Sygn. akt: KIO 2939/21

WYROK

z dnia 2 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Anna Chudzik

Członkowie:

Przemysław Dzierzędzki

Anna Wojciechowska

Protokolant:

Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2021 r. przez wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nysa,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części % i Gminę Nysa w części % i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr

(słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Gmina Nysa - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Nysa i zagospodarowanie tych odpadów. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 września 2021 r. pod nr 2021/S 184-479120.

W dniu 4 października 2021 r. wykonawca PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we

Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 353^1 Kodeksu cywilnego, poprzez połączenie w jednym postępowaniu usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z usługą utworzenia i prowadzenia dwóch PSZOK, przy jednoczesnym postawieniu wymogu, że pierwszy PSZOK musi zostać uruchomiony już w ciągu 90 dni, a drugi już w ciągu 180 dni, w obu przypadkach liczonych od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym brak uruchomienia któregokolwiek z PSZOK w zastrzeżonym terminie obwarowany jest możliwością odstąpienia przez zamawiającego od umowy (i naliczenia za to kary umownej), co w lokalnych realiach oznacza, że w rzeczywistości krąg potencjalnych wykonawców ograniczony zostanie do aktualnego wykonawcy usługi, czyli spółki komunalnej ze 100% udziałem gminy Nysa;

2) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez określenie klauzuli waloryzacyjnej opartej o czynniki niezwiązane ze wzrostem cen materiałów i kosztów faktycznie dotyczących usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, nieodzwierciedlającej

rzeczywistej zmiany kosztów i nieuwzględniającej zasad waloryzacji odpowiadającym faktycznym zmianom na rynku, gdyż zamawiający dopuszcza zmianę wynagrodzenia jedynie w przypadku zmiany inflacji (dla towarów i usług konsumpcyjnych w ogólności)

i to jedynie, gdy wskaźnik ten będzie wyższy o 3% (chodzi tu o punkty) w stosunku do

poprzedniego średniorocznego wskaźnika inflacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania podziału zamówienia na dwie części, tj. jedną obejmującą odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz drugą obejmującą utworzenie i prowadzenie PSZOK oraz umożliwienie wykonawcom złożenie ofert częściowych,

- dokonanie zmiany tzw. klauzuli waloryzacyjnej w taki sposób, aby odnosiła się ona do poziomu faktycznych czynników kosztotwórczych (w szczególności kosztów zagospodarowania odpadów, kosztów paliwa) oraz określała realną zależność między wzrostem kosztów a wzrostem wynagrodzenia.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego, którego głównym przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych

wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie Nysy (tak punkt III OPZ). Niemniej Zamawiający, jako dodatkowy obowiązek wykonawcy, przewidział konieczność utworzenia i prowadzenia dwóch PSZOK (punkt IV.38 OPZ). Pierwszy punkt należy uruchomić w ciągu 90 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, drugi w ciągu 180 dni od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, połączenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z utworzeniem i prowadzeniem dwóch PSZOK skutkować będzie tym, że

ponownie, jak to miało miejsce w latach ubiegłych, ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym złoży tylko jeden podmiot, tj. dotychczasowy wykonawca usługi, którym tak się składa, że jest spółka ze 100% udziałem zamawiającego. Mimo że na lokalnym rynku usług funkcjonuje szereg podmiotów, którzy mogliby świadczyć usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, to nie mają oni szansy wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdyż nie są w stanie utworzyć PSZOK w zastrzeżonym przez Zamawiającego terminie, a tak właściwie to nie są w stanie utworzyć w ogóle PSZOK,

gdyż na terenie Nysy brakuje odpowiednich nieruchomości (poza tymi które posiada dotychczasowy wykonawca usługi), które spełniałyby oczekiwania Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że wymaganie utworzenia pierwszego PSZOK w niespełna 3 miesiące jest niemożliwe do spełnienia przez żadnego innego wykonawcę, niż podmiot, który obecnie dysponuje PSZOK na terenie Nysy. Nie można bowiem oczekiwać podjęcia przez wykonawcę nakładów na zorganizowanie PSOK przed rozstrzygnięciem przedmiotowego postępowania i podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Utworzenie PSZOK z uwagi na obowiązujące regulacje prawne jest przedsięwzięciem trwającym z reguły kilkanaście miesięcy. Warunkiem jego uruchomienia jest pozyskanie odpowiedniej nieruchomości na terenie gminy Nysa i zakończenie wszelkich prac dostosowujących (budowlanych/adaptacyjnych) nieruchomość dla potrzeb PSZOK wraz z uzyskaniem wymaganych zezwoleń administracyjnoprawnych. Już pierwszy etap, tj. pozyskanie nieruchomości, jest czasochłonny, a w przypadku Nysy wręcz nierealny do osiągnięcia. Wykonawca, który do tej pory nie prowadził PSZOK na terenie Nysy, musi znaleźć nie jakąkolwiek nieruchomość, ale spełniającą restrykcyjne kryteria narzucone przepisami prawa, w tym prawa miejscowego (miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego). Odwołujący prowadzi na terenie Nysy działalność gospodarczą od kilkunastu lat i jak dotąd nie udało mu się nabyć żadnej nieruchomości, która spełniałaby oczekiwania Zamawiającego. Taką nieruchomością nie jest nawet działka, na której zlokalizowany jest oddział Odwołującego w Nysie, i na której prowadzi on swoją bazę magazynowo-transportową. Problem ze znalezieniem odpowiedniej nieruchomości wynika z postawy Zamawiającego działającego jako organ administracji publicznej uprawniony do wydania decyzji środowiskowej. Burmistrz Nysy stoi bowiem na stanowisku, że rozpoczęcie nowej działalność polegającą na gospodarce odpadami (a w tym uzyskanie pozwolenia na zbieranie odpadów wymaganego dla lokalizacji PSZOK) możliwe jest jedynie na terenie, który w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego przeznaczony jest wprost pod działalność odpadową. Taką nieruchomość na terenie Nysy posiada jedynie spółka komunalna (doczasowy wykonawca usługi). Ponadto, nawet gdyby wykonawcy udało się pozyskać odpowiednią nieruchomość, to musi on uzyskać szereg zgód administracyjnoprawnych. Niewykluczone, że najpierw będzie musiał on uzyskać decyzję środowiskową, następnie decyzję na zbieranie odpadów i pozwolenie na budowę. Wydanie każdego z tych aktów administracyjnych zajmie co najmniej kilka miesięcy. Realnie uzyskanie wszystkich zgód nie nastąpi wcześniej niż przed upływem roku (pomijając ewentualne ograniczenia w działaniu organów administracji publicznej spowodowanych kolejną falą pandemii COVID-19). O tym, że zachowanie 3 miesięcznego okresu uzyskania zgód administracyjnych na uruchomienie PSZOK jest nierealne najdobitniej świadczy doświadczenie Odwołującego, który już kilka lat czeka na wydanie decyzji środowiskowej przez Burmistrza Nysy potrzebnej do uzyskania decyzji na zbieranie odpadów.

Odwołujący podniósł, że podział zamówienia na części w świetle przepisów Pzp powinien być zasadą. Powołał się na wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1032/16, w którym Izba stwierdziła, że w sytuacji gdy usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych mogło świadczyć kilkanaście podmiotów, zaś usługę utworzenia i prowadzenia dwóch PSZOK realnie mógł realizować tylko jeden podmiot, zasadne było podzielenie zamówienia publicznego na dwie części: jedną obejmującą odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz drugą obejmującą utworzenie i prowadzenie PSZOK.

Odwołujący zaznaczył, że zdaje sobie sprawę, że funkcjonowanie PSZOK może mieć istotne znaczenie dla Zamawiającego oraz że sam fakt posiadania przez Zamawiającego spółki komunalnej nie oznacza, że jego celem jest uprzywilejowanie swojej spółki

w ogłoszonym przetargu. Podniósł jednak, że w przedmiotowym przypadku nie tylko realia

lokalne, ale także i dotychczasowa postawa Zamawiającego pokazują, że wymóg utworzenia

PSZOK traktowany jest instrumentalnie jako element przewagi konkurencyjnej

dotychczasowego wykonawcy usługi. Potwierdza to protokół kontroli Regionalnej Izby Obrachunkowej w Opolu, która po zapoznaniu się z materiałem źródłowym z kilku lat dotyczącym procedur udzielania zamówień publicznych na odbiór i zagospodarowanie odpadów przez gminę Nysa doszła do wniosku, że „zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia zapisu mówiącego o odebraniu i zagospodarowaniu odpadów wraz z koniecznością zorganizowania i obsłudze przez Wykonawcę dwóch Gminnych Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych zlokalizowanych na terenie Gminy Nysa narusza art. 7 ust. 1 u.p.z.p., albowiem zamawiający winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Nysa w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.” Odwołujący przedstawił Protokół kontroli Gminy Nysa i powołał się na str. 203 tego dokumentu.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 18 ust. 8 wzoru umowy zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy na następujących zasadach:

Zamawiający przewiduje również dokonanie zmiany wysokości należnego Wykonawcy wynagrodzenia w razie zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w powyższym wypadku ceny jednostkowe netto za świadczone usługi mogą podlegać nie częściej niż co 12 miesięcy waloryzacji o wskaźnik inflacji, w każdym kolejnym roku kalendarzowym obowiązywania umowy, poczynając od roku 2023. Przez wskaźnik inflacji rozumie się procentowy wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych ustalany na podstawie komunikatów Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wydawanych na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 291, z późn. zm.). Zmiana wynagrodzenia może nastąpić na wniosek Wykonawcy, przy wzroście wskaźnika inflacji o co najmniej 3% w stosunku do średniorocznego wzrostu wskaźnika inflacji w roku kalendarzowym poprzedzającym złożenie wniosku o waloryzację. Określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonywania zamówienia będzie dokonywane na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę szczegółowych wyliczeń proponowanej nowej wysokości tych cen oraz dokumentów poświadczających dokonane kalkulacje i wyliczenia. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia nie przekroczy 10% całkowitej wartości zamówienia. Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia dodatkowych wyliczeń i dokumentów, jeżeli przedstawione przez Wykonawcę uzna za niewystarczające. Zamawiający zobowiązuje się do uwzględniania prawidłowo wyliczonych zmian i zawarcia stosownego aneksu do umowy, w terminie 40 dni od dnia otrzymania wniosku wraz z kompletem żądanych dokumentów. Zmiana wysokości cen nastąpi od dnia zawarcia aneksu do umowy.

Zdaniem Odwołującego, powyższe postanowienia jedynie pozornie wypełniają dyspozycję art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż w rzeczywistości jego treść w żaden sposób nie odzwierciedlają realnej relacji wzrostu kosztów świadczenia usługi do wzrostu wynagrodzenia. Zamawiający przewiduje bowiem wzrost wynagrodzenia o wskaźnik inflacji dla towarów i usług konsumpcyjnych, który przecież nie jest powiązany z rzeczywistymi kosztami świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych (czy też cenami materiałów). Inflacja wskazuje na spadek siły nabywczej pieniądza, ale nie determinuje cen konkretnych usług i materiałów. Żeby sprostać wymogom z art. 439 ustawy Pzp Zamawiający powinien zidentyfikować realne koszty rzutujące na wynagrodzenie wykonawcy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, np. cena paliwa, opłata marszałkowska, i ustalić mechanizm wzrostu wynagrodzenia w odniesieniu do tych koszów.

Odwołujący podniósł ponadto, że z uwagi na zastrzeżenie, że klauzula waloryzacyjna uruchamia się dopiero, gdy średnioroczny wskaźnik inflacji w danym roku będzie wyższy o 3% (w rzeczywistości chodzi o 3 punkty procentowe) od średniorocznego wskaźnika inflacji w poprzednim roku, to jest zastosowanie jest w praktyce mało realne. Aktualnie mamy

średnioroczną inflację na poziomie ok. 5%. Oznacza, to że do uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej w kolejnym roku średnioroczny wskaźnik inflacji musi być co najmniej na poziomie 8% (musi być wyższy o 3 punkty procentowane od wskaźnika za poprzedni rok). Tak wysoki wskaźnik inflacji nie miał miejsca od transformacji ustrojowej w latach 90 ubiegłego wieku i nie sposób przyjąć, że zaistnieje on w ciągu kilku najbliższych lat. W ocenie Odwołującego klauzula waloryzacyjna powinna zostać zatem zmodyfikowana zgodnie z przedstawionym w odwołaniu żądaniem.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Zarzut nr 1

Izba ustaliła, że w punkcie IV.38 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający zamieścił następujące postanowienie:

Wykonawca w ramach wykonywania przedmiotowej usługi zobowiązany jest utworzyć, utrzymywać i obsługiwać przez cały okres realizacji umowy 2 Punkty Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, o których mowa w ustawie u.c.p.g. w obrębie miasta Nysy wg. warunków określonych w załączniku nr 5 do SWZ. Wykonanie pierwszego punktu PSZOK winno nastąpić w terminie do 90 dni od dnia zawarcia umowy, drugiego w terminie 180 dni. Do czasu uruchomienia pierwszego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) Wykonawca zobowiązany jest do podstawienia i opróżniania z częstotliwością uniemożliwiającą przepełnienie się kontenerów na selektywnie zebrane odpady przez mieszkańców Gminy Nysa w miejscach wskazanych przez Zamawiającego lub zarządcę nieruchomości, co nie stanowi jednak zmiany umowy, a tym samym Wykonawcy nie przysługuje roszczenie w przypadku wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy.

Obowiązek dotyczący utworzenia dwóch PSZOK w terminie 90 i 180 dni od zawarcia umowy został opisany również w § 7 ust. 1 i 2 wzoru umowy.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby Zamawiający, obejmując jednym zamówieniem usługi odbioru i zagospodarowania odpadów oraz utworzenia i prowadzenia dwóch punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, bez umożliwienia składania ofert częściowych, naruszył powyższe przepisy ustawy.

Utworzenie i prowadzenie PSZOK jest elementem wielu umów w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Nie oznacza to jednak, że określenie tego

elementu jako integralnej części przedmiotu zamówienia, bez wydzielenia go do odrębnej części zamówienia, jest w każdych okolicznościach zasadne i zgodne z przepisami ustawy. Kwestia ta powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem stanu faktycznego towarzyszącemu danemu postępowaniu, w tym uwarunkowań na rynku lokalnym, w celu ustalenia, czy takie określenie przedmiotu zamówienia nie utrudnia lub nie uniemożliwia uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę okoliczności przedmiotowego postępowania, opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku utworzenia i prowadzenia PSZOK, bez wyodrębnienia tego jako osobnej części zamówienia, prowadzi do istotnego ograniczenia, a nawet do faktycznego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu.

Na wstępie wskazać należy na niekwestionowaną przez Zamawiającego okoliczność, że od 2012 r. w postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w Gminie Nysa bierze udział tylko jeden wykonawca - spółka ze stuprocentowym udziałem Gminy Nysa, co potwierdza również obecnie prowadzone postępowanie. Złożone przez Odwołującego dowody w postaci informacji o ofertach składanych w innych postępowaniach potwierdzają natomiast, że w innych gminach w regionie wpływa znacznie więcej ofert na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Już sam ten fakt może być źródłem wątpliwości co do prawidłowości działań Zamawiającego, wskazuje bowiem, że istnieją na lokalnym rynku inni wykonawcy zdolni do wykonania usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, którzy jednak nie ubiegają się o zamówienie na terenie Gminy Nysa, co może być spowodowane połączeniem ww. usług z obowiązkiem utworzenia i prowadzenia we wskazanym przez Zamawiającego terminie dwóch PSZOK.

Ponadto, Izba uznała za wykazane, że Odwołujący od dwóch lat bezskutecznie ubiega się wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia polegającego na zbieraniu i przeładunku odpadów (Odwołujący przedstawił dokumenty z prowadzonych w tej sprawie postępowań administracyjnych). Odmowne decyzje Burmistrza Gminy Nysa w tym przedmiocie zostały dwukrotnie uchylone i przekazane do ponownego rozpoznania przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Opolu. W uzasadnieniu decyzji z 23 grudnia 2020 r. (SKO.40.2640.2020.oś) organ ten wskazał m.in.: W decyzji z 15.07.2020 r. nr SKO.40.1105.202O.oś Kolegium zwracało Burmistrzowi Nysy uwagę na niewłaściwą wykładnię zapisów planu miejscowego w kontekście planowanego zamierzenia inwestycyjnego. Organ I instancji w aktualnie kwestionowanym przez Spółkę orzeczeniu powtórzył wadliwą, niezgodną nawet z gramatyczną interpretacją, wykładnię zapisu 17 planu. Powyższe nie tylko potwierdza, że proces przygotowania do utworzenia PSZOK jest długotrwały, ale również, że decyzje organu wykonawczego Gminy Nysa, uniemożliwiające Odwołującemu uzyskanie statusu podmiotu mogącego utworzyć i prowadzić PSZOK, były wydawane z naruszeniem prawa.

Za przekonujące Izba uznała twierdzenia Odwołującego, że biorąc pod uwagę proces związany z pozyskaniem na terenie Gminy Nysa nieruchomości spełniającej wszelkie wymagania, uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych, a także przeprowadzeniem prac adaptacyjnych oraz uwzględniając narzucone przez Zamawiającego terminy, o udzielenie zamówienia może skutecznie ubiegać się jedynie podmiot, który obecnie już prowadzi PSZOK (tj. spółka komunalna).

Zauważenia wymaga, że mimo opisanej wyżej sytuacji na rynku lokalnym Zamawiający nie pokusił się o wskazanie w dokumentacji postępowania przyczyn niepodzielenia zamówienia na części, stosownie do art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Biorąc pod

uwagę od lat istniejące uwarunkowania towarzyszące postępowaniom na odbiór

i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Gminie Nysa, brak przedstawienie takiego

uzasadnienia należy uznać za dodatkowe potwierdzenie, że przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja przedmiotu zamówienia prowadzi do istotnego zachwiania konkurencji.

Za chybioną Izba uznała argumentację Zamawiającego, że umożliwienie złożenia oferty częściowej na utworzenie i prowadzenie PSZOK mogłoby skutkować złożeniem ofert z wygórowanymi cenami. Oczywistym jest, że korzystniejsze warunki realizacji zamówienia można osiągnąć w warunkach konkurencji, a takie od wielu lat w Gminie Nysa de facto nie występują - oferty składa wyłącznie spółka komunalna. Tezę o korzyściach finansowych dobitnie podważa fakt, że w obecnie prowadzonym postępowaniu cena tej oferty przewyższa o blisko 50% budżet Zamawiającego. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert, zamieszczonej na stronie Zamawiającego, spółka komunalna (Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej EKOM Sp. z o.o.) złożyła ofertę z ceną 49.951.921,33 zł, natomiast podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 34.848.645,84 zł. Powyższe potwierdza więc tezę przeciwną, tj. że przyjęta przez

Zamawiającego konstrukcja przedmiotu zamówienia może prowadzić do niekorzystnych dla niego pod względem finansowym umów.

Nie jest też zrozumiałe twierdzenie Zamawiającego, że wydzielenie utworzenia i prowadzenia PSZOK do odrębnej części zamówienia mogłoby spowodować brak zainteresowania ze strony wykonawców. Zamawiający nie przedstawił żadnej szerszej argumentacji, która by tę tezę chociażby uprawdopodobniła. Ponadto, Zamawiający nie wykazał, dlaczego - jego zdaniem - udzielenie jednego zamówienia zapewni prosty i przejrzysty sposób wykonywania obowiązków wynikających z umowy. Nie wiadomo, na czym miałby polegać problem w tym zakresie w przypadku, gdyby inny podmiot wykonywał usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, a inny prowadził PSZOK. Nietrafny jest też argument Zamawiającego o możliwości tworzenia przez wykonawców konsorcjów, możliwość ta nie może stanowić kontrargumentu wobec stwierdzenia, że postanowienia SWZ w sposób oczywisty i nieusprawiedliwiony znacznie ograniczają konkurencję w postępowaniu. Co więcej, Zamawiający nie uprawdopodobnił nawet, że w tym przypadku taka możliwość realnie istnieje, zwłaszcza że trudno zakładać, aby spółka komunalna, od lat działająca w warunkach faktycznego monopolu, była zawiązaniem takiego konsorcjum zainteresowana, a okoliczności sprawy wskazują, że utworzenie i prowadzenie PSZOK przez innych wykonawców jest co najmniej istotnie utrudnione, o ile nie niemożliwe.

Dodatkowym potwierdzeniem tego, że połączenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z utworzeniem i prowadzeniem PSZOK prowadzi w przypadku Gminy Nysa do ograniczenia konkurencji, jest ocena dokonana przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Opolu, która w wyniku przeprowadzonej w 2019 r. kontroli udzielania zamówień publicznych stwierdziła: Zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia zapisu mówiącego o odebraniu i zagospodarowaniu odpadów wraz z koniecznością zorganizowania i obsłudze przez Wykonawcę dwóch Gminnych Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych zlokalizowanych na terenie Gminy Nysa narusza art. 7 ust. 1 u.p.z.p., albowiem zamawiający winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Nysa

w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że powyższe stwierdzenie jest lakoniczne i nie daje wiedzy, w czym konkretnie Regionalna Izba Obrachunkowa dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zauważyć należy, że w protokole kontroli wskazano jednoznacznie na połączenie odbioru i zagospodarowania odpadów z koniecznością zorganizowania i obsługi PSZOK i nie ma - zdaniem Izby - wątpliwości, że w tym właśnie RIO dopatrzyła się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, aby taki wynik kontroli kwestionował w przewidzianym do tego trybie.

Wskazane wyżej okoliczności prowadzą do wniosku, że połączenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów z obowiązkiem utworzenia i prowadzenia PSZOK w realiach przedmiotowego postępowania narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. O ile nie ma wątpliwości, że skoro Gmina Nysa nie posiada własnych PSZOK, to musi zlecać ich prowadzenie podmiotowi zewnętrznemu, to podkreślić należy, że nie jest to tożsame z koniecznością powierzenia tego zadania wyłącznie podmiotowi realizującemu usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Przeciwnie, jeżeli z uwagi na uwarunkowania lokalne zlecenie tych usług łącznie jednemu wykonawcy prowadzi do uniemożliwienia realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów innym wykonawcom zdolnym do ich wykonania, to Zamawiający powinien podzielić zamówienie na części, a zaniechanie tego godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu.

W związku z ustaleniem, że Zamawiający, mimo złożenia odwołania na postanowienia SWZ, nie zmienił terminu składania ofert i dokonał ich otwarcia bez oczekiwania na wynik postępowania odwoławczego, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zauważenia wymaga jednak, że w sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały otwarte, a Izba stwierdza niezgodność treści dokumentów

zamówienia z przepisami ustawy, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby wyrok Izby usunął stan niezgodności z prawem, jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, nie jest już bowiem możliwie nakazanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Art. 70^5 § 1 Kc stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania.

Tym samym potwierdzenie się przedmiotowego zarzutu w sytuacji, gdy w postępowaniu nastąpiło otwarcie ofert, skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut nr 2

Izba ustaliła, że termin realizacji zamówienia został ustalony na okres od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2024 r. (36 miesięcy) - § 12 wzoru umowy.

W § 18 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający opisał następujące zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy:

Zamawiający przewiduje również dokonanie zmiany wysokości należnego Wykonawcy wynagrodzenia w razie zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w powyższym wypadku ceny jednostkowe netto za świadczone usługi mogą podlegać nie częściej niż co 12 miesięcy waloryzacji o wskaźnik inflacji, w każdym kolejnym roku kalendarzowym obowiązywania umowy, poczynając od roku 2023. Przez wskaźnik inflacji rozumie się procentowy wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych ustalany na podstawie komunikatów Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wydawanych na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 291, z późn. zm.). Zmiana wynagrodzenia może nastąpić na wniosek Wykonawcy, przy wzroście wskaźnika inflacji o co najmniej 3 % w stosunku do średniorocznego wzrostu wskaźnika inflacji w roku kalendarzowym poprzedzającym złożenie wniosku o waloryzację. Określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonywania zamówienia będzie dokonywane na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę szczegółowych wyliczeń proponowanej nowej wysokości tych cen oraz dokumentów poświadczających dokonane kalkulacje i wyliczenia. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia nie przekroczy 10 % całkowitej wartości zamówienia. Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia dodatkowych wyliczeń i dokumentów, jeżeli przedstawione przez Wykonawcę uzna za niewystarczające.

Zamawiający zobowiązuje się do uwzględniania prawidłowo wyliczonych zmian i zawarcia stosownego aneksu do umowy, w terminie 40 dni od dnia otrzymania wniosku wraz z kompletem żądanych dokumentów. Zmiana wysokości cen nastąpi od dnia zawarcia aneksu do umowy.

Art. 439 ustawy Pzp stanowi:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający

strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia

wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. (...)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia spełniają wymagania wynikające z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp i nie są obarczone wadami, na jakie wskazuje Odwołujący.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o tym, że Zamawiający przewiduje wzrost wynagrodzenia o wskaźnik inflacji dla towarów i usług konsumpcyjnych, w oderwaniu od realnych kosztów rzutujących na wynagrodzenie wykonawcy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, stwierdzić należy, że pełne brzmienie § 18 ust. 8 wzoru umowy nie potwierdza tej tezy. Zauważenia wymaga, że chociaż w postanowieniu tym pojawia się stwierdzenie, że ceny jednostkowe netto za świadczone usługi mogą podlegać nie częściej niż co 12 miesięcy waloryzacji o wskaźnik inflacji, to jednak w dalszej części § 18 ust. 8 wzoru umowy zostało szczegółowo uregulowane, w jaki sposób zostanie zwaloryzowane wynagrodzenie. Zamawiający wskazał bowiem, że określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonywania zamówienia będzie dokonywane na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę szczegółowych wyliczeń proponowanej nowej wysokości tych cen oraz dokumentów poświadczających dokonane kalkulacje i wyliczenia. Zamawiający podał również, że zobowiązuje się do uwzględniania prawidłowo wyliczonych zmian i zawarcia stosownego aneksu do umowy, w terminie 40 dni od dnia otrzymania wniosku wraz z kompletem żądanych dokumentów. Zmiana wysokości cen nastąpi od dnia zawarcia aneksu do umowy. Powyższe oznacza, że wynagrodzenie będzie podlegało takiej zmianie, jaką wykaże wykonawca w odniesieniu do kosztów wykonywania zamówienia. Z kolei stwierdzenie we wstępie tego postanowienia o waloryzacji o wskaźnik inflacji należy natomiast uznać za sprzeczność będącą wynikiem niestarannego przygotowania wzoru umowy. Nie może to jednak prowadzić do pominięcia szczegółowej regulacji określającej zasady zmiany wynagrodzenia. Zatem twierdzenie, jakoby zmiana wynagrodzenia była oderwana od rzeczywistej zmiany kosztów towarzyszących usługom odbioru i zagospodarowania odpadów, nie ma oparcia w pełnym brzmieniu § 18 ust. 8 wzoru umowy.

Niezasadne jest również twierdzenie Odwołującego, że z uwagi na zastrzeżenie, że klauzula waloryzacyjna uruchamia się dopiero, gdy średnioroczny wskaźnik inflacji w danym roku będzie wyższy o 3% od średniorocznego wskaźnika inflacji w poprzednim roku, to jej zastosowanie jest w praktyce mało realne. Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że - biorąc pod uwagę, iż obecny wskaźnik inflacji wynosi ok. 5% - to w świetle powyższego zastrzeżenia uruchomienie klauzuli waloryzacyjnej nastąpi w przypadku, gdy wskaźnik

inflacji osiągnie 8%. Abstrahując w tym miejscu od oceny, czy istnieje realne prawdopodobieństwo, że wskaźnik inflacji w okresie realizacji zamówienia wyniesie 8%, wskazać należy, że konieczność taka nie wynika z wzoru umowy. Zamawiający wskazał bowiem, że klauzula waloryzacyjna uruchamia się, gdy średnioroczny wskaźnik inflacji w danym roku będzie wyższy o 3% (a nie o 3 punkty procentowe) od średniorocznego wskaźnika inflacji w poprzednim roku. Twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający odwołuje się do wzrostu o 3 punkty procentowe nie ma żadnego oparcia w brzmieniu § 18 ust. 8 wzoru umowy, gdzie wyraźnie jest mowa o wzroście o 3%, a nie o 3 punkty procentowe. W ocenie Izby nie ma żadnych podstaw, aby jasne i precyzyjne postanowienie interpretować wbrew jego literalnemu brzmieniu. W konsekwencji należy stwierdzić, że przy takim postanowieniu umowy uruchomienie klauzuli waloryzacyjnej nastąpi, gdy wskaźnik inflacji wyniesie ok. 5,15%, (tj. obecny wskaźnik inflacji powiększony o 3%), co jest nie tylko realne, ale i niemal pewne.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej za niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2, w związku z tym, że spośród dwóch zarzutów odwołania jeden zarzut okazał się zasadny.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 18.600,00 zł). Ponieważ Odwołujący odpowiada za koszty postępowania do wysokości 9.300,00 zł (18.600,00 x 1/2), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9.300 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....