytu (EMAS) (Dz. U. z 2011 r., Nr 178, poz. 1060).

6.14 Wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w punkcie 6.13 pkt a-b, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w punkcie 6.13 pkt a-b, złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez Wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem.

Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych

normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Wypełnienie ww. normy prawnej stanowi cytowane wyżej wskazanie przez zamawiającego, iż wymaga, aby zamówienie zostało wykonane zgodnie z europejskimi normami zarządzania środowiskiem. Wykonawca może zidentyfikować w przedmiocie zamówienia szereg elementów jego w wykonania podpadające pod regulację ww. norm i zapewnić potwierdzenie zgodności własnych działań w tym zakresie z tymi normami – za pomocą potwierdzenia wymaganego przez zamawiającego.

Odrębnym zagadnieniem pozostaje możliwość dokonania realnej i bezproblemowej weryfikacji i oceny przez zamawiającego równoważności innych poświadczeń, które dopuścił w pkt 6.14 SIWZ, przy tak ogólnie i szeroko zakreślonym przedmiocie odniesienia poświadczeń i zakresie normowania w trakcie badania ofert. Izba w ramach wyrokowania ocenia zgodność z prawem poszczególnych, zakwestionowanych w odwołaniu, postanowień specyfikacji, a nie ich sensowność. Natomiast jak wskazano powyżej, pkt 6.13 lit b) SIWZ uznano za zgodny z § 6 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia.

Zarzuty dotyczące wymogu prowadzenia Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych uznano za zasadne w odniesieniu do żądania przedłożenia przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia, zezwolenia na zbieranie odpadów, wydanego dla miejsc prowadzenia ww. Punktów. Pozostałe zarzuty odwołania odnoszące się do tego zakresu zamówienia, a zwłaszcza żądania definiujące zarzuty w tym przedmiocie, oddalono.

Zgodnie z pkt 3.1. lit e) SIWZ jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest utworzenie, uruchomienie i prowadzenie Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanych na terenie miasta Tychy. Zamawiający w treści specyfikacji nie wyznaczył konkretnych miejsc prowadzenia PSZOK, pozostawiając w tym zakresie wykonawcom swobodę wyboru.

Ponadto według pkt 4.1 SIWZ, *zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie 30 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 lipca 2013r.*

Zgodnie z pkt 15.7 ppkt 8) SIWZ „*Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*” zamawiający żądał przedłożenia przez wybranego wykonawcę: *zezwolenie na zbieranie odpadów, wydane dla miejsc prowadzenia PSZK-ów wymagane na podstawie przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013r. poz. 21).*

Żądanie przez zamawiającego w sprawie uzyskania i przedłożenia przez wykonawcę ww. zezwoleń na zbieranie odpadów, wydanych dla miejsc prowadzenia PSZOK, które

wykonawca ma utworzyć i prowadzić w ramach niniejszego zamówienia uznano za wymóg nadmierny, sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wymóg ten jest właściwie możliwy do spełnienia jedynie przez wykonawców, którzy zawczasu – jeszcze przed rozstrzygnięciem przetargu, nie mając żadnych gwarancji, co do jego wygrania, a także nie znając rzeczywistych terminów, w których umowa zostanie zawarta – rozpoczęli przygotowania do wykonania części przedmiotu zamówienia, tj. uruchomienia PSZOK i ponieśli koszty z tym związane. W przypadku niezyskania przez wykonawcę wymaganych decyzji na chwilę wezwania go do podpisania umowy przez zamawiającego, powyższe może być potraktowane jako uchylenie się od podpisania umowy wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami (np. utrata wadium).

Ponadto wyżej wskazaną nadmierność tego typu żądania *de facto* przyznał sam zamawiający deklarując usunięcie pkt 15.7 ppkt 8) z treści SIWZ. Przy czym w związku z brakiem przedstawienia Izbie zmodyfikowanej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także niejednoznacznej treści odpowiedzi na odwołanie w przedmiocie faktycznego dokonania modyfikacji SIWZ w tym zakresie czy też dopiero planowania powyższego („jest/winno być”), a więc wobec braku dowodów czy deklarowane zmiany zostały dokonane, nakazano zamawiającemu wykreślenie ww. jednostki redakcyjnej SIWZ.

Odniesienie się do zarzutu dotyczącego PSZOK w pozostałym zakresie oraz ocena jego zasadności i możliwości uwzględnienia, zwłaszcza w kontekście stawianych żądań odwołującego, jest zagadnieniem bardziej złożonym.

Zarzut odwołania dotyczący wymagania w ramach przedmiotu zamówienia uruchomienia i prowadzenia PSZOK, sprowadzał się w istocie do zakwestionowania możliwości połączenia w ramach jednego zamówienia dwóch różnych usług. Jak wynika z treści odwołania, odwołujący zakwestionował generalną możliwość tego typu połączenia i żądał usunięcia PSZOK z przedmiotu zamówienia. Odwołujący wprost wskazał, iż zamawiający w sposób nieuprawniony połączył w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwie odrębne usługi tj. odbieranie i zagospodarowywanie odpadów oraz utworzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

Tak rozumiany i rozpatrywany zarzut należało uznać za niezasadny. Zamawiający, zarówno w świetle przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2012 r. poz. 391), w tym art. 3 ust. 2 pkt 6 tej ustawy, jak też w świetle regulacji Pzp, jest generalnie uprawniony do zlecenia prowadzenia PSZOK podmiotowi zewnętrznemu (na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej zawieranej w trybie Pzp), jak też do łączenia powyższego zadania z usługami

odbierania i zagospodarowywania odpadów. Ponadto w związku z zasadą swobody umów oraz dowolnego kształtowania przez zamawiającego sposobu realizacji własnych zadań i zaspakajania potrzeb (w ramach obowiązującego prawa), wykonawcy i organy orzekające nie mogą narzucać zamawiającemu jaki ma być zakres i kształt jego zamówienia.

Wskazane wyżej wyroki sądów okręgowych dotyczące kształtowania warunków umowy, jak najbardziej mogą zostać odniesione również do kształtowania samego opisu i zakresu zamówienia (a więc przedmiotu umowy). Tym samym wskazywany brak podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada, odnosi się również do przymuszania zamawiającego do zakupu rzeczy czy świadczeń, których kupić nie chce (których zamawiać i realizować w określony sposób nie chce i nie zamierza, np. wobec braku możliwości dokonania zgodnie z prawem określonego, zaplanowanego zakupu, w ogóle zrezygnuje z jego przeprowadzenia). Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izba Odwoławcza i sądy powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie potrzeb zamawiającego i sposobu ich zaspokojenia. W przepisach Pzp brak oparcia dla opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków jego realizacji, kształtowania budżetu zamawiającego... *etc.* W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien kupić w zamian lub z jakich zamówień zrezygnować.

Izba doktrynalnie nie wyklucza i nie przesądza o bezwzględnym zakazie jakiegokolwiek ingerencji w czynności zamawiającego kształtujące stosunki umowne (w tym w zakresie przedmiot umowy) nawiązywane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, wykraczające poza stwierdzenie ich niezgodności z prawem i następującym po tym, nakazie ich unieważnienia lub powtórzenia. W niektórych przypadkach, jak najbardziej dopuszczalne, czy nawet wskazane będzie, nakazanie zamawiającemu dokonania określonych modyfikacji warunków przetargu (w tym opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy). W szczególności, po wysłuchaniu stron, w tym zamawiającego w przedmiocie określenia jego potrzeb i motywów, do których zaspokojenia zmierza przy pomocy danego zamówienia, ze względu na ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia, a także na pewne trudne do przecenienia, kształtujące się od początku funkcjonowania arbitrażu, tradycje czy nawet

zwyczaje orzecznicze, możliwe będzie nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia dokładnie podyktowanych zmian SIWZ. Zwłaszcza jeżeli dane zmiany sprowadzały się będą li tylko do eliminacji niedopuszczalnych ograniczeń konkurencji w warunkach zamówienia, a nie zmieniały będą istoty zamówienia, jego zakresu i rodzaju, i jednocześnie nie będą nadmiernie ingerowały w sferę *dominium* zamawiającego (który w ramach zamówień publicznych nie działa bynajmniej jako organ administracji publicznej).

Można więc przyjąć i wskazać, że organy orzekające, związane zasadą legalizmu, a także działając w warunkach obowiązywania zasady swobody umów i w systemie prawnym na tej zasadzie opartym, a nie w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej, winny ze szczególną ostrożnością i w ograniczonym zakresie kształtować stosunki umowne pomiędzy stronami obrotu cywilnoprawnego. Tym samym w celu narzucenia zamawiającemu konkretnego kształtu i zakresu jego zamówienia, wykonawcy winni zwracać się do instytucji, którym dany zamawiający jest organizacyjnie lub politycznie podległy (o ile takie występują), a nie do organów orzekających w sprawach zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Izba może natomiast, w przypadku adekwatnych wniosków odwołania w tym zakresie, nakazać unieważnienie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy, a dokonanie jego poprawienia egzekwowalnym wyrokiem Izby jest z powodów opisanych powyżej, niemożliwe.

W szczególności, w rozpatrywanym przypadku i odnośnie żądań przedmiotowego odwołania, Izba uznała, iż uwzględnienie żądań zmierzających do nakazania zamawiającemu rezygnacji z części przedmiotu zamówienia lub zmiany zasad realizacji zamówienia w zakresie utworzenia PSZOK, wykracza poza uprawnienia Izby.

Powyższa okoliczność, w zestawieniu z okolicznościami warunkującymi orzekanie Izby opisanymi poniżej, zdeterminowała kształt zapadłego rozstrzygnięcia.

Jak wskazano, za niezasadne uznano zarzuty odwołania dotyczące PSZOK rekonstruowane i rozpatrywane jako zakwestionowanie możliwości łączenia tej usługi z innymi usługami składającymi się na przedmiot zamówienia, a żądania usunięcia tej usługi z zakresu zamówienia uznano za niedopuszczalne. Niemniej jednak w treści odwołania znalazły się również twierdzenia dotyczące terminu uruchomienia PSZOK (jak wynika z pkt 4.1 SIWZ jest to właściwie dzień podpisania umowy lub dzień 1 lipca w przypadku, gdy umowę uda zawrzeć się wcześniej) – wskazujące, iż jest to termin nierealny, niemożliwy do dotrzymania dla wykonawców, którzy nie prowadzą działalności na tym terenie lub nie podejmą działań inwestycyjnych i administracyjnych zmierzających do uruchomienia PSZOK już przed uzyskaniem zamówienia, a nawet przed otwarciem ofert w przetargu. Jednakże trudno

zakwalifikować, że typu wymagania SIWZ było objęte samodzielny zarzutem odwołania, jako niedopuszczalne. Odwołujący konsekwentnie zarzucał i wywodził, że to nieuprawnione połączenie różnych zakresów usług stanowi naruszenie wskazanych przepisów Pzp oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Terminu rozpoczęcia wykonywania usług prowadzenia PSZOK nie objął więc samodzielny zarzutem odwołania, ani nie postawił żadnych żądań do zmiany tego terminu się odnoszących.

Przy czym nie jest wykluczone, że w związku z okolicznościami przedstawionymi przez odwołującego w przedmiocie uwarunkowań faktycznych i prawnych związanych z uruchomieniem PSZOK, w przypadku postawienia zarzutów względem samego terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewidywanego przez zamawiającego, Izba uznałaby ten termin za nierealny i dyskryminujący wykonawców, którzy nie przygotowali się zawczasu do wykonania zamówienia w tym zakresie – co oznaczałoby potwierdzenie naruszenia zasady konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp. Odrębną kwestią pozostaje czy w takim przypadku możliwe byłoby oznaczenie w wyroku innego terminu wykonania zamówienia czy raczej konieczne byłoby nakazanie unieważnienia postępowania, w celu umożliwienia zamawiającemu ponownego, tym razem prawidłowego i zgodnego z przepisami Pzp, opisanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie (termin realizacji zamówienia czy jego poszczególnych części, tak samo jak warunki umowy, w szerokim rozumieniu pozostaje elementem przedmiotu zamówienia i podpada pod regulację art. 29 Pzp).

Odnosnie powyższego dodać jeszcze należy, iż zarzuty dotyczące postanowień SIWZ definiowane są również przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. W pewnych przypadkach, Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Tego typu sytuacje występują najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednakże wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć, przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienie oferty, odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast możliwość modyfikacji wyrokami żądań odwołującego sformułowanych względem treści SIWZ doznaje zasadniczych ograniczeń. Na przykład w przypadku uznania, iż stawiane żądania są w świetle prawa niedopuszczalne, Izba nie może sama, niejako wyręczyć strony i zdecydować jaki kształt powinna przyjąć specyfikacja istotnych warunków zamówienia i jak powinna zostać poprawiona, w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Ponadto wykonawcy i organy

orzekające – co zostało już wielokrotnie podkreślone powyżej – nie mogą decydować za zamawiającego, co powinien zakupić i w jaki sposób, w zamian przedmiotu, którego opis narusza przepisy ustawy i w zastanym kształcie jest niedopuszczalny (byłaby to nadmierna ingerencja w sferę *dominium* zamawiającego). W takim przypadku postępowanie o udzielenie zamówienia powinno zostać unieważnione, co dałoby zamawiającemu możliwość odpowiedniego, zgodnego z jego potrzebami, poprawienia opisu jego przedmiotu zamówienia, albo rezygnację z zakupu, którego zgodnie z przepisami prawa przeprowadzić nie chce, nie może lub nie potrafi. Natomiast, w tym przypadku, odwołujący unieważnienia postępowania nie żądał, ale konsekwentnie domagał się wyłączenia części zamówienia z jego zakresu lub istotnej zmiany przyjętego przez zamawiającego sposobu jego realizacji (zobowiązania zamawiającego do odpłatnego udostępnienia nieruchomości, na których ma być prowadzony PSZOK), uwzględnienie tego typu żądań było niemożliwe.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).

.....