

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 kwietnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Czyścioch” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 15-691 Białystok, ul. Kleeberga 20, 2. MPK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 07-401 Ostrołęka, ul. Kołobrzaska 5** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok** w imieniu i na rzecz, którego postępowanie prowadzi **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 15-110 Białystok, ul. Kombatantów 4,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Spółka Komandytowa, 15-482 Białystok, ul. Fabryczna 1, 2. Spółdzielnia Mieszkaniowa „ZACHĘTA”, 15-201 Białystok, ul. Warszawska 79

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „CZYŚCIOCH bis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

16-400 Suwałki, ul. Hubala 18, 2. FBSERWIS Spółka Akcyjna, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawcy MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 15-950 Białystok, ul. 27 Lipca 62

- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Czyścioch” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 15-691 Białystok, ul. Kleeberga 20, 2. MPK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 07-401 Ostrołęka, ul. Kołobrzaska 5 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

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, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Białymstoku**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:
1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Czyścioch” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, 2. MPK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce - wniósł na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę „Świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok”, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Miasto Białystok w imieniu i na rzecz, którego postępowanie prowadzi Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19/01/2013 r., nr 2013/S 014-019526 (usługi).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w toku formułowania postanowień SIWZ następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 polegające na nałożeniu na wykonawców obowiązku przekazywania odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych Hryniewicze (Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Hryniewiczach). Narusza to zasadę konkurencyjności i zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję i stanowi niedopuszczalne w postępowaniu na odbiór odpadów określenie miejsca zagospodarowania odpadów, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w tym zakresie, z uwagi na określenie w wojewódzkim planie gospodarki odpadami dwóch Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (Tom III SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.2; sekcja II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu),
- 2) art. 3 ust. 1 oraz art. 4 skutkujące niezastosowaniem Pzp w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany był do stosowania ustawy celem przeprowadzenia procedury przetargowej na odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości położonych na terenie

Miasta Białystok,

3) art. 38 ust. 4b Pzp przez zamieszczenie w SIWZ, po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym, warunków udziału określonych w sposób odmienny w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu,

4) art. 29 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający skalkulowanie ceny oraz nałożenie na wykonawcę obowiązku ustalenia za zamawiającego przedmiotów zamówienia stanowiących elementy cenotwórcze oferty (Tom III SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.3, pkt 1.4; Tom I SIWZ Instrukcja dla wykonawców, pkt 22 ppkt 2 i 5),

5) art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie przekazania zmiany ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,

6) art. 144 przez nieokreślenie warunków dopuszczających zmianę umowy w zakresie metody wykonania przedmiotu umowy (Tom I SIWZ, pkt 29 ppkt 1, 3),

7) art. 5 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp przez sporządzenie projektu umowy w sposób składający całe ryzyko gospodarcze, niezależnie od ilości odbieranych przez wykonawcę odpadów tylko na wykonawcę, pozbawiając wykonawcę wynagrodzenia, a także godzące w istotę i cel zamówienia publicznego przez wprowadzenie rażąco wygórowanych kar umownych, których zastosowanie doprowadzi do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia,

8) art. 2 ust. 13 przez wprowadzenie w postanowieniach projektu umowy obowiązku nieodpłatnych świadczeń przez wykonawcę na rzecz zamawiającego, co stoi w sprzeczności z legalną definicją zamówienia publicznego,

9) określenie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od ogłoszenia o zamówieniu przez zaniechanie wpisania w tomie I, pkt 4 SIWZ kodu CPV 9051200, który był zawarty w treści ogłoszenia,

10) określenie okresu zamówień uzupełniających w tomie I, pkt 6 SIWZ niezgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu.

Podnosząc sprzeczność postanowień SIWZ z prawem, w szczególności z Pzp, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie zamawiającemu:

- usunięcia z SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu (Tom III SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.2; sekcja II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu) opisu naruszającego uczciwą konkurencję i stanowiącego niedopuszczalne odstępstwo od przeprowadzenia postępowania w trybie Prawa zamówień publicznych na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, nakazującego wykonawcom przekazywanie odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych Hryniewicze (Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Hryniewiczach) oraz przewidujących sankcje z powyższego tytułu, w

szczegółowości zawartych w projekcie umowy - § 7 ust. 3 i ust. 10, § 8 ust. 1 pkt 17, § 10 ust. 2 pkt 6,

- określenie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 Pzp przez wskazanie częstotliwości odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości oraz wykreślenie ilości i rodzajów pojemników, jakie wykonawca ma dostarczyć właścicielom nieruchomości,
- ujęcie kodu CPV nr 9051200 - usługi gromadzenia odpadów pochodzących z gospodarstw domowych w SIWZ, a tym samym wykreślenie warunku określonego w pkt 3 ust. 6 Tom II Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), tj. Zabrania się Wykonawcy przeładowywania odpadów komunalnych. Zamawiający wymaga bezpośredniego transportu odpadów do instalacji wskazanej w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu bez uprzedniego magazynowania,
- usunięcia z SIWZ warunków udziału w postępowaniu nie określonych pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu, a polegających na obowiązku posiadania przez wykonawcę:
 - a) wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska,
 - b) ilości środków transportu określonej odmiennie w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu,
 - c) urządzeń do gromadzenia odpadów (pojemników),
 - d) posiadania ubezpieczenia określonego odmiennie w stosunku do wysokości określonej w ogłoszeniu o zamówieniu,
 - e) środków transportu wyposażonych w moduł GPS ponad obowiązki wynikające z przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z dnia 25 stycznia 2013 r., poz. 122), tj. ponad określenie: pojazdy wyposażone w system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarne, umożliwiające trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, umożliwiające weryfikację tych danych (par. 5 rozporządzenia),
- zgodnym z ogłoszeniem o zamówieniu określeniem dopuszczalności zamówień uzupełniających,
- określeniu zasad przyznania wynagrodzenia wykonawcy w postanowieniach projektu umowy, przewidujących nieodpłatne świadczenia wykonawców, ewentualnie
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, jako dotkniętego wadą niemożliwą do usunięcia w dalszym toku postępowania i skutkującego wystąpieniem przesłanek bezwzględnej nieważności umowy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.

Odwołujący został dopuszczony do udziału w II etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - do złożenia oferty.

Odwołujący uprzednio wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wskazując na naruszenie szeregu przepisów ustawy Pzp, w szczególności w zakresie obowiązku przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów, a nie wyłącznie na odbiór odpadów z jednoczesnym wskazaniem instalacji, do której wykonawcy będą zobowiązani przekazywać odebrane odpady. Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 200/13 wskazywało na przedwczesność odwołania i aktualizację drogi odwoławczej w momencie przekazania odwołującemu SIWZ.

Odwołujący podał, że argumentacja zawarta w odwołaniu w sprawie KIO 200/13 jest aktualna, wobec czego istnieje potrzeba ponownego jej przywołania na obecnym etapie postępowania.

I. Zamówienie obejmuje jedynie czynność odbioru odpadów komunalnych, ale już nie ich zagospodarowanie. W kwestii zagospodarowania odebranych odpadów zamawiający w SIWZ nie wskazuje wprost na obowiązek przekazywania odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych Hryniewicze (Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Hryniewiczach), lecz powołuje się na opis zawarty w ogłoszeniu (sekcja II, pkt 1.5).

W tomie II SIWZ (Projekt umowy) w § 6 zamawiający nakłada się na wykonawcę obowiązek przekazywania mu raportów o ilości odpadów przekazanych do instalacji, o której mowa w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia, § 7 ust. 10 stanowi o konsekwencjach niemożliwości stwierdzenia źródła pochodzenia odpadów dostarczonych do instalacji, o której mowa w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia, w § 7 ust. 11 postanowiono o przesłance zwolnienia z obowiązku dostarczenia odpadów do instalacji wskazanej przez zamawiającego, w § 8 ust. 1 pkt 17 postanawia się o obowiązku zapłaty kary umownej za skierowanie odpadów do innej instalacji, niż wskazana w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia, w § 10 ust. 2 pkt 6 ustanawia się przesłankę odstąpienia od umowy przez zamawiającego w razie przekazywania przez wykonawcę odpadów komunalnych do innej instalacji niż wskazana w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu. W tomie III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wskazuje się w pkt 1.2, że odebrane odpady należy bezpośrednio transportować do instalacji, o której mowa w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia.

Odwołujący stwierdził, że nie stanowi przeszkody w sformułowaniu zarzutów wobec wskazania przez zamawiającego konkretnej instalacji, do której mają być dostarczone przez

wykonawcę odpady, tylko w treści ogłoszenia i brak wskazania nazwy tej instalacji bezpośrednio w SIWZ. Poszczególne postanowienia SIWZ należy interpretować w powiązaniu z treścią innych dokumentów, w szczególności ogłoszenia inicjującego procedurę, jeśli SIWZ zawiera w swoich postanowieniach odpowiednie zwroty odsyłające.

Odwołujący podniósł, że wymieniony opis ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ, w których odsyła się do sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia, są sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i jako takie powinny zostać usunięte.

Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odbywa się na podstawie regulacji zawartej w ustawie z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: u.c.p.g.) oraz ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach.

Cytując przepisy art. 6d ust. 1, art. 9e ust. 1 pkt 2, art. 6e u.c.p.g. odwołujący wskazał, że w tych przepisach nie ma wprost wyrażonej reguły, że samo tylko zagospodarowanie odpadów komunalnych obowiązkowo wymaga zastosowania procedury przetargowej. Jednak na gruncie stanu faktycznego, w którym zostało zainicjowane rozpoznawane postępowanie, należy przyjąć, że zagospodarowanie odpadów powinno odbywać się w RIPOK wyłonionej w trybie określonym w przepisach ustawy Pzp.

PUHP Lech sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku jest jednoosobową spółką, w której jedynym udziałowcem jest Miasto Białystok. Spółka prowadzi RIPOK Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Hryniewiczach, w którym mają być zagospodarowywane odpady, odbierane przez wykonawcę wybranego w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie. Nie jest to jedyna instalacja posiadająca status RIPOK w regionie. Oprócz prowadzonej przez spółkę ZUOK w Hryniewiczach, prowadzona jest w regionie również przez odwołującego instalacja o statusie RIPOK (Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami w Studziankach - CIGO), co wynika z treści załącznika do uchwały nr XXII/252/12 Sejmiku Województwa Podlaskiego z dnia 22.10.2012 r., zmieniającej uchwałę w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Podlaskiego na lata 2012 - 2017”.

W powyższych okolicznościach, w regionie obejmującym Miasto Białystok są dwie instalacje posiadające status RIPOK.

Przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowią w art. 3a ust. 1, że gminy, realizując zadania polegające na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, są obowiązane do przeprowadzenia przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, bądź też wyboru takiego podmiotu w trybie przepisów o partnerstwie publiczno-prywatnym, czy też

przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Dopiero gdyby w żaden z powyższych sposobów nie doszło do wskazania takiego podmiotu, gmina sama może zrealizować te czynności (ust. 2 art. 3a), z zastrzeżeniem postanowień przewidzianych w art. 19 ustawy z dnia 1.07.2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 152, poz. 897). Odwołujący nadmienił, że również w przypadku zorganizowania przetargu, o którym mowa w art. 3a ust. 1, stosuje się obligatoryjnie przepisy Pzp (art. 3a ust. 3). Sens takiego uregulowania polega na wskazaniu, że gmina nie powinna kształtować swojego statusu jako monopolisty w tej dziedzinie, a do tego rodzaju działalności powinny być dopuszczone podmioty „z zewnątrz”. Widać wyraźnie subsydiarną rolę gminy w tym aspekcie, gdyż w pierwszym rzędzie obligatoryjnie należy umożliwić podjęcie takiej działalności podmiotom zewnętrznym.

Odwołujący powołał się na przepisy art. 16 i 19 ustawy z dnia 1.07.2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wskazał, że w jednym regionie może być więcej niż jedna instalacja o statusie RIPOK. Wobec braków jakichkolwiek obostrzeń w tym zakresie wynika z tego również, że nie muszą to być instalacje gminne, ale też należące do podmiotów prywatnych. Z analizy porównawczej przepisów u.c.p.g. w zakresie dotyczącym budowy i eksploatacji RIPOK oraz przepisów ustawy zmieniającej wynika, że wyłonienie RIPOK, w której mają być zagospodarowywane odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, obligatoryjnie powinno nastąpić w trybie przetargu przewidzianym w Pzp.

To, że w art. 6d u.c.p.g. jest mowa jedynie o obligatoryjnym przetargu na odbiór albo na odbiór i zagospodarowanie odpadów nie oznacza, że można wskazać z pominięciem procedur przewidzianych w Pzp instalację, w której odpady będą zagospodarowane, nawet jeśli zagospodarowania dokonuje spółka komunalna, której powierzono realizację zadań gminy w tym zakresie. Taka sytuacja byłaby dopuszczalna jedynie w modelowym przypadku określonym w art. 3a u.c.p.g., gdy istnieje w danym regionie tylko jedna RIPOK. W przypadku większej ilości instalacji o statusie RIPOK w jednym regionie, zamawiający musi wyłonić podmiot dokonujący zagospodarowania odpadów w postępowaniu (przetargu) na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Nie jest dopuszczalne ominięcie wymogów Pzp przez powierzenie wykonywania zadań w zakresie zagospodarowania odpadów spółce gminnej. Przeciwnie stanowisko stoi w sprzeczności z wykładnią celowościową przywołanych przepisów u.c.p.g. oraz ustawy zmieniającej i narusza założenie o racjonalności prawodawcy. Przyjmując, że w jednym regionie istnieje więcej niż jedna RIPOK i dopuszczając do sytuacji, w której jednocześnie dopuszczalne jest zastosowanie mechanizmów faktycznie wykluczających prowadzącego jedną z tych instalacji z możliwości ubiegania się o zamówienie w zakresie zagospodarowania odpadów, rażąco je narusza.

W ten sposób naruszone zostały również przepisy art. 3 ust. 1 oraz art. 4 Pzp, gdyż zamawiający wykroczył poza dozwolone wyjątki od obligatoryjnego zastosowania procedur Pzp, naruszając obowiązek zastosowania procedury przetargowej przy wskazaniu RIPOK, w której będzie dokonywana usługa zagospodarowania odpadów.

W stanie faktycznym leżącym u podstaw postępowania, którego dotyczy odwołanie, zagospodarowanie odpadów będzie odbywało się w ZUOK Hryniewicze prowadzonym przez PUHP Lech sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. RIPOK nie została wybrana z wykorzystaniem konkurencyjnych procedur przewidzianych w Pzp, przez co wyeliminowana zostaje możliwość wykorzystania potencjału CIGO w Studziankach. Bezpośrednim skutkiem takiego postępowania są też zawyżone opłaty nałożone na mieszkańców Miasta Białystok w zakresie funkcjonowania systemu. Takie działanie zamawiającego stanowiące zaniechanie stosowania procedur przewidzianych w Pzp kwalifikuje się do wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący wskazał, że w literaturze podnosi się, iż „określenie w SIWZ-ie konkretnej instalacji może bowiem w pewnych warunkach stanowić nadużycie przez gminę pozycji dominującej” (Paweł Ważniewski, Wolna konkurencja zagrożona?, Przegląd Komunalny 2012 nr 11, s. 56). Odwołujący podniósł, że w okolicznościach tej sprawy wskazanie RIPOK nastąpiło w ogłoszeniu, nie w SIWZ, ale pogląd ten odnosi się również do takiej sytuacji. Autor podnosi, że „(...) zarówno SIWZ-y jak i odpowiednie uchwały, w tym regulamin utrzymania czystości i porządku w gminie, powinny przewidywać wyłącznie ogólny obowiązek przekazywania odpadów komunalnych do RIPOK-ów, które są wskazane w uchwale sejmiku województwa o wykonaniu wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, lub do tzw. Instalacji zastępczych. Stwierdzenie nadużywania pozycji dominującej przez gminę może zakończyć się decyzją Prezesa UOKiK-u nakładającą karę w wysokości do 10% przychodów z ubiegłego roku”.

Potwierdzeniem tego stanowiska jest uchwała instytucji zamawiającej, jaką jest Miasto Białystok w zakresie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Białystok (Uchwała Nr XXXIX/468/13 Rady Miasta Białystok z dnia 25 lutego 2013 r.), która w dziale V par. 23 stanowi, „*że odpady z Miasta Białystok winny być przekazywane do RIPOK-ów wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa Podlaskiego w sprawie wykonania WPGO.*”

Ponadto, odwołujący podniósł kwestię braku alternatywy w przypadku awarii instalacji regionalnej. Przepis art. 91 ustawy u.c.p.g. stanowi, że w wypadku awarii instalacji regionalnej odpady mają trafiać do instalacji zastępczej przewidzianej dla tego regionu. Taki wybór procedury przetargowej, tj. samego odbioru odpadów i opisów w pkt 1.2 SIWZ (TOM II OPZ), że wykonawca nie ponosi kosztów zagospodarowania odpadów przekazanych do instalacji, o której mowa w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu w przypadku awarii,

powoduje niemożność realizacji zamówienia przez firmy transportowe bez umów cywilnoprawnych pomiędzy instalacjami RIPOK-ów i RIPOK-ów zastępczych.

Odwołujący podniósł, że zaprezentowana kwalifikacja czynności zamawiającego, z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji (art. 9 i 10 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów), wpływa jednak w zasadniczy sposób na rozumienie przepisów Pzp oraz u.c.p.g. na gruncie stanu faktycznego, stanowiącego podstawę odwołania, w odniesieniu do kwestii obowiązku zastosowania procedur przetargowych Pzp, w zakresie wskazania podmiotu dokonującego zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości. Uznał, że czynność, która naruszałaby imperatywne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie może jednocześnie pozostawać w zgodzie z przepisami Pzp oraz u.c.p.g., gdyż kłóci się to z podstawowymi regułami interpretacji systemowej.

Kwestionowana w odwołaniu czynność zamawiającego została dokonana z naruszeniem podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych przywołanych w *petitum* odwołania.

Odwołujący wskazał, że gdyby nie podzielić poglądu o obligatoryjności wymogu zorganizowania przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów, w przypadku, gdy w danym regionie istnieje więcej niż jedna instalacja o statusie RIPOK (co uzasadniałoby żądanie unieważnienia postępowania), to uzasadnione byłoby żądanie usunięcia kwestionowanego w odwołaniu opisu z ogłoszenia, wobec niemożliwości wskazania przez zamawiającego konkretnej RIPOK, w której miałyby być zagospodarowywane odpady odebrane od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący powołał się na wypowiedź Ministra Środowiska z 91 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 28.04.2011 r. w ramach dyskusji nad Sprawozdaniem Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa oraz Komisji Samorządu Terytorialnego i Polityki Regionalnej, wskazując, że ma ona zasadnicze znaczenie przy dokonywaniu oceny naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła argumentów (podnoszonych również w postępowaniu KIO 200/13) przemawiających za niemożliwością pominięcia procedur konkurencyjnych przewidzianych w Pzp w odniesieniu do wskazania konkretnej RIPOK, to w odniesieniu do PUHP Lech sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku nie występują przesłanki, od których uzależnia się udzielenie zamówienia wewnętrznego (*in house*) z pominięciem procedur Pzp.

Odwołujący powołując się na uchwałę Rady Miasta Białystok nr LII/659/10 z dnia 22.02.2010 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowo-Produkcyjnemu Lech Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku zadań własnych Gminy Białystok z zakresu

odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zmienioną uchwałą nr LVI/729/10 z dnia 31.05.2010 r. oraz uchwałą nr XXXIII/368/12 z dnia 18.10.2012 r. zmieniającą uchwałę w sprawie utworzenia Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowo-Produkcyjnego Lech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku i uchwałą nr XXXIII/368/12 z dnia 18.10.2012 r. zmieniającą uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowo-Produkcyjnemu Lech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku zadań własnych Gminy Białystok z zakresu odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, wskazał, że spółce przekazano zadania Gminy Białystok z zakresu odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Białegostoku.

Powołując się na Kodeks spółek handlowych, konieczność uwzględnienia odpowiednich postanowień w umowie spółki oraz przesłanki wynikające z orzecznictwa TSUE (ETS) dotyczącego zamówień *in house*, uznał, że przesłanka sprawowania kontroli analogicznej jak nad własnymi służbami, w odniesieniu do PUHP Lech sp. z o.o., nie jest spełniona.

Odwołał się do orzeczenia ETS z 13.10.2005 w sprawie C-458/03, z którego treści można zrekonstruować kryteria pozwalające na zakwalifikowanie relacji między jednostką samorządu terytorialnego oraz podmiotem zewnętrznym w perspektywie wymogu zachowania kontroli wymaganej w zamówieniach *in house*.

Wskazał, że przedstawione stanowisko znajduje również odniesienie w Opinii Rzecznika Generalnego C..... S.....-H..... przedstawionej w dniu 23 września 2004 r. w sprawie C-26/03 (Pkt 78 opinii).

Odwołujący stwierdził, że aby uznać, że Miasto Białystok sprawuje kontrolę nad PUHP Lech sp. z o.o. w zakresie odpowiadającym kryteriom wymaganym przy zamówieniach *in house* należałoby wprowadzić do umowy spółki odpowiednie postanowienia zawężające choćby w stosunkach wewnętrznych swobodę zarządu, uzależnienie dokonywanych przez niego czynności od woli udziałowcy - Miasta Białystok.

Nie kwestionując, że PUHP Lech sp. z o.o. jest spółką, w której jedynym udziałowcem jest Miasto Białystok, wskazał kolejną przesłankę dyskwalifikującą ją jako podmiot, któremu można udzielić zamówienia *in house*. Przytoczył pkt 32 wyroku ETS z dnia 6.04.2006 r. w sprawie sygn. C-410/04: *„W konsekwencji skoro spółka, której przyznano koncesję, jest spółką otwartą, choćby w części, na udział kapitału prywatnego, to okoliczność ta sprawia, że nie można jej uznać za „wewnętrzną” strukturę świadczącą usługi publiczne w imieniu jednostki samorządu terytorialnego posiadającej w niej udziały (podobnie wyrok w sprawie Coname, pkt 26).”*

Odwołujący uznał, że z tego wypływa wniosek, iż nie tylko rzeczywiste posiadanie udziałów spółki przez podmiot prywatny powoduje, że nie może być jej udzielone zamówienie *in house*, ale również taka potencjalna możliwość, a więc - posługując się terminologią

zaczepniętą z tego wyroku - bycie przez taki podmiot „otwartym na udział kapitału prywatnego”. Podniósł, że problem ten dostrzega również Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, skoro w treści *Najczęściej zadawanych pytań dotyczących Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami*, Warszawa lipiec 2010 (s. 3) stwierdza się, że należy, w odniesieniu do podmiotów wewnętrznych zapewnić ograniczenie możliwości zbywania udziałów spółki przez cały okres trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych, w szczególności w drodze wprowadzenia odpowiednich postanowień do umowy spółki - art. 182 § 1 Kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym zbycie udziału, jego części lub ułamkowej części udziału oraz zastawienie udziału, umowa spółki może uzależnić od zgody spółki albo w inny sposób ograniczyć. W odniesieniu do PUHP Lech nie takiej sytuacji, stąd w ocenie odwołującego, w braku odpowiednich postanowień w umowie spółki, sformułowany w orzecznictwie ETS wymóg w tym zakresie również nie jest spełniony.

Nie jest spełniony, wynikający z doktryny Teckal wymóg wykonywania przez PUHP Lech sp. z o.o. działalności w przeważającej mierze na rzecz kontrolowanej jednostki. Wyrok ETS z dnia 11.05.2006 r., C-340/04 (pkt 63) stanowi: *„Przy zastosowaniu tych zasad można uznać, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki w rozumieniu wspomnianego powyżej wyroku w sprawie Teckal, tylko, jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny.”*

Odwołujący przedstawił analizę przychodów spółki w latach 2009 i 2010 r. oraz wskazał, że działalność spółki w zakresie zadań Miasta Białystok w odniesieniu do gospodarki odpadami dotyczy jedynie funkcjonowania ZUOK Hryniewicze w odniesieniu do zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Białystok. Poza tym ZUOK Hryniewicze generuje przychody z zagospodarowania odpadów pochodzących z terenu gmin ościennych - a więc tutaj nie występuje już w roli podmiotu realizującego zadania publiczne.

Odwołujący podniósł ponadto, że PUHP Lech sp. z o.o. nie została utworzona w celu realizacji zadań publicznych, ale powierzono jej wykonywanie tychże zadań na pewnym etapie jej funkcjonowania (utworzona została w 1990 r.), w drodze zmiany aktu założycielskiego oraz podejmowania odpowiednich uchwał przez Radę Miasta Białystok w latach 2010 oraz 2012.

Wskazał orzeczenie NSA z dnia 11.08.2005 r., sygn. II GSK 105/05 odnośnie zamówienia *in house* dla spółki gminnej.

II. Wadliwość opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisując w SIWZ przedmiot zamówienia posługuje się nieprecyzyjnymi opisami uniemożliwiającymi wykonawcy skalkulowanie oferty. Zamawiający wskazał, że cena za świadczoną usługę będzie dotyczyła jednej tony odpadów i wymaga od wykonawcy złożenia oferty na powyższą jednostkę, nie określając jednak innych czynników wpływających na cenę ofertową w sposób jednoznaczny, lub przekładając na wykonawcę obowiązek ustalenia - sprawdzenia przedmiotu zamówienia na przykład przez uzyskanie od właścicieli nieruchomości informacji dotyczącej wielkości pojemników do gromadzenia odpadów oraz częstotliwości ich odbioru, która nie jest w sposób jednoznaczny opisana w przedmiocie zamówienia. Zamawiający posługuje się w powyższym zakresie takimi sformułowaniami, jak „co najmniej” lub „nie mniej niż”, wskazując jednocześnie czy owe niedookreślone czynności będą się odbywały miesięcznie czy też co dwa tygodnie. Tożsame niedookreślone opisy zawarte są w postanowieniach prawa miejscowego, na które powołuje się zamawiający. Zapewnienie pojemników, których wielkości i ilości nie podał w postanowieniach SIWZ zamawiający, stanowi przeniesienia na wykonawców ryzyka prawidłowej kalkulacji ceny jak też ustalania przedmiotu zamówienia za zamawiającego.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby odnośnie art. 29 ust. 1 Pzp: teza 4 wyroku KIO z dnia 25.06.2012 r. w sprawie 1202/12, teza 1 wyroku KIO z dnia 10.04.2012 r. w sprawie KIO 573/12, wyrok KIO z dnia 07.12.2012 r. w sprawie 2584/12, podając, że powyższe uzasadnia nakazanie zamawiającemu doprecyzowanie treści SIWZ w zakresie ustalenia ilości i wielkości pojemników oraz dokładnej częstotliwości odbioru odpadów.

III. Niedopuszczalne odstępstwa od treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu, które następnie zmodyfikował po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Działanie zamawiającego przez określenie zmienionych warunków udziału w postępowaniu, choćby w postanowieniach projektu umowy, ma na celu obejście przepisów Pzp zakazujących wprost wprowadzania zmian w stosunku do treści ogłoszenia.

Postanowienia SIWZ wprowadzają zmiany warunków udziału w postępowaniu w stosunku do treści ogłoszenia, w których nakładają na wykonawców dodatkowe obowiązki w zakresie:

- posiadania wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, - posiadania ilości środków transportu określonych odmiennie w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu, - posiadania urządzeń do gromadzenia odpadów (pojemników), - posiadania ubezpieczenia określonego odmiennie w stosunku do wysokości określonej w ogłoszeniu o zamówieniu (według treści postanowień umowy w wysokości ceny ofertowej), - posiadania środków transportu wyposażonych w moduł GPS, ponad obowiązki nałożone przepisami rozporządzenia

Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, tj. ponad określenie: pojazdy wyposażone w system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiające trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, umożliwiające weryfikację tych danych (par. 5 rozporządzenia).

IV. Wykreślenie kodu CPV nr 9051200 - usługi gromadzenia odpadów pochodzących z gospodarstw domowych w SIWZ, w stosunku do ogłoszenia wydaje się działaniem celowym niezgodnym z pkt 24 SIWZ. Kalkulacja ceny powinna opierać się na wykonaniu zamówienia o oryginalność projektu, wybranych rozwiązaniach techniczne, wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonania, powodując obniżenie kosztów jego realizacji. Niewątpliwie takim działaniem jest przeładunek z magazynowaniem zbieranych odpadów, np. z kontenerów do jednego dużego środka transportowego, oszczędzając tym samym paliwo, czas i negatywny wpływ na środowisko naturalne. Takie działanie stosowane jest praktycznie obecnie przez wszystkie firmy dopuszczone do złożenia ofert. Więc, zasadnym jest w tym kontekście wykreślenie warunku określonego w pkt 3 ust. 6 Tom II Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), tj. Zabrania się Wykonawcy przeładowywania odpadów komunalnych. Zamawiający wymaga bezpośredniego transportu odpadów do instalacji wskazanej w sekcji II pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu bez uprzedniego magazynowania niezgodnego z wykreślonym kodem CPV.

Odmienne od treści ogłoszenia wymogi udziału w postępowaniu nakładane na wykonawców w postanowieniach SIWZ, stanowią naruszenie Pzp przedstawione w zarzutach odwołania.

V. Naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego w zw. art. 14 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zawarte w projekcie umowy postanowienia, godzą w przepisy Kodeksu cywilnego, które w zw. z art. 14 Pzp mają zastosowanie do czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że zamawiający sporządzając projekt umowy wprowadził szereg kar umownych, które faktycznie dążą do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia. Jako sprzeczne z art. 5 w związku z art. 353¹ kc wskazał postanowienia zawarte w § 4 ust. 6 projektu umowy, § 8 ust. 1 pkt 8, 9, 10, 17. Również nałożone w postanowieniach umowy obowiązki związane z przygotowaniem świadczenia usług polegające na ustaleniu z właścicielem nieruchomości wielkości pojemnika oraz terminów odbioru odpadów, sprzeciwiają się wyżej przywołanym przepisom Kodeksu cywilnego, a nadto mogą zostać uznane za świadczenie niemożliwe. Uznał, że mało realne wydaje się porozumienie przez wykonawcę z każdym właścicielem

nieruchomości w zakresie ustalenia częstotliwości odbioru odpadów oraz ustalenia wielkości pojemnika na odpady. Umowa nie przewiduje sytuacji, w której właściciel nieruchomości zmieni swoje oczekiwania zarówno w stosunku do częstotliwości odbioru odpadów, jak też wielkości pojemnika.

VI. Świadczenia niemożliwe określone w postanowieniach SIWZ.

Ilość posesji, z których będą odbierane odpady nie ma charakteru trwałego, zamawiający nie podaje ich definitywnej ilości. Wykonawcy, kalkulując wysokość ceny są zmuszeni do określenia we własnym zakresie, zapewne na podstawie konsultacji z właścicielami nieruchomości, o rodzajach pojemników, na które mają zamiar zgłosić zapotrzebowanie. Brak jest podstaw w obowiązującym prawodawstwie dla przeprowadzania takich „konsultacji” z właścicielami nieruchomości przez wykonawców, w szczególności nie daje takiej sposobności ustawa o ochronie danych osobowych. Powoduje to, że skalkulowanie oferty według obiektywnych kryteriów odnoszących się do właściwości przedmiotu zamówienia, w istocie nie jest możliwe. Ponadto, nie jest możliwe (w przypadku chęci złożenia oferty we wszystkich sektorach) skonsultowanie się z właścicielami 24147 nieruchomości w przeciągu 40 dni, tj. w okresie od dostarczenia SIWZ od upływu terminu złożenia oferty. Postanowienia SIWZ oraz projektu umowy nie przewidują poza tym wynagrodzenia dla wykonawcy za odbiór odpadów z nieruchomości nie objętych wykazem dostępnym na etapie udostępnienia SIWZ. Powoduje to, że przy istnieniu umownego obowiązku odbioru odpadów od właścicieli wszystkich nieruchomości położonych na terenie danego sektora, nie przewidziano wynagrodzenia w tym przypadku. Postanowienie § 7 ust. 1 umowy określa, że wynagrodzenie należne wykonawcy nie może przekroczyć kwoty zaproponowanej w ofercie. W przypadku przekroczenia tej kwoty odpowiadającej ilości szacunkowej odpadów, nawet po uwzględnieniu ewentualnych zamówień uzupełniających, może dojść do sytuacji, w której świadczona będzie usługa odbioru odpadów bez wynagrodzenia przez wykonawcę. Jest to sprzeczne z istotą zamówienia publicznego, gdzie odpłatność za wykonaną usługę należy do cech konstytutywnych.

VII. Uzasadnienie interesu *prawnego* we wniesieniu odwołania.

Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty w wyniku spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Powyższe umożliwia odwołującemu złożenie oferty, w której odwołujący zamierza skalkulować racjonalnie cenę ofertową, w taki sposób, aby nie doznać uszczerbku (szkody) w wyniku realizowanego zamówienia i ukształtować zobowiązania stron na zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Powyższe wskazuje na zagrożenie interesu odwołującego i możliwość wystąpienia szkody, co przez pryzmat art. 179 Pzp uzasadnia istnienie interesu we wniesieniu odwołania.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że na etapie odwołania od postanowień SIWZ, sama deklaracja wykonawcy obejmująca chęć ubiegania się o uzyskanie zamówienia przesądza o istnieniu interesu prawnego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej - odwołania. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących ogłoszenia i SIWZ należy przyjąć, że każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły, jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i SIWZ - teza 1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16.07.2012 r. w sprawach KIO 1337/12, 1349/12 i KIO 1353/12.

Mając powyższe na względzie odwołujący uznał odwołanie za uzasadnione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł: o jego oddalenie w całości, dopuszczenie twierdzeń i dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie oraz przedstawionych na rozprawie, zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podał, jak niżej.

Ad 1 i 2.

Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Literalne brzmienie normy prawnej wskazuje na alternatywną możliwość wyboru formy zorganizowanego przetargu. Na podstawie art. 9e ucpg, podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do: 1) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów,

zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach; 2) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Mając na uwadze powyższy przepis, Ministerstwo Środowiska w interpretacji z 13 października 2011 r. (umieszczonej na stronie internetowej Ministerstwa) wskazało, że: „w przypadku podmiotu działającego na podstawie umowy z gminą, sposób dalszego postępowania z odebranymi od właścicieli nieruchomości odpadami będzie uzależniony od zakresu przetargu i od umowy zawartej z gminą. Należy pamiętać, że to gmina jest obowiązana do osiągnięcia w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przetarg może obejmować samo odbieranie, jak i odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Z przepisu dotyczącego zawartości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które są potem przedmiotem umowy zawieranej z wykonawcą wynika, że wskazanie w ustawie tych warunków ma charakter jedynie przykładowy. Dlatego też poza wymogiem przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji, przedmiotem SIWZ i następnie umowy zawieranej z wykonawcą może być wskazanie instalacji, do których mają być przekazywane odpady selektywnie zebrane, oraz sposobu potwierdzania masy przekazanych odpadów i osiągniętych poziomów odzysku. W przypadku przetargu tylko na odbieranie odpadów komunalnych - podmiot odbierający będzie odbierał odpady komunalne i przewoził je do instalacji wskazanych przez gminę. W umowie może być określony sposób dokumentowania wykonania tego obowiązku. W przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie, podmiot odbierający odpady komunalne będzie wybierał i wskazywał w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał odpady selektywnie zebrane (gmina je niejako zaakceptuje poprzez wybór jego oferty), a następnie będzie przekazywał gminie informacje na temat masy przekazanych odpadów i osiągniętych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przepisy ustawy nowelizującej nie wskazują w tym zakresie szczegółowych rozwiązań, a zatem powinny się one znaleźć w SIWZ i w umowie zawieranej z wykonawcą.”

Ponadto liczne komentarze pojawiające się w doniesieniach prasowych przedstawicieli resortu środowiska podtrzymują wcześniej przyjęte stanowisko:

1. Minister Środowiska M..... K..... w wywiadzie udzielonym gazecie wyborczej

(<http://wyborcza.pl/2029020,91446,13298025.html> oraz

<http://www.bankier.pl/wiadomosc/Wiceminister-to-samorzady-domagaly-sie-przetargow-2746133.html>) „...Chcę przypomnieć, że w ustawie są zapisane dwa alternatywne rozwiązania; przetarg wyłącznie na odbieranie śmieci, a potem dedykowanie tych śmieci do wskazanej przez samorząd instalacji np. gminnej lub przetarg na zagospodarowanie całości odpadów.”

2. P..... W....., wiceminister środowiska: „...zgodnie z ustawą tryb przetargowy dotyczy jedynie wywozu śmieci. Natomiast gmina ogłaszając przetarg będzie mogła wskazać firmę, która zajmie się ich utylizacją. W tym sensie można dosyć dowolnie kształtować sam przetarg i jego warunki” (<http://www.bankier.pl/wiadomosc/Wiceminister-to-samorzady-domagaly-sie-przetargow-2746133.html>).

Więc w przypadku zorganizowania przez gminę przetargu dotyczącego tylko i wyłącznie odbioru odpadów, gmina może wskazać w SIWZ firmie transportującej odpady instalację, do której mają trafiać odpady komunalne transportowane przez tę firmę.

1. Na podstawie art. 3a ucpg, gminy realizując zadania polegające na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, są obowiązane do: 1) przeprowadzenia przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, lub 2) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z 2010 r. Nr 106, poz. 675 oraz z 2011 r. Nr 232, poz. 1378), lub 3) dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.).

2. W przypadku gdy przetarg, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zakończy się wynikiem negatywnym, albo gdy nie zostanie dokonany wybór partnera prywatnego na zasadach określonych w ustawie, o której mowa w ust. 1 pkt 2, albo gdy nie zostanie dokonany wybór koncesjonariusza na zasadach, o których mowa w ust. 1 pkt 3, gmina może samodzielnie realizować zadanie polegające na budowie, utrzymaniu lub eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

3. Do przetargów, o których mowa w ust. 1 pkt 1, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.).

Zamawiający wskazał, że należy jednak zwrócić uwagę, iż wskazany tryb postępowania odnosi się do czynności w zakresie budowy, utrzymania i eksploatacji RIPOK. Przepis art. 3a

ucpg nie ma zastosowania w przypadku wyboru miejsca zagospodarowania odpadów. Nie ma prawnych podstaw by utrzymanie i eksploatację instalacji utożsamiać z zagospodarowaniem i przetwarzaniem w niej odpadów, są to odmiennie zakresowo czynności. Wskazuje na to również treść art. 19 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 152, poz. 897). W przypadku instalacji wskazanej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako zakład zagospodarowania odpadów, dla której przed dniem wejścia w życie ustawy wydano decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach lub decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, lub której budowa lub eksploatacja rozpoczęła się przed dniem wejścia w życie ustawy, przepisów art. 3a ustawy zmienianej w art. 1, nie stosuje się. W przypadku ZOUC w Hryniewiczach, przed dniem wejścia w życie ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, została wydana decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach, dlatego też nie było konieczności przeprowadzania przetargu na budowę, utrzymanie i eksploatację instalacji.

Zarówno przepisy ucpg, jak i ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku (...), enumeratywnie wskazują na wszelkiego rodzaju wyjątki od Pzp. UcpG stanowi *lex specialis* wobec Pzp. Ponieważ szczegółowe normy ucpg nie wskazują jednoznacznie na sposób postępowania, w jaki należy dokonać wyboru miejsca zagospodarowania odpadów, zastosowanie znajdą ogólne normy prawa powszechnie obowiązującego. Ustawodawca dopuścił możliwość istnienia w regionie dwóch lub więcej RIPOK-ów, ale nie wskazał na sposób wyboru jednego z nich. Nie ma też żadnych uregulowań, które wskazywałyby na obligatoryjne przeprowadzenie przetargu na zagospodarowanie odpadów. Zgodnie z art. 9 ust. 4 gmina, która nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 6d ust. 1 - podlega karze pieniężnej w wysokości od 10.000 zł do 50.000 zł. Sankcje karne nałożone są na gminę za brak zorganizowania przetargu na odbieranie, bądź odbieranie i zagospodarowania odpadów, nie zaś przetargu na samo zagospodarowanie. Zakładając racjonalność ustawodawcy wskazać można, że jeśli w gminie są dwa, lub więcej RIPOK-i, dopuszczony jest inny niż przetargowy tryb wyboru miejsca zagospodarowania odpadów, a gmina nie ma obowiązku przeprowadzania przetargu na zagospodarowanie odpadów. Podnoszona w odwołaniu konieczność zorganizowania przetargu na zagospodarowanie odpadów, w sytuacji istnienia w regionie więcej niż jednej instalacji, zaistniałaby wówczas, gdyby instalacje prowadzone były przez podmioty prywatne. Dlatego też zamawiający podkreślił, że nie zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 4 Pzp.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że do naruszenia ustawy Pzp w zakresie art. 7 nie dochodzi w sytuacji, w której wskazana w SIWZ instalacja należy do gminy, lub też obsługiwana jest przez podmiot, któremu zadania w tym zakresie zostały powierzone nieodpłatnie w trybie powierzenia zadań własnych danej gminy w zakresie gospodarowania

odpadami komunalnymi lub też spełnione zostały przesłanki dla udzielenia tzw. zamówienia *in house*, to jest bezprzetargowego i odpłatnego powierzenia wykonywania zadań w tym zakresie. Pogląd ten jest również w zasadzie ukształtowany w doktrynie prawnej (np. A. K. Modrzejewski, *Finanse Komunalne*, 2012.7-8, s. 87: „Wybór regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych prowadzonej przez podmiot wewnętrzny. Teza nr 3, Powierzenie przez gminę [...] spółce [prawa handlowego] wykonywania [...] zadań [własnych w zakresie zieleni miejskiej oraz utrzymywania czystości i porządku w gminach] przy założeniu, że posiada ona cały kapitał zakładowy tej spółki, nie stanowi zamówienia publicznego i nie wymaga zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych, określonych w p.z.p. Zawarcie pomiędzy gminą, a spółką umowy określającej warunki finansowania zadań powierzonych jej w drodze stosownej uchwały organu jednostki samorządu terytorialnego (art. 4 ust. 1 [ustawy z 1996 r. o gospodarce komunalnej]) i aktu tworzącego tę spółkę nie stanowi zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 2 pkt 13 p.z.p. W takim przypadku brakuje bowiem warunku dwustronnego przysporzenia jako kryterium kwalifikacji danej umowy do kategorii prawnej zamówienia publicznego”).)

Powyższy wniosek wysnuć można z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym zakresie, przykładowo można wskazać na wyrok TS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, wyrok TS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-430/04 Carbotermo i Consorzio Alisei, wyrok TS z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant).

Zgodnie z powyższym orzecznictwem zadania publiczne, w tym z zakresu gospodarowania odpadami, mogą być powierzone bezpośrednio spółkom komunalnym bez konieczności stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tylko i wyłącznie, jeżeli zostaną spełnione następujące warunki:

1. spółka musi być w 100% własnością samorządu (przez cały okres realizacji zadań użyteczności publicznej),
2. spółka musi być kontrolowana przez gminę w takim stopniu jak jej jednostki organizacyjne (poprzez sprawowaną na zasadach ogólnych z Kodeksu spółek handlowych kontrolę nad jej organami statutowymi),
3. działalność spółki musi być prowadzona na rzecz tej gminy, która jest jej właścicielem.

W zakresie podnoszonego w odwołaniu braku kontroli analogicznej jak nad własnymi służbami, zamawiający stwierdził, że spółka posiada formę właścicielską umożliwiającą bezprzetargowe powierzenie zadań własnych gminy w zakresie utrzymania czystości i porządku. Możliwe jest więc takie ukształtowanie zasad wykonywania usługi odbioru odpadów komunalnych, aby wybrane w postępowaniu przetargowym podmioty dostarczały odpady do gminnej instalacji posiadającej status regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych - RIPOK odpady w gminnej instalacji.

Dalej stwierdził, że spełnione zostały także pozostałe przesłanki, a to: jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad swoimi własnymi służbami oraz spółka wykonuje zadania głównie na rzecz gminy zamawiającej.

Wskazał, że w odwołaniu podnosi się, iż elementem koniecznym dla uznania danego podmiotu za wewnętrzny jest zapewnienie ograniczenia możliwości zbywania udziałów spółki przez cały okres trwania zobowiązania do świadczenia usług publicznych, w szczególności w drodze wprowadzenia odpowiednich postanowień do umowy spółki. Co do zasady, fakt istnienia prywatnego udziału w kapitale przedsiębiorstwa, któremu udziela się zamówienia publicznego, należy stwierdzić w momencie udzielania zamówienia. Ewentualne późniejsze objęcie udziałów przez inwestorów prywatnych w kapitale tego przedsiębiorstwa brane jest pod uwagę wyłącznie, jeżeli w momencie udzielenia zamówienia temu przedsiębiorstwu istnieje faktyczna perspektywa takiego zaangażowania w krótkim horyzoncie czasowym - co w przedmiotowym stanie faktycznym nie ma miejsca (pogląd wyrażony w orzecznictwie ETS: Sprawa C-26/03, Stadt Halle, pkt 15 i 52 oraz C-573/07, Sea, pkt 47).

W odwołaniu powołuje się w tym zakresie Wytyczne Rozwoju Regionalnego. Wytyczne te jednak w żadnym miejscu nie uzależniają uznania danego podmiotu za wewnętrzny od wprowadzenia wpisania odpowiednich opisów do umowy spółki albo statutu. Stosowne regulacje są jedynie sugestią wskazującą na odpowiednie dobre praktyki: „Wydaje się, że środkiem realizacji tego celu mogłoby być wprowadzenie odpowiednich postanowień do umowy spółki (art. 182 § 1 ksh) albo statutu (art. 337 § 2 ksh), w których treści ograniczono by możliwość zbycia udziałów albo akcji w ww. okresie” (Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Najczęściej zadawane pytania dotyczące Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami, s. 3). W chwili przekazania zadań jedynym udziałowcem spółki „LECH” była gmina Białystok. Gdyby w przyszłości zbyto udziały spółki konieczne będzie jej potraktowanie jak każdego innego przedsiębiorcy, tzn. dla powierzenia jej realizacji tych zadań będzie wymagane przeprowadzenie np. postępowania ws. udzielenia zamówienia publicznego.

O tym, która z prowadzonych działalności ma charakter przeważający nie może decydować sam fakt uzyskania przychodu. Jeżeli spółce zostały powierzone nowe zadania związane z realizacją zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, nie będzie się to wiązało ze spełnieniem przesłanki rozszerzenia działalności i utratą statusu podmiotu wewnętrznego. Potwierdza to pkt 85 opinii rzecznika generalnego w sprawie C-458/03, oraz pkt 67-72 orzeczenia ETS w tej sprawie. Wobec faktu, że możliwe jest wpisanie do statutu spółki komunalnej różnych rodzajów działalności, należy wskazać, iż taka spółka może świadczyć

zarówno usługi publiczne jak i prowadzić działalność niezwiązaną z wykonywaniem zadań gminy z zakresu gospodarowania odpadami. W tym kontekście, w Wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego zaleca się, aby spółka uzyskująca rekompensatę prowadziła głównie działalność związaną ze świadczeniem usług publicznych (co w przypadku PUHP „LECH” sp. z o.o. niewątpliwie ma miejsce).

W zakresie podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego konieczności podpisywania komercyjnych umów cywilno - prawnych, podmiot wewnętrzny może nawiązywać stosunki z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego, pod warunkiem, że pozostają one uboczne wobec podstawowej działalności tego podmiotu, tj. zarządzania usługami publicznymi (Sprawa C-324/07, Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles- Capitale, Zb.Orz. [2008], Sea pkt 74-76). Całkowity zakaz stosunków handlowych z przedsiębiorstwami z sektora prywatnego czyniłby drugie kryterium określone w sprawie Teckal zbytecznym (przeważająca część działalności podmiotu wewnętrznego musi ograniczać się do wykonywania zadań powierzonych przez podmiot kontrolujący/podmioty kontrolujące (zależność gospodarcza). Oczywiście istnieją również dopuszczalne prawem mechanizmy umożliwiające powierzenie świadczenia usług publicznych przez gminę spółce komunalnej niebędącej spółką utworzoną przez nią (np. w wyniku utworzenia związku międzygminnego albo zawarcia porozumienia międzygminnego).

W przedmiocie zarzutu odnoszącego się do możliwości powierzenia zadania publicznego tylko spółce „utworzonej pierwotnie”. Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236 j.t.) poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia.

Z przepisu wynika, że możliwe jest również powierzenie zadania spółce, do której gmina przystąpiła.

Powierzenie spółce komunalnej zadań zaspokajania potrzeb mieszkańców na terenie gminy macierzystej, nie wymaga zawarcia przez gminę macierzystą odrębnej umowy o świadczenie usług publicznych z tą spółką, jeśli obowiązek realizacji tych zadań wynika już z innego aktu prawnego (uchwały organu stanowiącego i aktu założycielskiego spółki). Umowa wykonawcza nie podlega ustawie Prawo zamówień publicznych, ponieważ źródłem zobowiązania do świadczenia usługi jest w takim przypadku odpowiedni akt władczy. Wybór spółki komunalnej do świadczenia usług na terenie gminy macierzystej nie wymaga

przeprowadzenia przetargu. Wykonywanie przez nią świadczeń na rzecz gminy macierzystej stanowi realizację zobowiązania wynikającego z innego tytułu prawnego niż umowa (Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Wytyczne w zakresie zasad dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami s. 24, 25). Stosowane uchwały zostały podjęte, a umowa wykonawcza jest w zaawansowanym stadium przygotowania.

Tak więc za zasadne i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności ustawą Pzp należy uznać przyjęcie modelu, w którym nastąpiło bezprzetargowe powierzenie Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowo-Produkcyjnemu „LECH” sp. z o.o. zadań własnych w zakresie m.in. zagospodarowania odpadów w instalacjach ZUOK w Hryniewiczach, a sama instalacja wskazana została w ogłoszeniu o zamówieniu, jako miejsce dostarczania odpadów w ramach wykonywanej usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok.

Do naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym zasady zachowania konkurencji z art. 7 ust. 1 Pzp, nie doszło gdyż wykonawcy biorący udział w przetargu na odbiór odpadów, nawet w sytuacji, w której dysponują własnymi instalacjami do przetwarzania odpadów, nie będą w opisanym przypadku postawieni w gorszej sytuacji, ponieważ warunki związane ze składowaniem lub przetwarzaniem odpadów będą dla wszystkich potencjalnych wykonawców jednakowe. Nie dojdzie więc do naruszenia w tym zakresie zasady konkurencyjności, a tym samym nie dojdzie do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W uproszczeniu można stwierdzić, że zamawiający zamówił usługę transportu z punktu A do punktu B. Jest to usługa jednakowa dla wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących rzekomego nadużywania pozycji dominującej przez gminę, w rozumieniu art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zamawiający podniósł, że w chwili obecnej brak jest orzecznictwa w tym zakresie, ponieważ odpowiednie przepisy obowiązują od 1 stycznia 2012 r. Odnośnie natomiast podobnego typu spraw wskazał, że w wyroku z dnia 3 marca 2010 r., sygn. akt III SK 37/09 Sąd Najwyższy wskazał wbrew stanowisku Prezesa UOKiK, iż: „Wyznaczenie tylko jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych jest działaniem dozwolonym i organ gminy nie ma obowiązku wskazania więcej niż jednego miejsca odzysku. Gmina może ograniczyć liczbę składowisk, z których mogą korzystać przedsiębiorcy świadczący na jej terenie usługi odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców. W rezultacie tego rodzaju zachowanie gminy nie może stanowić nadużycia pozycji dominującej.” Powyższy wyrok Sądu Najwyższego przemawia za przyjęciem tezy, że wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu ZUOK w Hryniewiczach, jako jedynej instalacji nie będzie prowadziło do nadużycia pozycji

dominującej przez gminę.

Reasumując, zamawiający podniósł, że wskazanie w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym odbioru odpadów komunalnych ZUOK w Hryniewiczach, jako instalacji przeznaczonej do przetwarzania vel zagospodarowania odpadów, jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa ponieważ spełnione są następujące przesłanki:

- nastąpiło powierzenie zadania własnego gminy Białystok w zakresie m.in. odzysku i unieszkodliwiania (zagospodarowania) odpadów podmiotowi posiadającego status podmiotu wewnętrznego, czyli PUHP „LECH” Sp. z o.o.
- instalacja stanowi własność gminy (lub też podmiot będący właścicielem instalacji spełnia wymogi dla bezprzetargowego powierzenia mu świadczenia usług związanych z instalacją),
- ZUOK w Hryniewiczach jest regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych,
- postępowanie przetargowe dotyczy usługi odbioru odpadów komunalnych, a nie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Na marginesie zamawiający wskazał, że w jego ocenie, KIO nie jest uprawniona do rozstrzygnięcia odwołania w kwestii poprawności wybranego przez zamawiającego zakresu organizowanego przetargu. Wybór, czy przetarg dotyczy tylko odbioru odpadów komunalnych czy też odbioru i zagospodarowania odpadów, należy tylko i wyłącznie do zamawiającego i nie podlega kontroli odwoławczej przez KIO w ramach prowadzonego przez zamawiającego postępowania w trybie przetargu ograniczonego na „Świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie Miasta Białystok.”

Zamawiający wskazał zatem na brak możliwości orzekania KIO w powyższym zakresie. Dotyczy to w szczególności sformułowania przez odwołującego zarzutu nr 2 - naruszenia art. 3 ust. 1 oraz art. 4 ust. Pzp przez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp celem przeprowadzenia procedury przetargowej na odbiór i zagospodarowanie odpadów.

W dalszej kolejności wskazał na przepis art. 38 ust. 4 b Pzp zgodnie, z którym z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści SIWZ po upływie terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, które poprowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Ad 3. Naruszenie art. 38 ust. 4b ustawy Pzp przez zamieszczenie w SIWZ po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym, warunków udziału w postępowaniu określonych w sposób odmienny od treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający podkreślił, że w SIWZ nie dokonał modyfikacji warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu są kategorią odrębną od opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przez opisanie warunków udziału w postępowaniu dokonuje oceny zdolności wykonawcy do wykonania danego zamówienia. Oceniając zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, zamawiający w pierwszej kolejności podejmuje decyzję, czy wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu na art. 24 ustawy Pzp oraz ocenia jego wiedzę i możliwości techniczne, a także sytuację finansową i ekonomiczną z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Dokonanie takiej oceny powinno doprowadzić do wyłonienia dwóch grup wykonawców: zdolnych do właściwego wykonania danego zamówienia oraz niezdolnych do właściwego wykonania zamówienia.

Postanowienia SIWZ kwestionowane przez odwołującego dotyczą tylko i wyłącznie opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który zapewni najwyższą jakość przyszłych świadczeń.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i jednoznacznych określeń. Uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy składali oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Dlatego zdziwienie budzi fakt, że odwołujący kwestionuje prawo zamawiającego do żądania przedstawienia przez wykonawcę, z którym ma zostać podpisana umowa, wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska.

Odnosnie ilości posiadanych pojazdów w opisie przedmiotu zamówienia znalazł się opis, który stanowi, że wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia przez cały czas trwania umowy dla właściwej realizacji przedmiotu umowy, dostatecznej ilości pojazdów, co będzie gwarantować terminowe i jakościowe wykonanie zakresu rzeczowego usługi.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu nie wskazywał na urządzenia do gromadzenia odpadów.

Zamawiający wskazuje, że w warunkach udziału w postępowaniu określił wymóg dotyczący posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia. Ten wymóg został określony na potrzeby tylko i wyłącznie wykazania posiadanego przez wykonawcę potencjału finansowego i ekonomicznego.

Natomiast w umowie w § 4 ust. 6 określił wymóg posiadania ubezpieczenia OC w trakcie realizacji przedmiotu umowy.

W zakresie zarzutu posiadania środków transportu wyposażonych w moduł GPS ponad obowiązki nałożone przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie obierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zamawiający podniósł, co następuje: zamawiający określił swoje wymagania odnośnie pojazdów odbierających odpady komunalne zgodnie z

rozporządzeniem Ministra Środowiska. Wszystkie opisy zamieszczone w SIWZ są doprecyzowaniem szczegółowych wymagań zawartych w rozporządzeniu. Poza tym, rozporządzenie nie zabrania zamawiającemu szczegółowego rozszerzenia wymagań w nim zawartych.

Zamawiający wskazał, że należy wyjaśnić z czego składa się każdy system do monitoringu pojazdów oparty na systemie pozycjonowania satelitarnego, jakie parametry powinien posiadać (aby był przydatny zarówno dla firmy odbierającej odpady komunalne jak i dla firmy weryfikującej jej pracę) i w jakim celu ustawodawca umieścił opis o weryfikacji danych pochodzących z takiego systemu.

Głównym komponentem każdego systemu do monitoringu jest rejestrator z modułem (czujnikiem) GPS, rejestrujący położenie pojazdu w czasie i przestrzeni. Od producenta systemu zależą interwały czasowe opisu i parametry: dane o położeniu pojazdu (jaką odległość przebył i w jakim czasie, czy zmienił kierunek poruszania się) i dane o miejscach postoju oraz czynnościach dokonywanych podczas postoju pojazdu mających istotny wpływ za zakres świadczonej usługi (czyli m.in. moment załadunku odpadów komunalnych).

Dane z każdego systemu, a dokładniej - z modułu przetwarzającego dane GPS trzeba zazwyczaj przesłać do innego urządzenia, które pozwoli na dalsze przetworzenie tych danych na postać zrozumiałą dla „zwykłego człowieka” i które pozwoli na weryfikację. System (poza czujnikiem położenia GPS i modułem przetwarzającym) powinien posiadać moduł komunikacyjny do przesyłu danych do urządzenia (np. do komputera), które pozwoli odwzorować zebrane informacje. Najszybszym i najmniej kłopotliwym rozwiązaniem jest przesyłanie bezprzewodowe - drogą radiową, w miarę jak przybywa tych danych, „porcja” po „porcji” i w jak najkrótszych odstępach czasu. Nie do zaakceptowania jest dostarczanie danych do weryfikacji przez firmę odbierającą, dopiero kiedy jej pojazdy zakończą pracę (czyli nie drogą bezprzewodową). Wtedy to, odpowiednio przeszkolony pracownik firmy odbierającej musi podejść do każdego pojazdu, „odczytać” dane z każdego modułu w każdym pojeździe, a następnie odpowiednio „obrobić” i na koniec - przesłać to wszystko do firmy nadzorującej jej pracę (np. PUHP „LECH” Sp. z o.o.) i w dodatku zdążyć to zrobić w godzinach pracy pracowników nadzorujących aby oni mieli jeszcze możliwość weryfikacji poprawności wypełnienia dziennego harmonogramu wywozów. Dlatego naturalnym i logicznym działaniem jest wyposażenie każdego pojazdu w moduł przesyłający dane drogą radiową (np. drogą GPRS).

Natomiast możliwość weryfikacji danych ma na celu *stricte* porównanie zadeklarowanych przez firmę wywozową przebiegów tras z faktycznie wykonanymi dziennymi trasami - a przez to z faktycznymi punktami odbioru i punktami wyładunku odpadów komunalnych (momenty uruchomienia mechanizmu zasypu śmieciarki i momenty podniesienia odwłoka w celu opróżnienia śmieciarki). A więc - tylko graficzne przedstawienie tych wszystkich danych na

mapie (np. mapa elektroniczna na ekranie monitora), umożliwia prawidłową weryfikację pracy firmy odbierającej odpady - a podgląd tych danych w czasie rzeczywistym w sposób graficzny umożliwia właściwe reagowanie na ewentualne nieprawidłowości mogące wystąpić przy wywozach nieczystości, i utrzymywanie usług związanych z wywozem odpadów komunalnych na właściwym poziomie.

W związku z powyższym, zarzuty odwołującego są bezzasadne i winny zostać oddalone.

Ad 4. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający skalkulowanie ceny, oraz nałożenie na wykonawcę obowiązku ustalenia za zamawiającego przedmiotów zamówienia stanowiących elementy cenotwórcze oferty (Tom III SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.3, pkt 1.4; Tom I SIWZ Instrukcja dla wykonawców, pkt 22 ppkt 2 i 5).

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i jednoznacznych określeń.

Uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia kierował się zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych wytworzonych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Białegostoku, przy czym zamawiający wskazał, że należne wynagrodzenie uiszczane będzie w zależności od rzeczywistej ilości odebranych odpadów komunalnych. W Tom III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.4 w tabelach nr 1, 2 (a-f), 3 (a-f) podano prognozę wytwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych sektorach wywozowych, uwzględniając typ nieruchomości (zamieszkałe i niezamieszkałe, na których powstają odpady komunalne) oraz rodzaj zabudowy w przypadku nieruchomości zamieszkałych (jednorodzinną i wielorodzinną). Ponadto, w OPZ (pkt 2.2.1) przedstawiono szczegółowe wymagania stawiane pojemnikom i workom, i tak w przypadku zabudowy jednorodzinnej wskazano podstawową pojemność pojemnika ($0,12 \text{ m}^3$) oraz częstotliwość odbioru odpadów (1 raz na 2 tygodnie - 26 wywozów/rok) natomiast w przypadku zabudowy wielorodzinnej wskazano minimalną pojemność stosowanych pojemników ($1,1 \text{ m}^3$) i określono częstotliwość odbioru odpadów komunalnych, zgodną z opisami m.in. regulaminu utrzymania czystości i porządku (nie mniej niż 104 wywozy w ciągu roku). Opierając się na danych z OPZ wyspecyfikowanych dla zamawiającego (ilość wytworzonych odpadów w poszczególnych typach nieruchomości i rodzajach zabudowy, wskazana pojemność pojemników jak i zaprojektowana częstotliwość odbioru odpadów komunalnych) oraz ogólnych danych literaturowych, bądź empirycznych, charakterystycznych dla branży gospodarowania odpadami komunalnymi (tzw. gęstości nasypowej odpadów komunalnych, przyjmującej różne wartości w zależności od typu nieruchomości i rodzaju zabudowy

nieruchomości zamieszkałych, np. ok. 0,11 Mg/m³ (zab. wielorodzinna) - ok. 0,30 Mg/m³ (zabudowa jednorodzinna)) Wykonawca posiada możliwość określenia podstawowej ilości pojemników i tym samym sporządzenie oferty. Zamawiający podniósł, że zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga od zamawiającego skonstruowania przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący wykonawcy skalkulowanie oferty, przy jednoczesnym zapewnieniu pewnego pola dowolności w realizowaniu zleconej usługi. Możliwe do zastosowania spektrum wielkości pojemników oraz częstotliwości ich opróżnienia pozwoli wykonawcy zoptymalizować działania celem osiągnięcia zamierzonego efektu rzeczowego (wykonanie zadania) oraz ekonomicznego (zysk).

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2829/12 - „nie sposób zatem nakazać Zamawiającemu podanie informacji, których obiektywnie nie posiada”.

Umowa o świadczenie tego rodzaju usług (odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych - autor) ma charakter umowy rezultatu, bowiem dla zamawiającego istotny jest efekt - odebranie każdej ilości odpadów komunalnych i naturalnym jest, że taką umowę cechuje pewien stopień nieprzewidywalności (...). Na wykonawcach biorących udział w postępowaniu spoczywa zatem ewentualne ryzyko związane z możliwością zwiększenia lub zmniejszenia liczby obsługiwanych nieruchomości czy częstotliwości wywozów odpadów. Okoliczność ta winna zostać w kalkulacji w ofertę - wyrok KIO z 11 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 159/13.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z § 7 ust. 2 projektu umowy, zapłata za należycie wykonany przedmiot umowy będzie dokonywana na podstawie iloczynu ceny jednostkowej określonej w formularzu oferty i faktycznie wykonanych usług odbioru i transportu odpadów. Podobny opis znajduje się w SWIZ pkt 22.3 - „wynagrodzenie umowne będzie miało charakter kosztorysowy w tym znaczeniu, iż przedmiot zamówienia będzie rozliczony za faktycznie wykonane usługi.” Wynagrodzenie nie jest uzależnione od ilości pojemników czy ilości obsługiwanych nieruchomości.

Zamawiający podał w opisie przedmiotu zamówienia wszelkie niezbędne dane umożliwiające rzetelne oszacowanie przez wykonawców kosztów realizacji zamówienia i zapewniających porównywalność ofert.

Dalsza część uzasadnienia potwierdzająca prawidłowe określenie elementów cenotwórczych znajduje się poniżej w zakresie odpowiedzi na zarzut nałożenia na wykonawcę obowiązku ustalania z właścicielem nieruchomości wielkości pojemnika oraz terminów odbiorów odpadów (strona 16 odpowiedzi na odwołanie).

Ad 5. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przekazania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zarzut ten nie został opisany i sprecyzowany w treści uzasadnienia odwołania. Jest on

całkowicie nieadekwatny i niezrozumiały i jako taki powinien zostać oddalony.

Ad 6. Naruszenie art. 144 Pzp przez nieokreślenie warunków dopuszczających zmianę umowy w zakresie metody wykonania przedmiotu umowy (Tom I SIWZ, pkt 29 ppkt 1,3).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ w pkt 29 ppkt 1,3:

Zamawiający przewiduje możliwość dokonania następujących zmian w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego w toku jej realizacji, w razie zajścia jednego z poniższych przypadków: 1) nastąpi zmiana obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy, 3) nastąpi zmiana zakresu lub metody wykonywania przedmiotu umowy, której to zmiany w chwili zawarcia umowy strony nie mogły przewidzieć.

Warunkiem zmiany wskazanej w punkcie 1 jest zmiana obowiązujących przepisów prawa, która to zmiana ma wpływ na realizację umowy.

W zakresie punktu 3 warunkiem jest brak możliwości przewidzenia zmiany zakresu lub metody wykonywania przedmiotu umowy w chwili podpisywania umowy.

Zarzut jest bezzasadny i winien zostać oddalony.

Ad 7. Naruszenie art. 5 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp przez sporządzenie projektu umowy w sposób składający całe ryzyko gospodarcze niezależnie od ilości odbieranych przez wykonawcę odpadów tylko na wykonawcę, pozbawiając wykonawcy wynagrodzenia, a także godzące w istotę i cel zamówienia publicznego przez wprowadzenie rażąco wygórowanych kar umownych, których zastosowanie doprowadzi do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia.

Powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Do umów w sprawach zamówień publicznych powinno się, zatem stosować przewidziane w Kodeksie cywilnym poszczególne typy umów nazwanych oraz przepisy ogólne dotyczące zobowiązań z uwzględnieniem uregulowań przyjętych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody (wolności) umów określona w art. 353¹ kc. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, gdyż ograniczona jest tak, co do treści, jak i celu. Ograniczenie polega na tym, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą stosunku), ustawą ani zasadami współżycia społecznego. W odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych, ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadza również ograniczenie swobody umów m.in. w kształtowaniu treści umowy. Ograniczenie to polega przede wszystkim na tym, że składane przez wykonawców oferty muszą odpowiadać ustalonym z góry przez zamawiającego warunkom zamówienia,

pod rygorem ich odrzucenia. Art. 36 ust. 1 pkt 21 Pzp wprost stanowi, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Aczkolwiek przepisy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku zastosowania kary umownej, to jednak takie zastrzeżenie jest dla zamawiającego korzystne, gdyż zwalnia go z konieczności wykazania istnienia i wysokości szkody (wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z 2004-07-22, UZP/ZO/0-1107/04).

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 291/12 zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. W związku z tym kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Jednak w takim wypadku oznacza to jednocześnie ograniczenie zasady swobody umów w zakresie kształtowania jej treści, szczególnie po stronie wykonawcy, który praktycznie przystępuje do umowy, a nie ją kształtuje.

Kary umowne, mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w Kodeksie cywilnym. Strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej, ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania.

Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (na podstawie wyroku Izby z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

W wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10 Izba orzekła, że: „Kara umowna obejmuje niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w rozumieniu art. 471 kc. Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenie postępowania dowodowego i przyśpieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie, a przesłanką powstania roszczenia zamawiającego o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę, wynikającego z niedołożenia należytej staranności (...). Aby kara umowa wywierała

zamierzony skutek, jej dolegliwość musi mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1431/08).

Zarzut przerzucenia całego ryzyka gospodarczego niezależnie od ilości odbieranych przez wykonawców odpadów.

Jeszcze raz zamawiający podkreślił, że zgodnie z § 7 ust. 2 projektu umowy zapłata za należycie wykonany przedmiot umowy dokonywana będzie na podstawie iloczynu ceny jednostkowej określonej w formularzu oferty i faktycznie wykonanych usług odbioru i transportu odpadów. Podobny opis znajduje się w treści SWIZ pkt 22.3 - „wynagrodzenie umowne będzie miało charakter kosztorysowy w tym znaczeniu, iż przedmiot zamówienia będzie rozliczony za faktycznie wykonane usługi.”

Zarzut pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia.

Zamawiający uznał zarzut za całkowicie niezasadny. Wskazał, że jest zobowiązany do określenia w umowie górnej granicy wysokości zobowiązania. W trakcie realizacji zamówienia będzie na bieżąco monitorować wysokość wypłaconego wynagrodzenia. W przypadku zbliżenia się do wysokości wynagrodzenia określonego w umowie, zostaną podjęte działania mające na celu rozwiązanie zaistniałej sytuacji. Jedną z takich możliwości jest udzielenie zamówień uzupełniających. Nie jest i nigdy nie było intencją zamawiającego, aby wykonawca realizował umowę za darmo, są to stwierdzenia niezgodne z prawdą.

Zarzut rażąco wygórowanych kar umownych - § 4 ust. 6, § 8 ust. 1 pkt 8, 9, 10, 17.

Strony stosunku zobowiązaniowego mogą w ramach autonomii woli określać umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podstawowym instrumentem prawnym o znacznej elastyczności służącym dokonywaniu tego rodzaju kontraktowych ustaleń jest kara umowna (art. 483-485 kc). Przyjęte przez strony w treści stosunku zobowiązaniowego ukształtowanie kary umownej w znacznym stopniu decyduje o tym, jaką funkcję będzie pełnił kara umowna. Funkcje kary umownej odnoszą się zarówno do sytuacji, w której pomimo jej zastrzeżenia doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jak i do sytuacji, w której dzięki stymulacyjnemu oddziaływaniu poczynionego zastrzeżenia kary zobowiązanie zostało wykonane prawidłowo.

Zamawiający konstruując zastrzeżenia kary umownej miał na względzie jej funkcje prewencyjną (stymulacyjną) - mobilizującą wykonawcę do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

Z uwagi na szczególny przedmiot zamówienia dyscyplina w realizacji zamówienia jest bezwzględna.

Zamawiający przy tym wskazał, że odwołujący nie uzasadnił na czym właściwie polega sprzeczność wskazanych powyżej postanowień umowy z art. 5 w zw. z art. 353¹ kc.

Zarzut odwołującego, że kara umowna jest rażąco wygórowana również nie został uzasadniony.

Zarzut nałożenia na wykonawcę obowiązku ustalania z właścicielem nieruchomości wielkości pojemnika oraz terminów odbiorów odpadów.

Cyt. z odwołania: „Również nałożenie w postanowieniach umowy obowiązki związane z przygotowaniem świadczenia usług polegające na ustaleniu z właścicielem nieruchomości wielkości pojemnika oraz terminów odbiorów odpadów sprzeciwiają się wyżej przywołanym przepisom kodeksu cywilnego, a nadto mogą być uznane za świadczenie niemożliwe. Mało realne wydaje się porozumienie przez wykonawcę z każdym właścicielem nieruchomości w zakresie ustalenia częstotliwości odbioru odpadów oraz ustalenia wielkości pojemnika na odpady. Co więcej umowa nie przewiduje sytuacji, w której właściciel nieruchomości zmieni swoje oczekiwania zarówno w stosunku do częstotliwości odbioru odpadów jak też wielkości pojemnika.”

Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że wskazanych uregulowań nie ma w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ). Przywołane sformułowania są tylko i wyłącznie nadinterpretacją postanowień OPZ dokonaną przez odwołującego na potrzeby odwołania.

Zamawiający podkreślił, że w żadnym dokumencie przetargowym nie zawarto wymogu ustalania, porozumienia, ani spełniania jakichkolwiek oczekiwań właścicieli nieruchomości.

OPZ w pkt 1.4 (strona 40) stanowi, że:

Zamawiający na podstawie własnych danych podaje szacowaną ilość odpadów przewidzianych do odebrania w ciągu przewidywanego okresu odbioru odpadów, tj. od 01.07.2013 do 30.06.2014 na nieruchomościach:

1) na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne, które dla obszaru całego miasta przedstawiono w Tab. Nr 1;

2) na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne, które w rozbiciu na sektory wywozowe przedstawiono w Tab. Nr 2(a-f), w której pokazano sumaryczne objętości pojemników na odpady, użytkowanych w poszczególnych rodzajach nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne;

3) na których zamieszkują mieszkańcy, które przedstawiono w Tab. 3(a-f), z podziałem na sześć sektorów wywozowych oraz na zabudowę jednorodzinna i wielorodzinna;

4) łącznie: na których zamieszkują mieszkańcy oraz na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne, które ogółem przedstawiono w Tab. 4,

oraz bazę adresową nieruchomości położonych na terenie Gminy Białystok, która stanowi załącznik nr 1 do OPZ. Wykonawca zidentyfikuje nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (jedno- i wielorodzinne) oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne.

Na tej podstawie oraz na podstawie:

- uwzględnienia przez Wykonawcę indywidualnego charakteru nieruchomości,
- ilości powstających na nieruchomości odpadów komunalnych oraz
- przypadków, w których właściciele nieruchomości wytwarzają odpady nieregularnie, w szczególności to, że na niektórych nieruchomościach odpady komunalne powstają sezonowo (w szczególności cmentarze, szkoły, przedszkola, ogródki działkowe),
- warunków dojazdu,
- powierzchni przeznaczonej na ustawienie pojemników oraz innych specyficznych uwarunkowań nieruchomości,

jak również potrzeb właściciela nieruchomości (użytkownika pojemnika), Wykonawca określi rodzaj, potrzebną ilość i pojemność pojemników w danym sektorze, uwzględniając częstotliwości wywozów zgodne z niniejszą SIWZ oraz przepisami prawa miejscowego.

Mając na uwadze profesjonalizm i doświadczenie Wykonawców w realizacji podobnych usług oraz w celu umożliwienia Wykonawcy osiągnięcia najbardziej efektywnego ekonomicznie transportu odpadów, Zamawiający pozostawia w gestii Wykonawcy dobór rodzaju, ilości i pojemności pojemników oraz częstotliwości odbioru odpadów, z zastrzeżeniem pkt 2.2.1 niniejszego OPZ.

Punktem zaczepienia dla odwołującego jest sformułowanie „jak również potrzeb właściciela nieruchomości (użytkownika pojemnika)”, odwołujący całkowicie nie zrozumiał idei powyższych opisów.

Konstrukcja powyższych opisów jest następująca. Punkty wykropkowane dotyczą cech oraz charakteru nieruchomości, natomiast sformułowanie „jak również potrzeb właściciela nieruchomości (użytkownika pojemnika)” dotyczy potrzeb właściciela nieruchomości. Do tych potrzeb można zaliczyć, np. prośbę właściciela nieruchomości (prośbę, a nie konsultację, czy nakaz) o 2 pojemniki 60 l, a nie jeden 120 l.

Kolejne opisy w OPZ stanowią, że:

2.2.1 Wymagania dla pojemników i worków

Wykonawca wyposaży nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne, w pojemniki oraz worki do gromadzenia selektywnie zebranego szkła opakowaniowego wg poniższych wymagań:

1. W zabudowie jednorodzinnej:

a) do gromadzenia zmieszanych odpadów komunalnych przyjmuje się pojemniki o pojemności min, 0,12 m³ przy czym Zamawiający nie wskazuje ilości pojemników, w które wyposażyć należy daną nieruchomość. W szczególnych przypadkach:

- *na wyraźne życzenie użytkownika nieruchomości dopuszcza się zastosowanie pojemnika o min. pojemności 0,08 m³.*

• *Zamawiający zastrzega sobie prawo nakazu wyposażenia nieruchomości w pojemniki o sumarycznej pojemności większej niż określona w ppkt a) w przypadku częstego przepelniania pojemników.*

Z przywołanych opisów wynika, że standardem są pojemniki o pojemności 120 l. Odstępstwem od zasady są poj. 80 l - jest mniejsza, co jest korzystne dla wykonawcy. Druga kropka natomiast traktuje o gospodarstwach o liczbie osób ponad średnią w Białymstoku. Odnośnie pojęcia „większa pojemność”, zamawiający wyjaśnił, że nie chodzi bezpośrednio o większy pojemnik - wykonawca może zmienić pojemnik, ale również może do istniejącego dostawić drugi. Prawo wyboru przysługuje w tym zakresie wykonawcy.

Dalej OPZ stanowi, że:

2. W zabudowie wielorodzinnej

a) do gromadzenia odpadów komunalnych przyjmuje się pojemniki o minimalnej pojemności 1,1 m³. Ostateczny termin dostarczenia pojemników 5 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia odbioru odpadów.

b) do gromadzenia selektywnie zebranego szkła opakowaniowego przyjmuje się pojemniki o minimalnej pojemności, 1,1 m³. Ostateczny termin dostarczenia pojemników 5 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia odbioru odpadów.

W OPZ określono sztywnie pojemność minimalną pojemników, natomiast nie określono ilości. Zamawiający pozostawił decyzję, co do ilości pojemników wykonawcy (nie ograniczając konkurencyjności), na zasadzie wygody i uzasadnienia ekonomicznego, czy będą to pojemniki o minimalnej pojemności i wymagające częstszego wywozu, czy większe pojemniki i wymagające rzadszego wywozu, przy zachowaniu minimalnej częstotliwości określonej w Regulaminie.

Dalsze opisy OPZ:

3. Na nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne:

a) do gromadzenia zmieszanych odpadów komunalnych przyjmuje się pojemniki o pojemnościach minimum 0,08 m³

b) do gromadzenia szkła zaleca się pojemniki o dowolnej pojemności wg potrzeb zgłaszanych przez właściciela nieruchomości. Dopuszcza się zastosowanie worków.

Występuje tutaj podobna zasada jak przy zabudowie wielorodzinnej. Wykonawca może ustawić pojemniki, jakie chcą, i ile chcą z zastrzeżeniem, że pojemniki nie mogą być przepelnione.

Reasumując, zamawiający wskazał, że polegając na profesjonalizmie i doświadczeniu wykonawców, pozostawiając im wolną rękę w doborze ilości i pojemności pojemników oraz częstotliwości odbioru odpadów, miał na celu zachowanie konkurencyjności.

Określając sztywno w/w parametry zamawiający mógłby spotkać się ze sprzeciwem oraz

zarzutami wykonawców, że jeden dysponuje taką ilością pojemników, a inny - nie lub co bardziej prawdopodobne, że zamawiający preferuje konkretnego wykonawcę.

Zamawiający zaakcentował i wskazał ponownie na system wynagradzania wykonawcy, który nie zależy od ilości i częstotliwości wywozu pojemników, ale został skonstruowany w myśl zasady - ile wykonawca wywiezie odpadów, za taką ilość zostanie mu zapłacone.

Zgodnie z pkt 1.3.1 OPZ w zabudowie jednorodzinnej, która stanowi dla całego miasta ok. 20 000 adresów, a ich baza została przekazana wykonawcom, czyli tak ca 83% częstotliwość odbioru, jest sztywno określona co 2 tygodnie, natomiast w zabudowie wielorodzinnej i niezamieszkałych obowiązuje następująca zasada: albo większe pojemniki i rzadszy odbiór, albo mniejsze pojemniki i częstszy odbiór, z zachowaniem minimalnych częstotliwości określonych na podstawie Regulaminu.

Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że każdy profesjonalny wykonawca jest w stanie bezproblemowo wyliczyć cenę jednostkową uwzględniając w niej koszt pojemnika, koszt transportu, gęstość maksymalną odpadów oraz inne czynniki.

Ad 8. Art. 2 pkt 13 Pzp przez wprowadzenie w postanowieniach projektu umowy obowiązku nieodpłatnych świadczeń przez wykonawcę na rzecz zamawiającego, co stoi w sprzeczności z legalną definicją zamówienia publicznego.

Jest to zarzut całkowicie niezasadny. Zamawiający podniósł, że jest on zobowiązany do określenia górnej granicy wysokości zobowiązania umownego. Zamawiający w trakcie realizacji zamówienia będzie na bieżąco monitorować wysokość wypłaconego wynagrodzenia. W przypadku zbliżenia się do wysokości wynagrodzenia określonego w umowie zostaną podjęte działania mające na celu rozwiązanie zaistniałej sytuacji. Jedną z takich możliwości jest udzielenie zamówień uzupełniających. Nie jest i nigdy nie było intencją zamawiającego, aby wykonawca realizował umowę za darmo, są to stwierdzenia niezgodne z prawdą.

Ad 9. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od treści ogłoszenia o zamówieniu przez zaniechanie wpisania w tomie I, pkt 4 SIWZ kodu CPV 9051200, który był zawarty w treści ogłoszenia.

Odnosnie kodu CPV zamawiający wskazał, że w SIWZ zostały omyłkowo wpisane dwa takie same kody CPV 90 51 31 00-7 (str. 6 SIWZ), ale w nawiasach zostały wpisane prawidłowo, co te kody CPV oznaczają, czyli odpowiednio (usługi transportu odpadów) i (usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych).

Oznacza to, że cała argumentacja odwołującego o działaniu celowym niezgodnym z pkt 24 SIWZ jest nietrafiona i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym. Zamawiający dokonał odpowiedniej modyfikacji SIWZ w tym zakresie.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że to kod CPV 90 51 31 00-7 - odnosi się do usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych, a nie jak wskazuje odwołujący w odwołaniu kod 9051200 (w domyśle jeszcze jedno 0).

Ad 10. Określenie okresu zamówień uzupełniających w tomie I, pkt 6 SIWZ niezgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający wskazał, że argumentacja odwołującego wydaje się być nietrafna.

W ogłoszeniu o zamówieniu podano (II.2.1): „Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 23617500.00 zł netto, w tym przewidywane zamówienia uzupełniające stanowiące nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego. Szacunkowa wartość zamówienia bez zamówień uzupełniających: 15 745 000,00 PLN netto”, ale już w informacjach dodatkowych (VI.3) zamieszczono określenie: „9. Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających (o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy) w wysokości do 50 % wartości zamówienia podstawowego”.

Zamawiający zwrócił uwagę, że powyższy opis odnosi się bezpośrednio do ustawy Pzp tak jak opis pkt 6 SIWZ, który jest odzwierciedleniem art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zdaniem zamawiającego, powyższy zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, uznając zarzuty za bezpodstawne, jak również nie znajdujące odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp - legitymacja czynna do wniesienia odwołania.

Wykonawcy:

A. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Spółka Komandytowa z siedzibą w Białymstoku, 2. Spółdzielnia Mieszkaniowa „ZACHĘTA” z siedzibą w Białymstoku,

B. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „CZYŚCIOCH bis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach 2. FBSERWIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

- zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. MPO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

Wykazali skuteczność przystąpień, zatem stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Odwołujący i uczestnicy postępowania odwoławczego zostali zaproszeni do składania ofert.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W przedmiocie zakresu zaskarżania czynności zamawiającego oraz granic rozpoznania odwołania, wypowiedział się, w ślad za Sądem Okręgowym w Warszawie (wyrok z 15 lipca 11 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11), Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12, następująco: w zakresie postępowania odwoławczego przepis art. 180 ust. 1 i 3 Pzp stanowi, że odwołanie, które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 Pzp, KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z analizy powyższych przepisów można wywieść zasadniczy wniosek odnoszący się do postępowania odwoławczego - granice rozpoznania sprawy przez KIO są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, mającej źródło w czynnościach i zaniechaniu zamawiającego.

Spośród 10 zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zarzut 2 - naruszenie przez zamawiającego art. 3 ust. 1 oraz art. 4 Pzp, jako skutku niezastosowania przepisów tej ustawy w celu przeprowadzenia procedury przetargowej na odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Miasta Białystok, nie podlegał rozpoznaniu na rozprawie.

Zarzut ten został uznany przez Izbę w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 200/13 za niezasadny, zatem zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, odwołanie w tym zakresie podlegałoby odrzuceniu. Niezależnie od powyższego, odwołujący cofnął zarzut po otwarciu rozprawy. Akta sprawy sygn. KIO 200/13 zostały zaliczone w poczet dowodów w postępowaniu odwoławczym.

We wskazanym wyroku, Izba oddalając odwołanie stwierdziła, że „nie sposób uznać, iż zamawiający publikując ogłoszenie o zamówieniu dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać nieuczciwą konkurencję, skoro na tym etapie brak jest opisu przedmiotu zamówienia”. Izba wskazała, że po przekazaniu wykonawcom zaproszenia do składania ofert wraz ze SIWZ zawierającą opis przedmiotu zamówienia, wystąpi możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie, uznając, że zamawiający też nie naruszył przepisu art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Rozpoznane odwołanie dotyczy postanowień SIWZ przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert, aczkolwiek w odwołaniu wskazano postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, a we wnioskach żądanie dokonania ich korekty. Izba odniosła się w zakresie adekwatnym do ogłoszenia o zamówieniu, lecz przedmiot oceny w postępowaniu odwoławczym stanowiły wyłącznie postanowienia SIWZ.

W toku rozprawy odwołujący cofnął też zarzut 10 - określenie okresu zamówień uzupełniających w tomie I, pkt 6 SIWZ, niezgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu.

Po rozpoznaniu odwołania i ocenie każdego zarzutu z podtrzymanych na rozprawie, z uwzględnieniem faktu, że zarzutem jest skonkretyzowane zachowanie lub zaniechanie zamawiającego niezgodne z przepisami Pzp, z negatywnym skutkiem dla odwołującego (art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp), Izba uznała, że brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

W zakresie zarzutów odwołania: 1, 3-9, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3 SIWZ, tom I IDW, postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustaw: Prawo zamówień publicznych (Pzp); o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (u.c.p.g.); o odpadach.

Przepisy u.c.p.g. stanowią, że utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy (art. 3 ust. 1).

Gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, natomiast rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (art. 6c).

Ad 1. Przepis art. 6d stanowi w ust. 1, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie odpadów. Na podstawie uchwały rady gminy (liczącej ponad 10 000 mieszkańców), stanowiącej akt prawa miejscowego, obszar gminy dzielony jest na sektory. W rozpoznanej sprawie ustanowiono I-VI sektorów, zwanych w dokumentacji postępowania również częściami I-VI.

Z przepisu ust. 4 tego artykułu wynika obowiązek wójta, burmistrza lub prezydenta miasta określenia w SIWZ, w szczególności wymagań opisanych w 5. Punktach, w tym: wymogów dotyczących przekazywania odebranych odpadów do składowania do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych; standardu sanitarnego wykonywania usług;

szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (pkt 1, 3, 5).

Z art. 6f wynika, że efektem przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1, jest zawarcie umowy z przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Przepis art. 6g u.c.p.g. stanowi, że do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w pierwszej kolejności stosuje się przepisy tej ustawy, a w zakresie nie uregulowanym w ustawie stosuje się przepisy ustawy Pzp.

Na podstawie przepisów ustawy o samorządzie gminnym, ustawy Pzp, w związku z ustawą u.c.p.g., przy uwzględnieniu uchwały Nr XXXIII/369/12 Rady Miasta Białystok z dnia 18 października 2012 r. zmieniającej uchwałę w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowo-Produkcyjnemu „LECH” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku zadań własnych Gminy Białystok z zakresu odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, Prezydent Miasta Białegostoku powierzył wskazanemu Przedsiębiorstwu przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (zarządzenie nr 2813/12 Prezydenta Miasta Białegostoku z dnia 28 listopada 2012 r.).

Jednocześnie Prezydent Miasta Białegostoku udzielił pełnomocnictwa z dnia 10 grudnia 2012 r. upoważniając Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku do przygotowania i przeprowadzenia w imieniu Miasta Białystok (Zamawiającego) postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne.

Z przedłożonego przez odwołującego do akt sprawy odpisu aktu notarialnego z dnia 28 listopada 1990 r. - akt założycielski spółki z ograniczoną odpowiedzialnością - wynika, że Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku zostało utworzone przez zawarcie umowy spółki przez dwóch członków zarządu Gminy Białystok działających w imieniu Gminy oraz, że Gmina Białystok objęła w kapitale zakładowym spółki 100% udziałów. Również z przedłożonej - w tym samym trybie - kopii umowy wykonawczej z operatorem wewnętrznym, zawartej w dniu 23.08.2012 r. pomiędzy Miastem Białystok a Przedsiębiorstwem Usługowo-Handlowo-Produkcyjnym „LECH” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku (operatorem) wynika, że na mocy uchwał wskazanych w tej umowie Gmina Białystok

powierzyła spółce zadania własne z zakresu odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Przez cały czas trwania wykonywania powierzonych Operatorowi zadań, Miasto zachowa 100% udziałów w spółce (str. 12 z 32 umowy). Operator przyjął realizację usług publicznych na czas oznaczony, tj. od podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2039 r. (str. 16 z 32 umowy).

Analizując treść - wskazanych aktów prawnych; ogłoszenia o zamówieniu (opublikowanego w dniu 19.01.2013 r. w Dz. Urz. UE - ogłoszenie nr 2013/S 014-019526, usługi), w tym nazwy nadanej zamówieniu przez instytucję zamawiającą, krótkiego opisu zamówienia - sekcja II: Przedmiot zamówienia - pkt II.1.1) i pkt II.1.5); SIWZ pkt 4 i OPZ (tom III Opis przedmiotu zamówienia) oraz złożonych wyjaśnień i dowodów, w ocenie Izby, nie ma wątpliwości, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego jest świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych powstających na terenie (nieruchomościach) Miasta Białostok, w rozumieniu art. 6d ust. 1 u.c.p.g. Wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu instalacji do przetwarzania odpadów (...) - Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych Hryniewicze (Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Hryniewiczach), jako miejsca, do którego wykonawca zobowiązany jest bezpośrednio przekazać odpady, nie powoduje zmiany zakresu przedmiotu zamówienia (zakresu przetargu).

Zakres zamówienia wynika ze wskazanego przepisu art. 6d ust. 1 u.c.p.g. i o jego przedmiocie, zgodnie z obowiązkiem ustawowym, zdecydował Prezydent Miasta Białostok. W ogłoszeniu o zamówieniu określono przedmiot zamówienia na podstawie art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak też w SIWZ opisano przedmiot zamówienia na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, a więc w podstawowych dokumentach zamawiającego właściwych dla prowadzonego postępowania, jednoznacznie wskazano, na podstawie kwalifikacji Prezydenta Miasta Białegostoku, zakres przedmiotu zamówienia. Przepis art. 6g u.c.p.g. wyłącza stosowanie ustawy Pzp do przetargów na odbieranie odpadów komunalnych lub, według wyboru organu wykonawczego gminy, odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, w zakresie uregulowanym w ustawie u.c.p.g. Przepis art. 29 Pzp, zgodnie z jego treścią, stanowi o sposobie opisanie przedmiotu zamówienia, a nie o zakresie świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, w sytuacji, gdy zakres przedmiotu zamówienia wynika z regulacji szczególnych.

Zarzut podniesiony w odwołaniu sprowadza się w istocie do ustalenia, czy w SIWZ może być zamieszczone odesłanie do wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu konkretnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, do której powinien być kierowany strumień odbieranych odpadów, a w konsekwencji czy, co do zasady, może być wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu jedna instalacja bez przeprowadzenia postępowania

przetargowego na jej wybór, gdy na terenie gminy są dwie instalacje uprawnione do przetwarzania odpadów (RIPOK). W odpowiedzi na interpelację 3266 i w piśmie z dnia 17 stycznia 2013 r. DGOop-022-3/2101/13/EK (wskazany adresat: Mariusz Poznański Wójt Gminy Czerwonak, Współprzewodniczący Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego), Minister Środowiska przedstawił stanowisko twierdzące, uzasadniając je następująco - w sytuacji, gdy uprawniony organ prowadzi przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wskazanie konkretnej regionalnej instalacji jest możliwe, m.in. gdy gmina powierzyła zadanie spółce prawa handlowego, w której sprawuje pełną kontrolę - 100% udziałów.

Mając na uwadze przepisy art. 6d ust. 1 i art. 9e ust. 1 u.c.p.g. zobowiązujące organy wykonawcze gminy do zorganizowania przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, a podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości do odpowiedniego przekazywania odpadów do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w ocenie Izby, istotę zarzutu stanowi, nie sposób opisu przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 29 ust. 2 Pzp, a zakres przetargu sprowadzającego się tylko do odbierania odpadów komunalnych i w konsekwencji wskazanie konkretnej instalacji należącej do gminnej spółki prawa handlowego, której gmina przekazała zadania własne do realizacji na zasadzie powierzenia, w przeciwieństwie do zakresu przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, w rozumieniu przepisów art. 6d u.c.p.g.

W tych okolicznościach Izba uznała, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp przez czynność zamawiającego polegającą na zamieszczeniu odesłania w SIWZ do treści ogłoszenia o zamówieniu, w którym zamawiający wskazał RIPOK w Hryniewiczach, w związku z prowadzeniem postępowania przetargowego tylko na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zatem, Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia wskazanych przepisów Pzp i nie znalazła podstaw do nakazania usunięcia kwestionowanych opisów oraz ich konsekwencji w postaci regulacji zawartych w projekcie umowy - § 7 ust. 3 i ust. 10, § 8 ust. 1 pkt 17, § 10 ust. 2 pkt 6.

Przedmiotu rozpoznania Izby nie stanowiły czynności lub zaniechania zamawiającego podnoszone w odwołaniu, do których zamawiający nie był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp). W szczególności, przedmiotem rozpoznania nie mogły być okoliczności związane z tworzeniem gminnej spółki prawa handlowego, czy powierzenie przez gminę własnych zadań tej spółce w celu ich realizacji, a także rozstrzygnięcia organów gminy w przedmiocie przyznaných im ustawowych uprawnień, o

charakterze *lex specialis* w stosunku do uregulowań prawnych Pzp.

Izba nie podzieliła też stanowiska odwołującego w zakresie pozostałych 7. zarzutów przedstawionych w odwołaniu uznając, że nie wykazano w postępowaniu odwoławczym naruszenia wskazanych przepisów Pzp.

Ad 3. Przepis art. 22 ust. 1 Pzp określa ustawowe warunki udziału wykonawców w postępowaniu, zobowiązując zamawiającego do opisanie wymagań w przedmiocie warunków w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (...). Ogłoszenie o zamówieniu w przetargu ograniczonym zawiera, co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, a także znaczenie tych warunków (art. 48 ust. 1 pkt 6 Pzp). Zamawiający opisał w ogłoszeniu o zamówieniu warunki wraz ze sposobem dokonywania oceny ich spełniania. Na tej podstawie dokonał weryfikacji podmiotowej wykonawców, ustalając liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert.

W sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, to jest uzyskali wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta Białystok. W celu potwierdzenia powyższego warunku wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do ogłoszenia o zamówieniu.

W przedmiocie kwalifikacji technicznych (sekcja III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu), zamawiający wskazał, że na potwierdzenie tego warunku został określony opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dla poszczególnych części zamówienia, jako „minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” dla danej części. Obok złożenia oświadczeń i dokumentów, zamawiający żądał złożenia wykazu pojazdów, które zostaną wykorzystane do realizacji przedmiotowego zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi samochodami - wg załącznika nr 5 do ogłoszenia. W każdej z części żądał, jako minimum: samochody bezpyłne (...) i z zabudową hakową (...): w części I po 2 samochody każdego rodzaju, w części II - odpowiednio 2 i 4 samochody, w części III - 3 i 4 samochody, w części IV odpowiednio - po 3 samochody każdego rodzaju, w części V po 2 samochody każdego rodzaju i w części VI po 3 samochody każdego rodzaju.

Opisane wymagania należą do kategorii wymagań podmiotowych, przesądzających o zakwalifikowaniu wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu - złożenia oferty.

Podniesione przez odwołującego naruszenie art. 38 ust. 4b Pzp przez zamieszczenie w SIWZ, po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym, warunków udziału określonych w sposób odmienny w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu, nie zostało potwierdzone.

Zamawiający, w odróżnieniu od warunków udziału w postępowaniu opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu, dla potrzeb kwalifikacji podmiotowej wykonawców mającej na celu ustalenie listy wykonawców zaproszonych do składania ofert, ustanowił w SIWZ wymagania przedmiotowe, właściwe dla sposobu wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania, mające uzasadnienie w przepisach p.u.c.g. - art. 6d ust. 4, art. 9d ust. 1 (wymagania od podmiotu odbierającego odpady komunalne) i wykonawczych - rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. określające szczegółowe wymagania, o których mowa art. 9d ust. 1 p.u.c.g., mające na celu ich ujednoczenie, dotyczące odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, czy w końcu w przepisach stosowanej w postępowaniu ustawy o odpadach.

Zatem, wpis do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, środki transportu z ich wyposażeniem, m.in. w moduł GPS, urządzenia do gromadzenia odpadów (pojemniki), czy ubezpieczenie przedmiotu umowy - znajduje uzasadnienie, jako wymagania związane z realizacją umowy, a nie podstawa do dalszej, czy powtórnej kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Przepisy rozporządzenia nie wyłączają możliwości zorganizowania systemu monitorującego w sposób adekwatny do potrzeb zamawiającego.

Zamawiający opisał w § 3 ust. 1 lit. b, c, oraz ust. 2 projektu umowy (tom II SIWZ) wymagania, stanowiąc, że ich spełnienie zostanie potwierdzone przez złożenie oświadczenia przez wybranego wykonawcę, przed zawarciem umowy. Oświadczenie to stanowi odpowiednią część umowy.

Adekwatny opis został zamieszczony w tomie III SIWZ pkt 2.2.1 (OPZ) - gdzie wskazano, że wykonawca zobowiązany jest spełniać wymagania w dniu podpisania umowy.

Izba uznała, że w przywołanych postanowieniach SIWZ zamawiający opisał w sposób czytelny wskazaną sytuację, kwalifikując ją odpowiednio (przedmiotowo). Zamawiający w żaden sposób nie przedstawił sposobu weryfikacji zasobu wymaganego do realizacji zamówienia, jako oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, skutkującej - w przypadku negatywnej oceny - wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Takie czynności, w ocenie Izby, byłyby nieuprawnione, chociażby w świetle dyspozycji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp), nie później niż na dzień

składania ofert, czy też, jak w prowadzonym postępowaniu w trybie wieloetapowym, na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym ocena spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu (warunków udziału w postępowaniu) ma charakter potencjalnej oceny wykonawcy, co do możliwości realizacji zamówienia w świetle predyspozycji podmiotowych wykonawcy. W ocenianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc także pod uwagę charakter postępowania, gdzie konkretne wyposażenie badane w ramach warunku potencjału technicznego wykonawcy ma istotne znaczenie dla sposobu świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia (odbiór odpadów) - zamawiający obok oceny spełniania warunku podmiotowego, nadał postanowieniami SIWZ we wskazanym zakresie także walor przedmiotowy (treści oferty). W postanowieniach zawartych w SIWZ, tom III OPZ, zamawiający określił wymagania, co do sposobu świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności, co do pojazdów przy pomocy, których ma być świadczona usługa przez wybranego wykonawcę. Wymagania, co do wyposażenia stanowią rozwinięcie podstawowego wymagania zamieszczonego w ogłoszeniu o zamówieniu stanowiącego warunek podmiotowy oceny wykonawców w zakresie potencjału technicznego, jednakże w SIWZ odnoszą się do przedmiotu przyszłego świadczenia. Są to wymagania dotyczące m.in. wyposażenia pojazdów w GPS. Tym samym zamawiający, z jednej strony weryfikował podstawowe warunki udziału w postępowaniu w oparciu o żądane oświadczenia i dokumenty w ogłoszeniu o zamówieniu, z drugiej zaś strony urealnił tę ocenę przez opisy zamieszczone SIWZ odnoszące się do merytorycznej treści oferty, zabezpieczając jednocześnie realne wykorzystanie w trakcie świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, pojazdów wykazywanych przez wykonawcę w ramach jego potencjału technicznego. Odzwierciedleniem powyższego są również postanowienia projektu umowy, które nakazują wykorzystanie przez wykonawcę dla realizacji zamówienia zasobu wskazanego w wykazie potencjału technicznego, załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (podobnie w wyroku z dnia 13 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2849/12).

W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że jest to rozszerzenie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Oceny takiej nie można wywieść z postanowień SIWZ - OPZ i projektu umowy.

Ad 4. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający skalkulowanie ceny oferty oraz nałożenie na wykonawcę obowiązku ustalenia za zamawiającego przedmiotów zamówienia stanowiących elementy cenotwórcze oferty (Tom III SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1.3, pkt 1.4; Tom I SIWZ Instrukcja dla wykonawców, pkt 22 ppkt 2 i 5).

W pkt 1.3, tom III SIWZ (OPZ), zamawiający opisał - rodzaje odbieranych odpadów, sposoby ich gromadzenia i częstotliwość odbierania odpadów, wskazując podział na odpady, zasady odbioru odpadów z poszczególnych nieruchomości ze względu na rodzaj zabudowy i nieruchomości nie zamieszkałe, na których powstają odpady komunalne. W pkt 1.4, tom III, zamawiający opisał szacowane ilości odpadów oraz dobór pojemników, wskazując w punktach A-F opisujących części I-VI, odpowiadające podziałowi obszaru na 6 sektorów wywozowych, że szacowana ilość mieszkańców w podziale na zabudowę jedno- i wielorodzinną oraz prognoza wytwarzania odpadów komunalnych dla zabudowy jedno- i wielorodzinnej przedstawione zostały w załącznikach nr 3, oznaczonych dla każdej części lit. a-f oraz, że ilości odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy, zostały przedstawione w tabelach 1 i 4, odpowiednio dla każdej z 6, części objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający podał na podstawie własnych danych szacowaną ilość odpadów przewidzianych do odebrania w ciągu przewidywanego okresu odbioru odpadów, tj. od 01.07.2013 r. do 30.06.2014 r. na nieruchomościach, wskazując: ilości odpadów na nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (Tab. Nr 1); na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, które przedstawiono w rozbiciu na sektory wywozowe w Tab. nr 2 (a-f), w której pokazano sumaryczne objętości pojemników na odpady, użytkowanych w poszczególnych rodzajach nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne; na których zamieszkują mieszkańcy, które przedstawiono w Tab. 3 (a-f), z podziałem na 6 sektorów wywozowych oraz zabudowę jednorodzinna i wielorodzinną; łącznie, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, które ogółem zostały przedstawione w Tab. 4.

Zamawiający podał bazę adresową nieruchomości położonych na terenie Gminy Białystok, jako załącznik nr 1 do OPZ.

Na podstawie identyfikacji nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (jedno- i wielorodzinne) oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne - dokonanej przez wykonawców przy uwzględnieniu opisów zamieszczonych w pkt 1.4 - w 4. punktach oznaczonych, jako tiret, str. 41 z 62 SIWZ, zamawiający wskazał, że wykonawca określi rodzaj, potrzebną ilość i pojemność pojemników w danym sektorze, uwzględniając częstotliwość wywozów, zgodnie z SIWZ oraz przepisami prawa miejscowego. Zamawiający pozostawił w gestii wykonawcy dobór rodzaju, ilości i pojemności pojemników oraz częstotliwość odbioru odpadów, z zastrzeżeniem pkt 2.2.1 OPZ, w którym podano w ramach obowiązków wykonawcy - wymagań formalnych, że wymagania opisane w tym punkcie mają być spełnione w dniu podpisania umowy, w tym

dysponowanie pojemnikami oraz, że zamawiający przed podpisaniem umowy dokona weryfikacji spełnienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, wymienionych w pkt 2.2.1. W pkt 2.2 Szczegółowe wymagania związane z przedmiotem zamówienia, zamawiający opisał wymagania dla pojemników i worków do gromadzenia selektywnie zebranego szkła opakowaniowego, zaś w pkt 2.2.2. wymagania dla pojazdów.

Analizując powyższe, Izba uznała zasadność stanowiska zamawiającego, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i jednoznacznych określeń, przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia charakteryzującego się określoną specyfiką. Uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, które były w jego dyspozycji, kierując się zachowaniem zasad - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający opisał z § 7 ust. 2 projektu umowy, że zapłata za należycie wykonany przedmiot umowy będzie dokonywana na podstawie iloczynu ceny jednostkowej określonej w formularzu oferty i faktycznie wykonanych usług odbioru i transportu odpadów. Podobny opis znajduje się w SIWZ pkt 22.3 - „wynagrodzenie umowne będzie miało charakter kosztorysowy w tym znaczeniu, iż przedmiot zamówienia będzie rozliczony za faktycznie wykonane usługi.” Zamawiający wskazał w SIWZ, że należne wynagrodzenie uiszczane będzie w zależności od rzeczywistej ilości odebranych odpadów komunalnych, a nie od ilości pojemników czy ilości obsługiwanych nieruchomości.

Czytelne i przekonujące jest stanowisko zamawiającego, że na podstawie szczegółowego opisu zamieszczonego w tomie III SIWZ OPZ, pkt 1.4 w tabelach nr 1, 2 (a-f), 3 (a-f) podano prognozę wytwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych sektorach wywozowych, uwzględniając typ nieruchomości (zamieszkałe i niezamieszkałe, na których powstają odpady komunalne) oraz rodzaj zabudowy w przypadku nieruchomości zamieszkałych (jednorodzinna i wielorodzinna). Ponadto, w OPZ (pkt 2.2.1) przedstawiono szczegółowe wymagania stawiane pojemnikom i workom, i tak w przypadku zabudowy jednorodzinnej wskazano podstawową pojemność pojemnika ($0,12 \text{ m}^3$) oraz częstotliwość odbioru odpadów (1 raz na 2 tygodnie - 26 wywozów/rok), natomiast w przypadku zabudowy wielorodzinnej wskazano minimalną pojemność stosowanych pojemników ($1,1 \text{ m}^3$) i określono częstotliwość odbioru odpadów komunalnych, zgodną z opisami m.in. regulaminu utrzymania czystości i porządku (nie mniej niż 104 wywozy w ciągu roku). Na danych z OPZ wyspecyfikowanych dla zamawiającego (ilość wytworzonych odpadów w poszczególnych typach nieruchomości i rodzajach zabudowy, wskazana pojemność pojemników, jak i zaprojektowana częstotliwość odbioru odpadów komunalnych) oraz ogólnych danych literaturowych, bądź empirycznych,

charakterystycznych dla branży gospodarowania odpadami komunalnymi (tzw. gęstości nasypowej odpadów komunalnych, przyjmującej różne wartości w zależności od typu nieruchomości i rodzaju zabudowy nieruchomości zamieszkałych, np. ok. 0,11 Mg/m³ (zabudowa wielorodzinna) - ok. 0,30 Mg/m³ (zabudowa jednorodzinna)), wykonawca posiada możliwość określenia podstawowej ilości pojemników i tym samym sporządzenie oferty. Zamawiający wskazał możliwą do określenia na tym etapie postępowania, częstotliwość odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości oraz ilość i rodzaj pojemników, w sposób niezbędny do właściwego skalkulowania ceny oferty.

Izba podziela stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2829/12, że „nie sposób zatem nakazać Zamawiającemu podanie informacji, których obiektywnie nie posiada”. Podziela też stanowisko zamawiającego, że umowa o świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych ma charakter umowy rezultatu, w której dla zamawiającego istotny jest efekt - odebranie każdej ilości odpadów komunalnych i naturalnym jest, że taką umowę cechuje pewien stopień nieprzewidywalności. Na wykonawcy spoczywa ewentualne ryzyko związane z możliwością zwiększenia lub zmniejszenia liczby obsługiwanych nieruchomości czy częstotliwości wywozów odpadów i okoliczność ta powinna zostać w kalkulowana w cenę oferty - wyrok KIO z 11 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 159/13.

Zamawiający podał w opisie przedmiotu zamówienia wszelkie posiadane dane niezbędne dla rzetelnego oszacowania przez wykonawców kosztów realizacji zamówienia i zapewniające porównywalność ofert.

Ad 5. Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przekazania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Odwołujący nie wykazał podstaw naruszenia wskazanych przepisów, gdyż nie zachodzą okoliczności odpowiadające przesłankom określonym w tych przepisach, tj. nie potwierdzono, że zachodzi potrzeba dokonania zmiany SIWZ, która obligowałaby zmianę ogłoszenia o zamówieniu, niedopuszczalną w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4b Pzp. Zatem, nie wykazano przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad 6. Naruszenie art. 144 Pzp przez nieokreślenie warunków dopuszczających zmianę umowy w zakresie metody wykonania przedmiotu umowy (Tom I SIWZ, pkt 29 ppkt 1,3).

Z przepisu art. 144 ust. 1 Pzp wynika, że możliwość dokonywania zmian umowy w zakresie

elementów, które nie stanowią istotnych zmian, nie została ograniczona. Zakaz dotyczy jedynie zmian istotnych, z zastrzeżeniem odstępstwa od zakazu.

Zamawiający zamieścił w SIWZ regulacje dotyczące zmiany umowy (pkt 29, tom I, IDW SIWZ), w szczególności wskazując możliwość zmiany w toku realizacji umowy, w razie zajścia jednego z poniższych przypadków:

1) zmiany obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy,

3) zmiany zakresu lub metody wykonywania przedmiotu umowy, której to zmiany w chwili zawarcia umowy strony nie mogły przewidzieć.

Warunkiem zmiany wskazanej w punkcie 1 jest zmiana obowiązujących przepisów prawa, która ma wpływ na realizację umowy.

W zakresie punktu 3 warunkiem jest brak możliwości przewidzenia zmiany zakresu lub metody wykonywania przedmiotu umowy w chwili podpisywania umowy.

Zatem, została przewidziana zmiana zakresu przedmiotu umowy lub metody wykonywania zamówienia. Zamawiający zaznaczył w pkt 3, że o zmianie zadecydują okoliczności, które nie są znane w chwili tworzenia SIWZ i prawdopodobnie nie będą znane jeszcze na etapie zawarcia umowy. Ewentualne ujawnienie tych okoliczności możliwe będzie na etapie realizacji umowy. Ze względu na pojemne pojęcie określenia *zakres lub metoda wykonywania przedmiotu umowy*, należy przyjąć, że zarówno interes wykonawcy świadczącego usługę, jaki i zamawiającego zostają właściwie zabezpieczone i przede wszystkim nie stanowią naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 Pzp.

Ad 7. Naruszenie art. 5 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp przez sporządzenie projektu umowy w sposób składający całe ryzyko gospodarcze niezależnie od ilości odbieranych przez wykonawcę odpadów tylko na wykonawcę, pozbawiając wykonawcę wynagrodzenia, a także godzące w istotę i cel zamówienia publicznego przez wprowadzenie rażąco wygórowanych kar umownych, których zastosowanie doprowadzi do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia.

Do umów, zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się więc w pierwszej kolejności przepisy ustawy Pzp, a dopiero w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy przepisy Kodeksu cywilnego.

Z tego względu przepisy Kodeksu cywilnego doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne, co wynika ze wskazanego art. 139 ust. 1 Pzp, jak i następnych przepisów działu IV ustawy.

Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi, że SIWZ zawiera istotne dla stron

postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach.

Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok Izby z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

Zgodnie z art. 483 § 1 kc, kara umowna może być zastrzeżona w umowie wyłącznie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W stosunku zobowiązaniowym stanowiącym przedmiot umowy tylko wykonawca zobowiązany jest do spełnienia świadczenia niepieniężnego, natomiast zamawiający spełnia świadczenie w formie pieniężnej. Zastrzeżenie kar umownych na rzecz wykonawcy nie znajduje potwierdzenia w przepisach Kodeksu cywilnego.

Przepis art. 484 § 1 kc stanowi, że w okolicznościach w nim określonych, kara przysługuje bez względu na wysokość poniesionej szkody. Przepis art. 484 § 2 kc dotyczy możliwości żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane oraz kary umownej rażąco wygórowanej (miarkowanie kary).

Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenie postępowania dowodowego i przyśpieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie, a przesłanką powstania roszczenia zamawiającego o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę, wynikającego z niedołożenia należytej staranności (...). Aby kara umowa wywierała zamierzony skutek, jej dolegliwość musi mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy. Kara umowna ma stanowić nie tylko surogat odszkodowania, jej celem jest również skłonienie wykonawcy do właściwego wykonania swego zobowiązania (funkcja kary prewencyjno-odszkodowawcza). Podobne stanowisko zajęła Izba w wyrokach - z dnia 22 grudnia 2008 r.,

KIO/UZP 1431/08, z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10 i z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 291/12.

Izba uznała za niezasadne stanowisko odwołującego o rażąco wygórowanych karach.

Zdaniem Izby, zarzuty dotyczące naruszenia art. 353¹ kc - zasady swobody umów, obowiązującej w powszechnym obrocie gospodarczym oraz zasady wynikającej z art. 5 kc - nadużycie prawa podmiotowego wobec czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego, podlegają ocenie w kontekście wykazania przez odwołującego naruszenia konkretnego przepisu ustawy (ustaw do których odsyła ustawa Pzp) przez czynność, bądź zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, co jak wskazano na wstępie wynika z przepisu art. 180 ust. 1 ustawy).

W rozpoznawanej sprawie nie wykazano naruszenia przepisów szczególnych, które skutkowałyby naruszeniem zasad Kodeksu cywilnego.

W ocenie Izby, zasługuje na aprobatę stanowisko prezentowane w orzecznictwie, w tym w wyroku Izby z dnia 16 września 2010 r., sygn. akt KIO 1925/10, że nawet: „naruszenie przez zamawiającego art. 353¹ kc w związku z art. 139 ust. 1 ustawy (...) nie ma wpływu na wynik postępowania”.

Izba uznała, jako zasadne stanowisko, że uwzględnienie żądania usunięcia niektórych postanowień projektu umowy, czy ich zmiany, spowoduje pozbawienie zamawiającego możliwości kontroli realizacji zamówienia, a przede wszystkim stwierdzenia przypadków niewykonania umowy. Kary umowne, jako skuteczny instrument służący uzyskaniu oczekiwanego poziomu i jakości świadczonych usług, ustanawiane są na rzecz zamawiającego, zaś na rzecz wykonawcy przepisy Kodeksu cywilnego wskazują ustawowe odsetki. Stąd, żądania przedstawione przez odwołującego wywodzące się z zasady swobody umów, bez wskazania naruszenia przepisów zobowiązujących zamawiającego do konkretnych czynności w zakresie umów, nie znajdują podstaw do ich akceptacji.

Zarzut przerzucenia całego ryzyka gospodarczego niezależnie od ilości odbieranych przez wykonawców odpadów, jest niezasadny. Zgodnie z § 7 ust. 2 projektu umowy zapłata za należycie wykonany przedmiot umowy dokonywana będzie na podstawie iloczynu ceny jednostkowej określonej w formularzu oferty i faktycznie wykonanych usług odbioru i transportu odpadów. Podobny opis znajduje się w treści SWIZ pkt 22.3 - „wynagrodzenie umowne będzie miało charakter kosztorysowy w tym znaczeniu, iż przedmiot zamówienia będzie rozliczony za faktycznie wykonane usługi.” Zatem nie znajduje potwierdzenia

stanowisko, że ilość odbieranych odpadów nie ma wpływu na wynagrodzenie wykonawcy. Z regulacji zamieszczonych w SIWZ, przywoływanych wyżej jednoznacznie wynika, że wykonawca uzyska wynagrodzenie za każdą ilość odebranych odpadów.

Zarzut pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia nie znalazł również potwierdzenia.

Zamawiający jest zobowiązany do określenia w umowie górnej granicy wysokości zobowiązania. W trakcie realizacji zamówienia ma na bieżąco monitorować wysokość wypłaconego wynagrodzenia. W przypadku zbliżania się do zastrzeżonej wysokości wynagrodzenia określonego w umowie, zobowiązany jest do podjęcia czynności, w postaci chociażby udzielenia zamówień uzupełniających.

Zarzut nałożenia na wykonawcę obowiązku ustalania z właścicielem nieruchomości wielkości pojemnika oraz terminów odbiorów odpadów.

Wskazany w odwołaniu opis, że: „Również nałożenie w postanowieniach umowy obowiązki związane z przygotowaniem świadczenia usług polegające na ustaleniu z właścicielem nieruchomości wielkości pojemnika oraz terminów odbiorów odpadów sprzeciwiają się wyżej przywołanym przepisom kodeksu cywilnego, a nadto mogą być uznane za świadczenie niemożliwe. Mało realne wydaje się porozumienie przez wykonawcę z każdym właścicielem nieruchomości w zakresie ustalenia częstotliwości odbioru odpadów oraz ustalenia wielkości pojemnika na odpady. Co więcej umowa nie przewiduje sytuacji, w której właściciel nieruchomości zmieni swoje oczekiwania zarówno w stosunku do częstotliwości odbioru odpadów jak też wielkości pojemnika”, nie znajduje potwierdzenia w opisie przedmiotu zamówienia. Również w innych dokumentach postępowania nie zawarto wymogu ustalania, porozumienia, czy spełniania oczekiwań właścicieli nieruchomości, w sposób uniemożliwiający sporządzenie oferty, bądź wykonanie zamówienia.

Ad 8. Naruszenie art. 2 pkt 13 Pzp przez wprowadzenie w postanowieniach projektu umowy obowiązku nieodpłatnych świadczeń przez wykonawcę na rzecz zamawiającego, co stoi w sprzeczności z legalną definicją zamówienia publicznego.

Odwołujący nie wykazał naruszenia definicji zamówień publicznych zamieszczonej w ustawowym słowniczku pojęć (art. 2 pkt 13 Pzp), którą posłużył się ustawodawca w treści ustawy.

Ad 9. Zamawiający dokonał w dniu 15 kwietnia 2013 r. zmiany SIWZ (poprawienia omyłki) zastępując wskazany w pkt 4, tom I, dwukrotnie kod 90513100-7, przez wpisanie w jednym z tych miejsc kodu 90512000-9, którego numer - pierwsze 8 cyfr - odpowiada pełnej numeracji kodu podanego w ogłoszeniu o zamówieniu (kody dotyczące usługi transportu odpadów).

Z uzasadnienia żądania wykreślenia opisu zamieszczonego w pkt 3 ppkt 6 OPZ SIWZ wynika, że odwołujący kwestionuje wymóg bezpośredniego transportu odpadów do wskazanej instalacji. Izba podnosi, że wymóg bezpośredniego przekazywania odpadów do wskazanej instalacji podano już w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II, pkt II.1.5), co powoduje po korekcie omyłki zamawiającego, że nie występuje niezgodność określenia przedmiotu zamówienia (art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp) z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp) przez podanie kodów PCV.

Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp - przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców - stanowi konsekwencję naruszenia przepisów dotyczących czynności lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, kosztem jednych wykonawców na rzecz innych. Brak udowodnienia takiego naruszenia przepisów, powoduje w konsekwencji brak naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.

Oceniając zarzuty odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp) oraz rozstrzygając o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań), Izba uznała, że nie wykazano w postępowaniu odwoławczym naruszenia przepisów Pzp kwalifikujących odwołanie do jego uwzględnienia, na podstawie przesłanek określonych w art. 192 ust. 2 Pzp. Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....