

Sygn. akt: KIO 2191/15

WYROK

z dnia 27 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawcę ALBA POLSKA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Świętochłowice

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża ALBA POLSKA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez ALBA POLSKA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Gmina Świętochłowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Odbiór odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice”*. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej ustawą.

II. Wobec dokonanej w wyniku uwzględnienia uprzednio złożonego przez Odwołującego w dniu 18 września 2015 r. odwołania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący złożył odwołanie, zarzucając:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym [Dz.U.2015 poz. 1515 t.j.] oraz art. 2 i art. 3 ust. 1 ustawy z 20 grudnia 1996r. o gospodarce komunalnej [Dz.U.2011 nr 45 poz. 236 t.j. z późn. zm.], poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w związku z potencjalnie bezprawnym wskazaniem w opisie przedmiotu zamówienia, jako jedynej, regionalnej instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, należącej do Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., zlokalizowanej w Sosnowcu przy ul. Grenadierów 1;
- 2) naruszenie art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy, poprzez przyznanie sobie uprawnienia do rozwiązania umowy na podstawie jednostronnego oświadczenia woli z jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia, co pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego oraz narusza równość stron umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) a) zmiany treści SIWZ w rozdz. 3 SIWZ, w punkcie 1 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia [zał. nr 1 do SIWZ] oraz § 1 ust. 1a wzoru umowy [zał. Nr 10 do SIWZ], w zakresie miejsca przeznaczenia zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych i nadanie im następującego brzmienia:
„Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany przekazywać odebrane odpady zmieszane do instalacji RIPOK

należącej do Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grenadierów 21, której zagospodarowanie odpadów zostało powierzone zgodnie z:

umową nr ... z dnia ... zawartą w oparciu o przepis art. ... ustawy Prawo zamówień publicznych

lub

a) porozumieniem międzygminnym z dnia ... zawartym w oparciu o przepis art. ... ustawy ... z dnia... [właściwa treść do określenia przez Zamawiającego].

W przypadkach określonych prawem powszechnie obowiązującym [tj. awaria instalacji regionalnej lub brak możliwości przyjmowania odpadów z innych przyczyn] wykonawca zobowiązany jest do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnych instalacji do mechaniczno – biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, właściwych dla tzw. regionu II odpadowego, określonych w uchwale nr IN//25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014 wraz z późn. zm.”,

b) wprowadzenie do SIWZ oraz wzoru umowy odpowiednio zapisów określających warunki na jakich nastąpi zmiana umowy o zamówienie publiczne, w szczególności zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany miejsca zagospodarowania odpadów zmieszanych na skutek awarii wskazanej instalacji lub jeżeli nie będzie mogła przyjmować odpadów z innych przyczyn,

2) lub alternatywnie w razie braku odpowiedniej podstawy prawnej do powierzenia zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych instalacji w Sosnowcu, zmodyfikowania przedmiotu zamówienia jako *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice”* i zobowiązanie Wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji regionalnych do mechaniczno–biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, do których Wykonawca odbierający zmieszane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie je przekazywał,

3) usunięcia §10 ust. 5 wzoru umowy [załącznik nr 10 do siwz].

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że w wyniku modyfikacji treści SIWZ w dniu 29 i 30 września 2015 r. Zamawiający wskazał, że wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany przekazywać odebrane odpady zmieszane do Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu przy ul. Grenadierów 21, zarządzającym Zakładem Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych (dalej jako: „Zakład” lub „RIPOK”). Tak określony

przedmiot zamówienia i sprecyzowany przez Zamawiającego wymóg może pozostawać w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, mając na uwadze okoliczności faktyczne, które legły u podstaw powierzenia zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych właśnie tej konkretnej regionalnej instalacji. Wobec powyższego udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obarczony został niepoliczalnym „ryzykiem kontraktowym” przede wszystkim z uwagi na fakt, iż przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego pociąga za sobą niepewność związaną z faktycznym miejscem zagospodarowania odpadów. Ryzyko to może się urzeczywistnić nawet w postaci konieczności rozwiązania umowy o zamówienie publiczne w następstwie okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a które to okoliczności pozostają w związku z działaniami lub zaniechaniami Zamawiającego opisanymi w dalszej części niniejszego odwołania.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako: „u.c.p.g.”) 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. Zamawiający, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ, ogłosił przetarg wyłącznie na odbiór odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice. W świetle przepisu art. 6d ust. 4 pkt. 5 u.c.p.g. Zamawiający w takim przypadku zobowiązany jest do wskazania instalacji, do których odpady będą transportowane celem ich dalszego przetwarzania. Zgodnie z przywołanym przepisem: „ *wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności: (...)*

5) instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;

Jeżeli celem Zamawiającego jest wyłącznie przeprowadzenie przetargu na odbiór odpadów, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wskazania instalacji, do której lub których wykonawca ma obowiązek przekazać odebrane odpady. Przepis art. 6d ust. 4 pkt. 5 u.c.p.g. należy odczytywać łącznie z art. 9e u.c.p.g., który ogranicza prawo przekazania odpadów, wyłącznie do określonego typu instalacji:

Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości:

- 1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;
- 2) zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

W wyniku modyfikacji treści siwz Zamawiający wskazał następujące instalacje:

- a. Zakład Oczyszczania i Gospodarki Odpadami Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Świętochłowicach przy ul. Wojska Polskiego – dla odpadów zielonych oraz odpadów gromadzonych selektywnie typu szkło, plastik, papier itd.,
- b. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Sosnowcu przy ul. Grenadierów 21 – dla zmieszanych odpadów komunalnych.

W pierwszym przypadku mamy do czynienia ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, w której zgodnie z dokumentami rejestrowymi 100% udziałów posiada Gmina Świętochłowice, a więc Zamawiający. Nie wdając się w rozważania na temat sposobu powierzenia usług zagospodarowania odpadów zielonych i gromadzonych selektywnie, w ocenie odwołującego Zamawiający wykorzystuje uprawnienie jakie nadają mu ustawy w omawianym zakresie.

Z kolei w przypadku wskazania instalacji regionalnej w Sosnowcu jako jedynej do zagospodarowania odpadów zmieszanych, poważne wątpliwości budzi legalność wyboru tejże instalacji poprzez pryzmat regulaminowej działalności instalacji w Sosnowcu oraz sposobu powierzenia przez Gminę zadań własnych.

Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w 2014 r. oddało do użytkowania nowo wybudowany Zakład Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych. Budowa Zakładu została sfinansowana przez Spółkę ze środków własnych (środki pochodzące od gminy Sosnowiec – jedynego udziałowca Spółki) oraz ze środków publicznych, pozyskanych przede wszystkim z Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, a pochodzących z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Zakład Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Sosnowcu uzyskał status Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu II województwa śląskiego. Spółka została utworzona uchwałą nr 714/LII/09 z dnia 26 listopada 2009r. Rady Miejskiej w Sosnowcu. Powierzenie wykonywania zadań własnych gminy Sosnowiec w zakresie kompleksowej gospodarki odpadami nastąpiło na podstawie uchwały nr 733/LIV/10 z dnia 22 stycznia 201 Or. (uchwały dostępne na stronie:

www.bip.um.sosnowiec.pl). W §2 przedmiotowej uchwały Rada Miejska postanowiła, że usługi kompleksowej gospodarki odpadami (czyt. zagospodarowania odpadów) będą świadczone na terenie Gminy Sosnowiec. Natomiast usługi gospodarki odpadami mogą być świadczone na terenie innych gmin, jeżeli wynika to z właściwych porozumień międzygminnych lub innych porozumień przewidzianych prawem. Z przywołanej uchwały wynika ponadto, że z tytułu wykonania powierzonego zadania Spółka otrzymała rekompensatę, nie będącą niedozwoloną pomocą publiczną, określoną w szczególności zgodnie z Decyzją Komisji z dnia 28 listopada 2005r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (...). Aktualny regulamin świadczenia usług Spółki również stanowi, że Zakład może przyjmować odpady jedynie z terenu gminy Sosnowiec lub z terenu innych gmin na podstawie porozumień przewidzianych prawem.

W ocenie Odwołującego, można przypuszczać, że ograniczony terytorialnie zakres świadczenia usług przez Zakład jest podyktowany warunkami na jakich została udzielona rekompensata, czyli dofinansowanie ze środków unii europejskiej. Analiza informacji publicznej w oparciu o powszechnie dostępne źródła nie daje podstaw do stwierdzenia, że na dzień dzisiejszy Zakład w Sosnowcu, wskazany w SIWZ, został powołany i jest uprawniony do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych z terenu Gminy Świętochłowice.

Gmina wskazuje regionalne instalacje do przetwarzania odpadów. Jednakże, aby wskazanie to miało umocowanie w obowiązujących przepisach prawa gmina zobowiązana jest powierzyć zadanie własne jakim jest odzysk i unieszkodliwianie odpadów (tak np. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2013r., sygn. II SA/Bk 95/13) w określony ustawowo sposób.

Zadania użyteczności publicznej (zadania własne) gmina może realizować za pośrednictwem utworzonych przez siebie w tym celu jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, w oparciu o art. 9 ust. 1 ustawy z 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (Dz.U.2015 poz. 1515 t.j., dalej jako „u.s.g.”) i art. 2 ustawy z 20 grudnia 1996r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.2011 nr 45 poz. 236 t.j. z późn. zm., dalej jako „u.g.k.”) lub też za pośrednictwem innych, organizacyjnie niepowiązanych z gminą podmiotów, osób fizycznych, osób prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, na podstawie zawartych umów w oparciu o art. 9 ust. 1 u.s.g. i art. 3 ust. 1 u.g.k.

Ustawodawca zatem określił dwa sposoby, dwie formy realizacji gminnych zadań własnych. Jeżeli realizacja zadań użyteczności publicznej następuje przez utworzoną w tym celu własną jednostkę organizacyjną, wówczas podstawą powierzenia zadań jest sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania.

Tworzenie gminnych jednostek organizacyjnych odbywa się w drodze uchwały rady gminy (art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h u.s.g.). Dodać należy także, że na mocy przywołanej ustawy rada gminy w drodze uchwały decyduje w sprawach współdziałania z innymi gminami oraz wydziela na ten cel odpowiedni majątek, jeżeli zadania własne realizuje w ramach związku międzygminnego lub na podstawie porozumienia międzygminnego. Z kolei w sytuacji, gdy realizacja zadań zostaje powierzona podmiotowi niezależnemu organizacyjnie, gospodarczo i majątkowo od gminy (osoby fizyczne oraz jednostki organizacyjne niebędące własnymi jednostkami gminy) wówczas odbywa się to na zasadach ogólnych z wykorzystaniem cywilnoprawnej umowy, która jest podstawą powierzenia wykonywania gminnych zadań. Z treści art. 3 ust. 1 u.g.k. wynika, że wtedy konieczne jest uwzględnienie przepisów o finansach publicznych i przepisów o zamówieniach publicznych (vide: wyrok NSA z 11 sierpnia 2005r., II GSK 105/05). Powyższy wyrok został potwierdzony przez Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z dnia 24 września 2014r. o sygn. II OSK 1314/14.

W świetle przedstawionego orzecznictwa sądowego i obowiązujących przepisów, Zamawiający – Gmina Świętochłowice jest uprawniona do powierzenia zadania własnego jakim jest zagospodarowanie odpadów:

- b) własnej jednostce organizacyjnej np. zakładowi budżetowemu, lub
 - c) własnej komunalnej spółce kapitałowej, utworzonej w drodze uchwały organu gminy w celu wykonywania określonych zadań użyteczności publicznej w ramach gospodarki komunalnej, w której wszystkie udziały stanowią mienie jednostki samorządu terytorialnego, gdzie spółka musi być kontrolowana przez gminę, a działalność spółki musi być prowadzona na rzecz tej gminy, która jest jej właścicielem, lub
 - d) podmiotowi trzeciemu, organizacyjnie niepowiązanemu z gminą, w drodze umowy z uwzględnieniem art. 3 u.g.k., a więc uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych, w trybie przepisów o partnerstwie publiczno – prywatnym, o koncesji na usługi, czy też przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, z zastrzeżeniem możliwości przystępowania do związków międzygminnych lub zawierania porozumień międzygminnych.
- Zestawiając ze sobą zakres dopuszczalnej, regulaminowej działalności Zakładu w Sosnowcu, który może przetwarzać odpady spoza Sosnowca jedynie na podstawie porozumień przewidzianych prawem, oraz dozwolone sposoby powierzenia zadań własnych przez gminę, nasuwa się poważna wątpliwość na jakiej podstawie i jakich zasadach Zamawiający zlecił zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych. Jak już wcześniej wspomniano powszechnie dostępne źródła informacji publicznej nie zawierają informacji w przedmiocie nawiązania współpracy pomiędzy Gminą Świętochłowice a Gminą Sosnowiec, będącą jedynym właścicielem Spółki zarządzającej Zakładem. W opinii odwołującego nawiązanie takiej współpracy winno nastąpić w wyniku uchwał organów uchwałodawczych właściwych gmin, a czynności tego rodzaju noszą znamiona informacji

publicznej. Jeżeli Zamawiający zastosował jakikolwiek tryb zlecenia zadań własnych podmiotowi trzeciemu w oparciu o wyżej przywołane przepisy, w szczególności ustawę Prawo zamówień publicznych, informacja taka również powinna znaleźć wyraz chociażby w biuletynie informacji publicznej.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 nie jest związany z dokonywaniem oceny zgodności działań Zamawiającego z odrębnymi ustawami, ale dotyczy zgodności opisu przedmiotu zamówienia z obowiązującymi przepisami oraz nie uwzględnieniem okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Określenie w sposób należyty i zgodny z prawem miejsc zagospodarowania odpadów jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, o czym świadczy między innymi przywołany art. 6d ust. 4 pkt. 5 u.c.p.g., gdzie mowa jest o obligatoryjnym wskazaniu w SIWZ instalacji, do których odpady będą przekazywane. W tym kontekście brak pewności, że powierzenie zagospodarowania zmieszanych odpadów nastąpiło w zgodzie z ustawowymi formami, należy uznać, że przedmiot zamówienia nie jest wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na złożenie oferty. *„Uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty umożliwia wykonawcom rzetelną wycenę oferty. Opis przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem oraz obowiązkiem zamawiającego i należy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji postępowania, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia”.* Tak Józef Edmund Nowicki [w:] Bazan A., Nowicki J.E. Prawo zamówień publicznych. Komentarz.

W wyroku KIO z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1447/10), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: *„Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. (...)”.*

Odwołujący podkreślił, że nosząc się z zamiarem złożenia oferty musi oszacować niezbędne środki finansowe, w tym inwestycje w konieczny do realizacji usługi sprzęt, osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz szereg innych czynników o wymiarze czysto finansowym. Musi także oszacować ryzyko inwestycyjne mając na względzie możliwość zmiany sytuacji gospodarczej oraz zmiany cen towarów i usług. Są to zadania trudne i jednocześnie konieczne, lecz wykonalne, zwłaszcza dla odwołującego zajmującego się profesjonalnie szeroko pojętymi usługami w zakresie gospodarowania odpadami. Niemierzalna i nie do zaakceptowania jest natomiast sytuacja niepewności prawnej przyszłego wykonawcy w związku z trudnymi do przewidzenia skutkami ewentualnego niezgodnego z prawem wyboru instalacji do zagospodarowania zmieszanych odpadów

komunalnych. Nie można z całą stanowczością wykluczyć sytuacji w której okaże się, że Zamawiający dokonał wyboru instalacji z naruszeniem prawa i zostaje wezwany przez uprawniony organ lub sąd do zaprzestania naruszania prawa. Powstaje zatem pytanie o gwarancje trwałości przyszłej umowy o zamówienia publiczne i właśnie w tym kontekście przedmiot zamówienia, w szczególności okoliczności faktyczne i prawne będące podstawą do jego opisu, nie uwzględniają wszystkich czynników możliwych do przewidzenia przez wykonawców na etapie sporządzania oferty. Jak wspomniano na wstępie złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu jest obciążone pewnym ryzykiem, gdyż istnieją uzasadnione wątpliwości co do legalności działań Zamawiającego, które w sposób bezpośredni mogą wpłynąć na ograniczenie kręgu podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. W konsekwencji reguła uczciwej konkurencji może doznać ograniczenia. Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 marca 2015 r. KIO 496/15: *„1. Użyty w treści przepisu art. 29 ust. 2 p.z.p. zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia.”*

W oparciu o przywołane argumenty i stan faktyczny, w szczególności przez wzgląd na uzasadnione wątpliwości co do legalności wskazania konkretnej instalacji, odwołujący wnosi o modyfikacje SIWZ poprzez określenie podstawy prawnej i dokumentu, na podstawie którego nastąpiło powierzenie zagospodarowania odpadów zmieszanych instalacji RIPOK należącej do Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grenadierów 21. Odwołujący wnosi również o zmodyfikowanie zapisów SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia w sposób dopuszczający zmiany w zakresie miejsca zagospodarowania odpadów i określenia warunków takiej zmiany, w szczególności związanych ze zmianą wynagrodzenia, w przypadkach jeżeli wskazana instalacja nie będzie mogła przyjmować odpadów (awaria oraz inne przyczyny).

W przypadku, gdy powierzenie zagospodarowania odpadów nastąpiło bez właściwej podstawy prawnej i Zamawiający nie jest w stanie powołać się na odpowiednie dokumenty (umowa/porozumienie/uchwała), odwołujący wnosi o modyfikacje SIWZ poprzez określenie przedmiotu zamówienia jako „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice” i zobowiązanie Wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji regionalnych do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, do których Wykonawca odbierający

zmieszane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie je przekazywał.

W zakresie drugiego zarzutu, Odwołujący podniósł, że w wyniku modyfikacji treści SIWZ w dniu 29 września 2015 r. Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do rozwiązania umowy na podstawie jednostronnego oświadczenia woli z jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia, co pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego oraz narusza równość stron umowy. W § 10 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający wprowadził zapis o treści: *„Zamawiający może rozwiązać umowę z jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia, przesyłając Wykonawcy oświadczenie woli listem poleconym na adres Wykonawcy. Wykonawcy należy się wynagrodzenie jedynie za wykonany przedmiot umowy”*.

Odwołujący podniósł, że zrozumiałym jest dla niego fakt, że Zamawiający posiada szczególnie uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uprzywilejowana pozycja, jaką ma zamawiający w postępowaniu przetargowym, ma m.in. wpływ na treść umowy o zamówienie publiczne. Sytuacja taka wynika z kilku czynników. Zamawiający jest gospodarzem postępowania, co wiąże się m.in. z obowiązkiem przygotowania przez niego istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści umowy o zamówienie publiczne, ogólnych warunków umowy, albo wzoru umowy. Status zamawiającego wzmacnia również fakt, że wydatkuje on środki publiczne (podlega dyscyplinie finansów publicznych) oraz działa w interesie publicznym. Na zamawiającym spoczywa obowiązek zaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający ponosi w związku ze swoją działalnością większe ryzyko niż zwykły przedsiębiorca, gdyż w przypadku nieosiągnięcia celu zamówienia potrzeby zbiorowe mogą pozostać niezaspokojone (tak np. wyrok KIO o sygn. akt KIO 69/14, KIO 2665/13, KIO/UZP 1189/10).

Uprzywilejowana pozycja zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowy o udzielenie zamówienia publicznego są często przyrównywane do umów adhezyjnych. Przewaga zamawiającego wynika jednak nie z przewagi ekonomicznej, jak ma to miejsce w przypadku standardowych umów adhezyjnych, ale z podwyższonego ryzyka zamawiającego związanego z koniecznością osiągnięcia celu publicznego (np. wyrok o sygn. akt KIO/UZP 694/09).

Odwołujący podnosi jednak, że wprowadzony w §10 ust. 5 wzoru umowy zapis i jego ewentualne skutki dla przyszłego wykonawcy wykraczają poza uprzywilejowaną pozycję Zamawiającego. W ocenie odwołującego przedmiotowy zapis jest nieprecyzyjny, wprowadza rażącą nierówność stron w konsekwencji czego, klauzula tego rodzaju powinna zostać uznana za niedopuszczalną.

Wskazując na nieprecyzyjność postanowienia umownego należy odwołać się do treści art. 77 § 2 Kodeksu Cywilnego, w związku z art. 14 i 139 ustawy, który stanowi:

„Jeżeli umowa została zawarta w formie pisemnej, jej rozwiązanie za zgodą obu stron, jak również odstąpienie od niej albo jej wypowiedzenie powinno być stwierdzone pismem.”

W języku potocznym pojęcia rozwiązania, wypowiedzenia czy odstąpienia od umowy często funkcjonują zamiennie. Jednak ich znaczenie i skutki prawne są różne. Rozwiązanie umowy może się odbyć w wyniku porozumienia stron umowy, w którym strony określają tryb oraz konsekwencje rozwiązania umowy. Natomiast odstąpienie i wypowiedzenie umowy są oświadczeniami tylko jednej ze stron stosunku prawnego. Tymczasem Zamawiający przyznał wyłącznie sobie uprawnienie do rozwiązania umowy poprzez przesłanie jednostronnego oświadczenia woli listem poleconym na adres Wykonawcy. Zamawiający nie określił także okoliczności, których wystąpienie może być przesłanką do rozwiązania umowy, wskazując chociażby na ważny powód, czy też nienależyte wykonywanie umowy przez wykonawcę. Obowiązkiem zamawiającego jest dokładne określenie elementów umowy, które wpływają na szacowanie przez wykonawcę ryzyka związanego z jej wykonaniem. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (wyrok KIO o sygn. akt KIO 2949/13).

Zdaniem odwołującego omawiany zapis umowny powoduje brak równości stron postępowania, a prawo do rozwiązania umowy w każdym czasie w wyniku jednostronnego oświadczenia woli, bez wskazania przyczyn, należy uznać za bezpodstawny. Przy realizacji zamówień publicznych uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy zawiera art. 145 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Odstąpieniem od umowy na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy jest skuteczne w chwili złożenia jednostronnego oświadczenia.

Jest to przepis szczególny w stosunku do regulacji Kodeksu Cywilnego dotyczącego możliwości odstąpienia przez zamawiającego od umowy. Wobec braku ogólnej regulacji należy na podstawie przepisu art. 139 ustawy stosować do umowy w sprawie zamówienia publicznego przepisy Kodeksu Cywilnego. Kodeks Cywilny przewiduje możliwość wypowiedzenia umów bezterminowych o charakterze ciągłym. Jednak przepis ten nie znajdzie zastosowania do umów w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ umowy takie, zgodnie z art. 142 ustawy zawiera się na czas oznaczony. W związku z tym wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy też odstąpienie od niej będzie możliwe tylko wtedy, jeżeli strony przewidziały taką możliwość w samej umowie, określiły jej warunki i jeśli zaszły okoliczności uzasadniające wypowiedzenie lub odstąpienie. Uprawnienie do jednostronnego rozwiązania umowy bez zaistnienia określonych przesłanek jest negowane zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie, w szczególności przez

Krajową Izbę Odwoławczą: „W ocenie Izby, uzasadniony jest zarzut naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie § 28 ust. 1 lit. m wzoru umowy. Zgodnie z treścią tego punktu, podstawą do natychmiastowego rozwiązania umowy mogą być także inne niż zapisane w umowie okoliczności, które wystąpiły z winy wykonawcy. W ocenie Izby uzasadnione jest żądanie wykreślenia tego postanowienia. Postanowienie to wprowadza możliwość rozwiązania umowy w przypadku zaistnienia nieokreślonej sytuacji. Zamawiający pozostawił sobie możliwość rozwiązania umowy w każdej sytuacji wystąpienia zawinionego działania wykonawcy. Takie sformułowanie warunku rozwiązania umowy powoduje, że wykonawca nie tylko nie ma świadomości w jakiej sytuacji Zamawiający może rozwiązać umowę, ale też powoduje, że przyczyną rozwiązania mogą być okoliczności błahe, nie mające znaczenia dla oceny wykonania całej umowy przez wykonawcę. Zamawiający nie określił przesłanek, po wystąpieniu których uprawniony jest do rozwiązania umowy, co powoduje, że naruszona zostaje zasada równości stron umowy oraz zasada uczciwej konkurencji” (tak wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014r. o sygn. 13/14).

W uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00 (OSNC 2004, nr 7–8, poz. 112) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego badać należy w płaszczyźnie przesłanek wskazanych w przepisach kodeksu cywilnego, z wyjątkiem przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego, o którym mowa w art. 77 ustawy o zamówieniach publicznych. Ponieważ art. 145 ust. 1 p.z.p. wyraża normę prawną identycznej treści, jak uchylony art. 77 ustawy o zamówieniach publicznych, pogląd Sądu Najwyższego zachowuje aktualność również w obowiązującym stanie prawnym. Zapis we wzorze umowy statuuje w sposób oczywisty nierówność stron w świetle art. 353¹ Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy. Zapis ten także nie odpowiada przesłankom wskazanym w przepisach Kodeksu Cywilnego regulującym odstąpienie od umowy o świadczenie usług, dlatego też odwołujący wnosi o jego wykreślenie.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niespełnienie przesłanek materialnoprawnych w zakresie podnoszonych zarzutów [art. 179 ust 1 ustawy].

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. W zakresie przesłanek materialnoprawnych [art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych]

Ustalono, że Odwołujący – wbrew odmiennym wnioskom stawianym w odpowiedzi na odwołanie – posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia na etapie przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu. W zakresie odwołania, w którym odwołujący kwestionuje niezadowolającego go brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na występujące w jego ocenie niedoskonałości tego dokumentu, w tym braki precyzji i niedopowiedzenia, nie sposób odmawiać wykonawcy przesłanek materialnoprawnych w zakresie złożenia odwołania, bez uprzedniego, merytorycznego rozstrzygnięcia o zasadności stawianych zarzutów. Akcentowane braki w opisie przedmiotu zamówienia – nie przesądzając, czy znalazły one potwierdzenie w rozpatrywanym stanie faktycznym – mogą bowiem determinować decyzję wykonawcy o przystąpieniu lub nie do postępowania. By ten proces decyzyjny mógł być z odpowiednim rozeznaniem podjęty, wykonawca musi posiadać odpowiednią wiedzę o zakresie przedmiotu zamówienia i okolicznościach dotyczących jego wykonania. Kwestia, czy zakres informacji przekazany wykonawcom w oparciu o opracowane na użytek danego postępowania dokumenty [SIWZ, ogłoszenie] będzie wystarczający dla przygotowania oferty, nie może być pozostawiona bez oceny i wyłączona z możliwości weryfikacji w ramach środków ochrony prawnej pod pozorem tezy, że nawet wątpliwy co do swej klarowności opis przedmiotu zamówienia nie uniemożliwia wykonawcy złożenia oferty, a co najwyżej czyni trudniejszym jej złożenie, wymagając wyceny odgadywanych, choć nie opisanych wyraźnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ryzyk. Podzielono w tej mierze stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 grudnia 2011 r. w spr. V Ca 1973/11 zgodnie z którym *„przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują*

wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna.”

II. W zakresie zarzutów wskazujących na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, wskutek niewskazania przez Zamawiającego tytułu prawnego do korzystania z usług Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Sosnowcu [łączącej Zamawiającego z tym podmiotem umowy albo podjętego porozumienia międzygminnego] a także niewskazania regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, które miałyby odbierać odpady w razie awarii instalacji wskazanej przez Zamawiającego.

[1] Poddając ocenie postawione w tej mierze zarzuty, fundamentalną kwestią jest, że kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzone zostało z inicjatywy Odwołującego, to jest w następstwie złożenia przez niego odwołania datowanego na 18 września 2015 r. oraz uwzględnienia tego odwołania przez Zamawiającego. Zamawiający uwzględniając odwołanie i wykonując jedno z postawionych jako alternatywne żądań, w pełni uczynił zadość oczekiwaniom stawianym w odwołaniu. Kwestionowane aktualnie postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiada więc dokładnie na zastrzeżenia kierowane przez Odwołującego we wcześniejszym postępowaniu i w pełni wpisuje się w treść postawionych w nim żądań. Podkreślenia wymaga, że kwestionowane brzmienie dokładnie powiela stawiane uprzednio żądanie. To żądanie przewidywało wskazanie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także we wzorze umowy regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych z II regionu gospodarki odpadami województwa śląskiego, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady zmieszane i zielone, oraz wskazanie instalacji lub innych miejsc przetwarzania odpadów, do których wykonawca jest zobowiązany dostarczać odebrane odpady selektywnie zbierane z frakcji: papier i tektura, tworzywa sztuczne, odpady wielomateriałowe, metal, szkło, odpady komunalne ulegające biodegradacji [bioodpady], odpady komunalne wielkogabarytowe – tj. m.in.: stare meble, wózki dziecięce, deski, materace itp., przeterminowane leki, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory, inne odpady niebezpieczne [tj. zużyte oleje silnikowe, samochodowe filtry olejowe, termometry rtęciowe itp.]/ opony, tonery i kartridże, odpady z cementarzy, odpady remontowe i budowlane, papa. Dokładnie takie postanowienie Zamawiający wprowadził, wskazując instalacje właściwe do odbioru odpadów, trudno więc zgodzić się z podejściem

polegającym na kwestionowaniu brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dokładnie odpowiada wcześniejszemu żądaniu w tej mierze. Jeśli Odwołujący nie żądał w poprzednim postępowaniu takiego lub innego dookreślenia w zakresie regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, którego wskazania się domaga teraz, to nie sposób zgodzić się, że wprowadzenie odpowiednich postanowień, dokładnie wpisujących się w stawiane żądania jest aktualne dopuszczalne.

Oznacza to zatem tyle, że stawiane w tej mierze zarzuty dotyczą czynności wykonanej zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania. W myśl art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

[2] Odwołanie, zawierające zarzuty, które samodzielnie postawione wywoływałyby skutek w postaci odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie podlega „częściowemu odrzuceniu”, w tym zakresie, w jakim co do poszczególnych zarzutów zachodzą podstawy wymienione w tym przepisie, ale te zarzuty nie podlegają rozpatrzeniu.

Ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział regulacje, w których Krajowa Izba Odwoławcza obowiązana jest zakończyć postępowanie odwoławcze bez jego merytorycznego rozpatrzenia, wydając odpowiednie postanowienie [o odrzuceniu odwołania, umorzeniu postępowania odwoławczego] tylko wtedy, gdy zachodzi całkowity brak potrzeby wydania rozstrzygnięcia merytorycznego. Całokształt regulacji zawartych w ustawie wskazuje, że jeśli w danym postępowaniu odwoławczym postawiono zarzuty podlegające rozpatrzeniu, a także takie, co do których zachodzi niemożność orzekania [przykładowo, zachodzą wobec nich stany, co do których odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy] albo które stały się w toku postępowania bezprzedmiotowe [zarzuty wycofane a także zarzuty uwzględnione przez zamawiającego], Izba obowiązana jest wydać orzeczenie merytoryczne w takim zakresie, jaki jest dopuszczalny i sporny między stronami.

Regulacja ta przewiduje zatem obowiązek odrzucenia odwołania, jeśli wszystkie postawione zarzuty objęte są dyspozycją art. 189 ust. 2 ustawy, bowiem w takim wypadku orzeczenie merytoryczne jest niedopuszczalne.

Konsekwentnie, jeśli wszystkie zarzuty okazały się bezsporne, bowiem zamawiający je wszystkie uwzględnił [albo uwzględnił część zarzutów, pozostałe zaś, te które nie zostały uwzględnione odwołujący wycofał], Izba umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy. Zgodnie z tymi przepisami, zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego.

Podobnie jest z wycofaniem odwołania – w myśl art. 187 ust. 8 ustawy, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W razie wycofania jednak jedynie części zarzutów, rozpoznaniu podlegają te zarzuty, które były podtrzymywane.

W każdej z opisanych sytuacji ustawodawca nie przewidział wydania postanowienia o częściowym odrzuceniu odwołania w tej części, w jakiej jest ono niedopuszczalne [co dotyczy sytuacji, gdy część zarzutów samodzielnie rozpatrywanych objęte jest podstawami odrzucenia odwołania – art. 189 ust. 2 ustawy] albo o umorzeniu postępowania odwoławczego w części, w której jest ono bezprzedmiotowe [zarzuty wycofane, a także uwzględnione przez zamawiającego, przy pełnej zgodzie wszystkich zainteresowanych: odwołującego a także przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego]. Brak w ustawie podstawy do częściowego odrzucenia odwołania lub częściowego umorzenia postępowania odwoławczego nie oznacza jednak, że jeśli takie zarzuty zostały połączone z innymi, które mogą i powinny podlegać ocenie, odwołanie winno podlegać rozpatrzeniu w całości. W takim wypadku ustawodawca uznał za wystarczające prowadzenie postępowania i rozstrzygnięcie merytoryczne w zakresie dopuszczalnym, zaś zarzuty niedopuszczalne lub bezsporne pozostawiane są bez rozpatrzenia [choć celowe może być, choćby z uwagi na potrzebę zapewnienia klarowności postępowania i zakomunikowania losów nierozpoznawanych zarzutów, wskazanie w uzasadnieniu orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, które zarzuty i z jakiego powodu zostały w ten sposób zakwalifikowane].

Stanowisko powyższe jest aprobowane w orzecznictwie. Przykładowo, w odniesieniu do zarzutów niepodlegających rozpoznaniu z uwagi na wystąpienie podstaw do odrzucenia odwołania, w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. w spr. I Ca 131/15, niepubl. zostało zaakcentowane: „[...] zarzut ten – jako spóźniony nie powinien być przez Izbę uwzględniony, gdyż wobec upływu zawitego terminu do jego wniesienia uprawnienie w tym względzie wygasło. Gdyby zarzut ten stanowił samodzielną podstawę

odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 P.z.p., odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwołania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiednio stosowanego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. pozostawiony bez rozpoznania. W tym zakresie Sąd podziela stanowisko KIO wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. KIO 61/14, iż przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do wykładni contra legem przepisu art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 1–3 i art. 189 ust. 3 P.z.p., bowiem pozwalałoby w istocie na obejście prawa.”.

Natomiast w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, co do których nie ma sporu między stronami [przykładowo, ewentualnie występujący w postępowaniu przystępujący po stronie zamawiającego nie złożył sprzeciwu] pogląd o bezprzedmiotowości orzekania w tej mierze wyrażany jest w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyroku KIO z 23 grudnia 2013 r. w spr. KIO 2745/15, z dnia 18 marca 2011 r. w sprawie o sygn. KIO 459/11, z dnia 13 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 707/11, z dnia 22 listopada 2012 r. w spr. KIO 2438/12, z dnia 24 marca 2014 r. w spr. KIO 398/14, z dnia 28 października 2011 r. w spr. KIO 2222/11 i KIO 2223/11, z dnia 14 lutego 2014 r. w spr. KIO 163/14.

W konsekwencji, kierując się powyższymi wytycznymi uznano, że zarzuty wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ukształtowanych w następstwie uwzględnienia przez Zamawiającego wcześniejszego odwołania złożonego przez Odwołującego nie podlegają rozpatrzeniu, w związku z brzmieniem art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ten sam skutek procesowy wywołuje fakt dokonania przez Zamawiającego zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części odnoszącej się do brzmienia § 10 ust. 5 wzoru umowy. Zamawiający dokonując w tej mierze zmiany wzoru umowy uczynił zadość postawionemu zarzutowi, a także postulatowi doprowadzenia do realizacji zasady równości stron w przyszłym stosunku umownym, który ma być ukształtowany między stronami umowy o zamówienie publiczne. Fakt dokonania zmiany polegającej nie tylko na wykreśleniu kwestionowanego postanowienia, ale także wprowadzeniu następnego realizującego cel, do którego osiągnięcia dążył Odwołujący nie stanowi przeszkody do uznania, że w tej mierze nie istnieje już przedmiot sporu między stronami, a samo nowowprowadzone postanowienie, jeśli narusza interesy wykonawców może być przedmiotem kolejnego odwołania. Podzielono w tej mierze wytyczne stawiane w orzecznictwie, przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 grudnia

2013 r. w spr. V Ca 3065/13, zgodnie z którymi: „Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 7 maja 2013 r., KIO 898/13, że zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem, w wyniku której musiałby dokonywać zmiany SIWZ. Takiego wymogu nie stawia ani przepis art. 38 Pzp ani inne przepisy tej ustawy. Zmiana SIWZ zatem może nastąpić w każdym czasie. Jedynym ograniczeniem jest termin składania ofert. Konieczność zmian SIWZ może wpływać zarówno z otrzymywanych od wykonawców pytań zmierzających do wyjaśnienia jej treści, z uwzględnienia odwołania jak też z inicjatywy samego zamawiającego czy to na skutek pytań wykonawców co do treści SIWZ czy też na skutek dokonania przez zamawiającego zmiany oceny swoich potrzeb.”

[3] Podkreślenia następnie wymaga, że także kierunek rozpatrywanego odwołania zmierza do uzyskania tego samego rezultatu co w poprzednim złożonym odwołaniu – uzyskania przez wykonawcę stanu pewności, gdzie ma przekazywać odpady. Tę pewność wykonawca uzyskał jednak w następstwie wprowadzenia postanowień w kształcie aktualnie kwestionowanym. Zamawiający wskazał w nim bowiem konkretną regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych. Fakt ten oznacza, że Zamawiający podając w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretną jednostkę, bierze na siebie odpowiedzialność za to, że wykonywanie umowy, świadczenie przez wykonawcę usługi będzie możliwe, zaś instalacja odpady przyjmie bez zastrzeżeń i nie pozostawi wykonawcy z zebranymi odpadami u swoich bram, jak obrazowo starał się takie ryzyko przedstawić Odwołujący,

Nie sposób w tym miejscu tracić z pola widzenia, czym jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Przypomnienia wymaga, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma charakter zobowiązania, w którym zamawiający z pełną odpowiedzialnością przyjmuje na siebie zapewnienie wykonywania zadania objętego postępowaniem, w tym gwarantuje, że elementy infrastruktury, również te do niego nie należące [pozostające w gestii innych podmiotów] będą dostępne do realizacji zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi element przyszłego stosunku łączącego wykonawcę z Zamawiającym, a tym samym ma charakter pełnoprawnego zobowiązania się do zapewnienia do realizacji zamówienia tych elementów, które ze strony Zamawiającego zostały wskazane. W tym zakresie nie sposób więc odbierać specyfikacji istotnych warunków zamówienia waloru wiążącej deklaracji zagwarantowania przez Zamawiającego dostępności i przyjęcia dostarczonych przez wykonawcę świadczącego usługę odbioru odpadów przez wskazaną regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych. Taki charakter specyfikacji istotnych warunków zamówienia podkreślany jest w orzecznictwie jak

i w doktrynie. Jak podkreślono w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 13 maja 2010 r. w spr. X Ga 71/10, „[...] *Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia [dalej SIWZ], oraz sporządzone w oparciu o nią ogłoszenie o zamówieniu stanowią, oświadczenie woli Zamawiającego [jednostronne czynności prawne] [...]*”.

Z tej perspektywy, specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz sporne w niej postanowienie dotyczące wskazania konkretnej regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych postrzegać trzeba jako zobowiązanie się Zamawiającego do gotowości wskazanej przez niego jednostki do przyjęcia odpadów. Tego rodzaju zobowiązanie wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zamówienie publiczne nie wymaga zaprezentowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i składających się na nią dokumentów relacji prawnej łączącej Zamawiającego z podmiotem prowadzącym regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych. Istotne jest bowiem, by Zamawiający zapewnił, że podmiot prowadzący regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych będzie przyjmował odpady. Nie jest zaś rzeczą wykonawcy stanie na straży stosunków prawnych, jakie łączą czy będą łączyć Zamawiającego z podmiotami trzecimi, jeśli tylko faktyczna realizacja zamówienia będzie zapewniona.

W tym kontekście, rozważania i argumentacja podniesione w odwołaniu to jedynie obawy co do przyszłości, które jednak – wobec przyjęcia na siebie przez Zamawiającego odpowiedzialności za dostępność wskazanej regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, czego wyrazem jest ujęcie jej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – stanowią przejaw pesymistycznej i nieuzasadnionej żadnymi okolicznościami oceny. Obawy te są o tyle jednak nieuzasadnione, że w odniesieniu do wykonywania umowy zawartej w następstwie postępowania o zamówienie publiczne nie są wyłączone ogólne reguły prawa cywilnego. Zamawiający, który wymaga w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odbioru odpadów, wskazując jako miejsce ich zagospodarowania konkretną regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych bierze odpowiedzialność, że ta instalacja odpady przyjmie. Nie jest do tego niezbędne – czego domagał się Odwołujący – wskazanie, a tym bardziej załączenie do dokumentacji postępowania umowy łączącej Zamawiającego z tą instalacją albo odpowiedniego porozumienia międzygminnego, na podstawie którego usługa ma być świadczona. Nieuzasadnione są także obawy Odwołującego co do bezpodstawnych roszczeń Zamawiającego, w razie odmowy przyjęcia przez wskazaną instalację odpadów czy też pozostające w związku z nimi postulaty wprowadzenia postanowień przewidujących wyłączenie obowiązku naliczenia kar umownych. Sytuacje te regulują bowiem wprost przepisy prawa cywilnego, przewidując odpowiedzialność dłużnika za te działania, które są w jego gestii.

[4] Niezależnie od powyższego, warto dostrzec, że w analizowanej sprawie Zamawiający zneutralizował także obawy Odwołującego co do tego, że wskazana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych w Sosnowcu, w związku z brakiem aktualnie podpisanej umowy lub porozumienia międzygminnego miałyby odmówić przyjęcia odpadów, przedstawiając deklarację podmiotu prowadzącego tę instalację, że przyjmie odpady na określonych warunkach finansowych. Bez znaczenia jest przy tym jak zamawiający ureguluje swoje relacje prawne w związku ze świadczeniem tej usługi, to bowiem jest poza zakresem tego postępowania.

III. W zakresie postawionego w odwołaniu postulatu ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie obejmować nie tylko odbiór odpadów, ale również ich zagospodarowanie

[1] Odwołujący w tej mierze postawił – jako alternatywne – w razie braku odpowiedniej podstawy prawnej do powierzenia zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych instalacji w Sosnowcu, żądanie zmodyfikowania przedmiotu zamówienia jako *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice”* i zobowiązanie wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji regionalnych do mechaniczno–biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, do których wykonawca odbierający zmieszane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie je przekazywał.

[2] Biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego, podkreślenia po pierwsze wymaga, że te postulaty które zmierzają do rozszerzenia przedmiotu zamówienia także na zagospodarowanie odpadów są – po pierwsze spóźnione, stawiane były już w poprzednio złożonym odwołaniu. W dniu 18 września 2015 r. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył odwołanie wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zarzucał naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy [naruszenie zasady opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący] w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 oraz art. 6f ust. 1a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [Dz.U.2013.1399 j.t. ze zm. zwanej dalej u.c.p.g.] poprzez błędne określenie przedmiotu zamówienia jako wyłącznie „odbioru odpadów” zamiast „odbioru i zagospodarowania odpadów ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice. Odwołujący także w tym postępowaniu stawia powyższy postulat, zarzucając tym razem jednak upatrując jego zasadności w fakcie niewskazania przez Zamawiającego umowy lub

porozumienia międzygminnego łączących Zamawiającego z podaną regionalną instalacją przetwarzania odpadów w Sosnowcu przy ul. Grenadierów 1 a także instalacji zastępczych w razie awarii tej instalacji.

Jeśli zatem Odwołujący, w poprzednio złożonym odwołaniu upatrywał zasadności postulatu rozszerzenia zakresu zamówienia dodatkowo na zagospodarowanie odpadów w fakcie niewskazania przez Zamawiającego jakiegokolwiek regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych i tylko w powiązaniu z brakiem wskazania takiej instalacji, to tym bardziej taki zarzut nie może być brany pod uwagę w sytuacji, gdy Zamawiający uwzględnił wcześniejsze odwołanie, wskazał jedną z funkcjonujących na lokalnym rynku instalacji [tę w Sosnowcu przy ul. Grenadierów 1], a zatem w pełnym zakresie uczynił zadość stawianemu żądaniu. W tych okolicznościach zarzut ten musi być rozpatrywany jako spóźniony [art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy].

[3] W tym kontekście, powyższe działanie Odwołującego musi również być postrzegane jako działanie zmierzające do zakwestionowania postanowień wprowadzonych przez Zamawiającego w następstwie uwzględnienia wcześniejszego odwołania złożonego przez Odwołującego. Nie sposób bowiem pomijać, że kierunek żądanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stawiane w rozpatrywanym odwołaniu żądania, osadzone są w czynności ukształtowania tych postanowień w następstwie wcześniejszego odwołania i w sposób dokładnie odpowiadający wcześniejszym żądaniom Odwołującego.

Odwołujący w odwołaniu z 18 września 2015 r. stawiał zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy [naruszenie zasady opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący] w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 oraz art. 6f ust. 1a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [Dz.U.2013.1399 j.t. ze zm. zwanej dalej u.c.p.g.] poprzez:

- e) błędne określenie przedmiotu zamówienia jako wyłącznie „odbioru odpadów” zamiast „odbioru i zagospodarowania odpadów ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice,
- f) ewentualnie, jeżeli powyższy zarzut nie zostanie uwzględniony; niewskazanie, w przetargu na odbiór odpadów, regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady zmieszane i zielone oraz instalacji lub innych miejsc przetwarzania odpadów, do których wykonawca ma obowiązek przekazywać pozostałe odpady objęte usługą,

stawiając w związku z tak zakreślonym zarzutem żądania:

- a) doprecyzowania przedmiotu zamówienia jako „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach administracyjnych Gminy Świętochłowice” i zobowiązanie Wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji regionalnych do przetwarzania odpadów komunalnych, do których Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie je przekazywać,
- b) ewentualnie, w razie nieuwzględnienia w.w. zarzutu, wskazania w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych z II regionu gospodarki odpadami województwa śląskiego, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady zmieszane i zielone, oraz wskazanie instalacji lub innych miejsc przetwarzania odpadów, do których wykonawca jest zobowiązany dostarczać odebrane odpady selektywnie zbierane z frakcji: papier i tektura, tworzywa sztuczne, odpady wielomateriałowe, metal, szkło, odpady komunalne ulegające biodegradacji [bioodpady], odpady komunalne wielkogabarytowe – tj. m.in.: stare meble, wózki dziecięce, deski, materace itp., przeterminowane leki, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory, inne odpady niebezpieczne [tj. zużyte oleje silnikowe, samochodowe filtry olejowe, termometry rtęciowe itp.], opony, tonery i kartridże, odpady z cmentarzy, odpady poremontowe i budowlane, papa;
- c) wskazania w treści wzoru umowy [załącznik nr 10 do SIWZ] instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych z II regionu gospodarki odpadami województwa śląskiego, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady zmieszane i zielone, oraz wskazanie instalacji lub innych miejsc przetwarzania odpadów, do których wykonawca jest zobowiązany dostarczać odebrane odpady selektywnie zbierane z frakcji: papier i tektura, tworzywa sztuczne, odpady wielomateriałowe, metal, szkło, odpady komunalne ulegające biodegradacji [bioodpady], odpady komunalne wielkogabarytowe – tj. m.in.: stare meble, wózki dziecięce, deski, materace itp., przeterminowane leki, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory, inne odpady niebezpieczne [tj. zużyte oleje silnikowe, samochodowe filtry olejowe, termometry rtęciowe itp.], opony, tonery i kartridże, odpady z cmentarzy, odpady poremontowe i budowlane, papa.

Zamawiający w następstwie uwzględnienia tak opisanego zarzutu i odpowiadającego mu żądania uczynił ni mniej ni więcej, tylko dokładnie to, czego domagał się Odwołujący, to jest określił właściwą regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych.

W konsekwencji, zasadnym jest wniosek, że wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień odzwierciedlających żądany ich kształt w odwołaniu złożonym przez Odwołującego stwarza stan, w którym czynność zmodyfikowania tego dokumentu, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest czynnością zgodną z żądaniem zawartym w uprzednio złożonym odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

[4] Niezależnie od powyższego, stawiane w powyższym zakresie postulaty są też niezasadne. Podkreślenia wymaga, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania i on określa zakres [przedmiot] zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami i wizją realizacji celów publicznych. To w wyłącznej gestii Zamawiającego leży zatem ocena, co do tego, jaki zakres zamówienia realizuje jego cele i w jaki sposób ukształtuje przedmiot zamówienia. Nie jest rzeczą wykonawców narzucanie zamawiającemu dodatkowych elementów, jakie – w ich ocenie – należy objąć przedmiotem zamówienia. Podzielono w tej mierze argumentację zawartą w wyroku KIO z 13 maja 2013 r. w spr. KIO 989/13.

IV. W zakresie zarzutu zmierzającego do wykreślenia § 10 ust. 5 wzoru umowy

[1] Zamawiający, po analizie odwołania dokonał modyfikacji tego postanowienia, wprowadzając reguły umożliwiające odstępianie od umowy także wykonawcy. Od tak zmodyfikowanego postanowienia, jeśli w ocenie zainteresowanych brzmieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawców, narusza ono zasady i przepisy ustawy przysługuje odwołanie.

Natomiast sam fakt podzielenia przez Zamawiającego zastrzeżeń wobec brzmienia postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nawet jeśli dokonana zmiana nie polegała wyłącznie na wykreśleniu § 10 ust. 5 wzoru umowy ale także na dopełnieniu regulacji nowym postanowieniem nie skutkuje uwzględnieniem odwołania a tej mierze. Za powyższą oceną przemawiają następujące argumenty.

[2] Po pierwsze, jak wskazano to w pkt II.[2] uzasadnienia, jakkolwiek ustawodawca nie przewidział w razie częściowego jedynie podzielenia zarzutów odwołania umorzenia w odpowiednim zakresie postępowania odwoławczego, to w sytuacji, gdy zamawiający podzieli stanowisko prezentowane w danym zakresie w odwołaniu – postępowanie w tej

mierze staje się bezprzedmiotowe, zaś w sferze formalnej, to jest wydanego w tej mierze rozstrzygnięcia nie znajduje ono odzwierciedlenia w postaci niekorzystnego dla zamawiającego rozstrzygnięcia [uwzględnienia odwołania]. Podobnie w sferze kosztów, jeśli uwzględnienie części zarzutów miało miejsce przy przed zamknięciem posiedzenia, w odniesieniu do tych zarzutów wywołuje ono skutek w postaci braku podstaw do obciążenia zamawiającego kosztami.

Nie sposób w tej mierze traktować odwołaniu jako swego rodzaju agregatu zarzutów, które muszą być postrzegane łącznie i nierozdzielnie. Uzasadniony jest raczej wniosek przeciwny, a mianowicie ten, że w odniesieniu do odwołania wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli nie dotyczy ono tylko jednego postanowienia [jednej zawartej w nim regulacji], mamy do czynienia z odwołaniem kumulującym zastrzeżenia wobec wielu postanowień, co w aspekcie formalnym traktować trzeba jak samodzielne, odrębnie traktowane zastrzeżenia. Jak wynika bowiem z treści art. 180 ust. 1 ustawy, odwołanie 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. W zakresie postanowienia wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czynnością lub zaniechaniem, od którego przysługuje odwołanie jest odpowiednie, kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie cały ten dokument postrzegany łącznie. Podobnie, przepis art. 182 ust. 2 ustawy mówi o postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to tyle, że każde z postanowień mogłoby być przedmiotem odrębnego odwołania i odrębnie być oceniane. Tym bardziej zatem uzasadnione jest traktowanie w sposób autonomiczny zarzutów, które podlegają uwzględnieniu przez zamawiającego, jak i ocenie w ramach środka ochrony prawnej. Jeśli zatem zamawiający uwzględnił część zarzutów, tę która w jego ocenie zasługiwała na akceptację, nie widząc zarazem możliwości podzielenia tych z nich, które były bezpodstawne, przy czym w całości taka czynność wpisana się w ocenę zarzutów dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą [innymi słowy, Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała za zasadne tych zarzutów, których uznania nie widział możliwości także zamawiający] trudno nakładać na niego negatywne konsekwencje związane z brakiem w ustawie możliwości umorzenia postępowania odwoławczego w części.

[3] Ponadto, przyjęcie innej konstrukcji skłaniałoby wykonawców, którzy dopatryli się oczywistych nieprawidłowości, które uszły uwadze zamawiającego, do stawiania nie tylko tych, ewidentnie zasadnych zarzutów, ale podpinania do nich zarzutów bezpodstawnych i w żaden sposób nieakceptowalnych, których racjonalnie działający zamawiający nie

podzieliłby, po to tylko, by postawić zamawiającego w pozycji swego rodzaju szantażu, zmierzającego do spowodowania uwzględnienia wszystkich zarzutów, także tych oczywiście bezpodstawnych, albo konieczności przegranej w zakresie tych zarzutów, które były oczywiście zasadne i zamawiający je podzielał, lecz nie mógł uwzględnić odwołania w całości, bowiem musiałby zgodzić się także z zarzutami nietrafnymi.

[4] Warto także w tym miejscu przypomnieć, jaka intencja przyświecała ustawodawcy w zakresie rezygnacji protestu na rzecz odwołań z jednocześnie wprowadzoną możliwością uwzględnienia odwołania. Ustawodawca przemodelował stan prawny przewidujący protest podlegający rozpatrzeniu przez zamawiającego [na tym etapie była to ścieżka ochrony praw wykonawcy bezpłatna], a dopiero w razie nieuwzględnienia protestu przysługiwało, podobnie jak aktualnie, odwołanie. Ustawodawca rezygnując z protestu na rzecz odwołania akcentował w uzasadnieniu w projekcie ustawy, przyznano zamawiającemu prawo uwzględnienia w całości zarzutów w odwołaniu już po skierowaniu sprawy do Izby, przy czym uwzględnienie na wstępnym etapie sprawy, tj. do otwarcia posiedzenia Izby, spowoduje umorzenie postępowania oraz nieorzeczenie o kosztach postępowania. Intencją ustawodawcy było zatem, by uwzględnienie odwołania realizowało cele, jakie wcześniej zapewniał protest, to jest załatwienie sprawy bez udziału Izby, a zarazem bez konieczności ponoszenia związanych z tym negatywnych konsekwencji w postaci przegrania kosztów postępowania. Powyższa regulacja konstrukcyjnie nawiązuje zatem do uznania powództwa w postępowaniu cywilnym przy pierwszej czynności, a zatem i w sytuacji postępowania odwoławczego zamawiający, który nie dał powodu do prowadzenia postępowania odwoławczego, przy pierwszej czynności dokonał racjonalnej i rzeczowej analizy kierowanych wobec niego zarzutów, uznając te zarzuty dla których uwzględnienia znajdował podstawy, nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji niedostatecznie klarownej regulacji.

[5] Niezależnie od powyższego, kolejnym argumentem stojącym na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania w zakresie tego zarzutu, mimo jego podzielenia przez Zamawiającego, jest brzmienie art. 191 ust. 2 ustawy. W związku z tym, że po złożeniu odwołania Zamawiający dokonał modyfikacji kwestionowanego postanowienia, na moment orzekania sporna jego treść została zatem wyeliminowana. Oznacza to tyle, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim samo postanowienie utraciło swój byt. Zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W analizowanej sprawie, na moment wydania orzeczenia, kwestionowane w odwołaniu czynności – sporne postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie istnieje – zostało przez Zamawiającego zmienione.

V. W zakresie zarzutu zmierzającego do wprowadzenia do SIWZ oraz wzoru umowy odpowiednio zapisów określających warunki na jakich nastąpi zmiana umowy o zamówienie publiczne, w szczególności zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany miejsca zagospodarowania odpadów zmieszanych na skutek awarii wskazanej instalacji lub jeżeli nie będzie mogła przyjmować odpadów z innych przyczyn.

Odwołujący nie podtrzymał powyższego zarzutu, zatem orzekanie w jego przedmiocie stało się bezprzedmiotowe.

Reasumując, nie znalazły potwierdzenia postawione w odwołaniu zarzuty.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *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].

Skład orzekający: