Sygn. akt: KIO 794/15 KIO 800/15

WYROK
z dnia 11 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego **SITA Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Częstochowie przy ul. Dębowej 26/28, 42-200 Częstochowa (sygn. akt KIO 794/15);

B) w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego **Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa (sygn. akt KIO 800/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Miasto Częstochowa,** ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa

przy udziale

wykonawcy PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Konopiskach przy ul. Przemysłowej 7, 42-274 Konopiska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 794/15 po stronie Odwołującego,

wykonawcy Remondis Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 794/15 po stronie Odwołującego,

wykonawcy SITA Południe Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie przy ul. Dębowej 26/28, 42-200 Częstochowa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 800/15 po stronie Odwołującego,

---

wykonawcy G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą G. G. „PLESSGAZ", ul. Bieruńska 57/2, 43-200 Pszczyna zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 800/15 po stronie Odwołującego

orzeka:

1

A. Uwzględnia odwołanie wniesione przez SITA Południe Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 794/15) i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zastąpienie w formularzu ofertowym (załącznik nr 10 do siwz) w pkt C ilości litrów pojemników i ceny jednostkowej netto za litr - ilością i rodzajem (wielkością) pojemników stanowiących przedmiot dostawy (przeniesienia własności) i ceną jednostkową netto za sztukę, a także nakazuje zmianę postanowień załącznika nr 14 do siwz (§8, lit. f), dotyczących zapłaty za dostawę, która powinna opierać się na cenie jednostkowej danego rodzaju pojemnika wskazanej w formularzu ofertowym. Pozostałych zarzutów nie uwzględnia.

B. Oddala odwołanie wniesione przez Remondis Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 800/15).

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa i Odwołującego Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: Sita Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 794/15), Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 800/15), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od Zamawiającego Gminy Miasto Częstochowa na rzecz Odwołującego Sita Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 794/15), kwotę **19.067 zł 40 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika i jego dojazdem na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Częstochowie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Miasto Częstochowa, w której imieniu działa Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, na *odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta Częstochowa oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych* (nr postępowania: 07/2015), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 68-122182 w dniu 8 kwietnia 2014 r., wobec treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zostały wniesione w dniu 17 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez: Sita Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (sygn. akt KIO 794/15) oraz Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 800/15).

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 794/15 przystąpienie zgłosili w dniu 26 marca 2015 r. wykonawcy: PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Konopiskach po stronie Odwołującego, Remondis Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Odwołującego, a do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 800/15 wykonawcy: SITA Południe Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie po stronie Odwołującego oraz „PLESSGAZ" G. G., po stronie Odwołującego.

Izba na posiedzeniu niejawnym, przed otwarciem rozprawy, dopuściła przystępujących po stronie Odwołujących się do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników postępowania.

Na posiedzeniu Izba ustaliła, iż Zamawiający dokonał w dniu 05.05.2015 r. modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przekazał do publikacji zmianę ogłoszenia o zamówieniu. Dokonana zmiana stanowiła odpowiedź na większość żądań odwołujących wynikających z podniesionych w obu odwołaniach zarzutów, co spowodowało, iż części zarzutów z odwołań nie została podtrzymana przed otwarciem rozprawy. W związku ze stanowiskiem obu Odwołujących przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę były podtrzymane zarzuty opisane w dalszej części uzasadnienia.

A. Sygn. akt KIO 794/15

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 794/15 Odwołujący – Sita Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej jako Sita) podtrzymał zarzuty z pkt 1-5 oraz zarzut z

---

pkt 8 tieret pierwsze odwołania, dotyczące ustalenia treści siwz oraz ogłoszenia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 6d ust. 1 oraz 6g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej zwana ustawą uczpg) w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy Pzp, art. 6 ust 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegające na nieuprawnionym połączeniu w ramach jednego zamówienia usług związanych z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów z usługą dostawy (przeniesienia własności) na rzecz Zamawiającego pojemników do zbierania odpadów komunalnych zgromadzonych na nieruchomościach zamieszkałych i nie zamieszkałych oraz ich wydanie na rzecz Zamawiającego (pkt. II.1.5, 2.11 ogłoszenia oraz pkt 3.2, 3.3.11 siwz, pkt. 1 lit. c załącznika nr 10 do siwz, § 3 ust. 1 lit. o załącznika nr 14 do siwz);
2. art. 6d ust. 1 oraz 6g ustawy uczpg w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (alej zwana ustawą uokk), polegające na nieuprawnionym połączeniu w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługi na odbiór i transport odpadów oraz dostawy (przeniesienia własności) pojemników do zbierania odpadów komunalnych (pkt II 1.5, 2.11 ogłoszenia oraz pkt 3.2., 3.3.11 siwz, pkt 1 lit c załącznika nr 10 do siwz, § 3 ust. 1 lit. o załącznika nr 14 do siwz);
3. art. 6d ust. 1 oraz 6g ustawy uczpg w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ustawy Pzp polegające na nieuprawnionym połączeniu w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługi na odbiór i transport odpadów oraz dostawy (przeniesienia własności) pojemników do zbierania odpadów komunalnych (pkt II.1.5, 2.11, III.2.3 ogłoszenia oraz pkt 3.2, 3.3.11, pkt 5,6.1.2-6.1.6, 6.3 siwz, pkt. 1 lit. c załącznika nr 10 do siwz, § 3 ust. 1 lit. o załącznika nr 14 do siwz).
4. art. 6d ust.4 ustawy uczpg w zw. z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 14 oraz w zw. z art. 353^1 k.c. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nie uwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, polegające na ustaleniu ceny zapłaty za dostawę (przeniesienie własności) pojemników o różnych parametrach w oparciu za litr z ogólnego litrażu dostarczanych i odebranych pojemników przez Zamawiającego, co uniemożliwia oszacowanie w sposób prawidłowy ceny ofertowej (pkt II.1.5, 2.11 ogłoszenia oraz 3.3.11 siwz, pkt 1 lit. C załącznika nr 10 do siwz, § 3 ust.1 lit. o oraz § 8 pkt 2 lit. f załącznika nr 14 do siwz);

---

5. art. 6d ust. 4 ustawy uczpg w zw. z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 14 oraz w zw. z art. 353^1 k.c. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nie uwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, polegające na wskazaniu, iż wykonawca przeniesienie własność pojemników w okresie 30 ostatnich dni obowiązywania umowy (czerwiec 2017 r.) po tym jak przez okres 24 miesięcy znajdować się one będą w posiadaniu podmiotów trzecich (mieszkańców miasta Częstochowy), co prowadzi do przerzucenia na wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk związanych z dostawą (przeniesieniem własności), a ponadto powoduje, że ryzyka te nie mogą zostać oszacowane w sposób prawidłowy (pkt II 1.5, 2.11 ogłoszenia; 3.3.11 siwz, pkt 1 lit C złącznika nr 10 do siwz, § 3 ust. 1 lit o oraz § 8 pkt 2 lit. f załącznika nr 14 do siwz);
6. art. 139 ustawy w zw. z art. 353^1 kc w zw. z ar 7, art. 14, art. 29 ustawy poprzez sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji:
   - wprowadzenie w § 10 pkt 1 lit. k załącznika nr 14 do siwz zapisu, że zamawiającemu przysługuje prawo kontroli realizacji świadczonych przez wykonawcę usług oraz innych elementów, których zakres podlega ocenie na podstawie obowiązków wynikających z przepisów prawa oraz zapisów siwz, a w szczególności w innych przypadkach przewidzianych umową oraz zapisów pkt 9.7 załącznika nr 4 do siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści ogłoszenia, treści siwz oraz odpowiednich załączników do siwz poprzez wyłączenie z postępowania dostawy (przeniesienia własności) pojemników (zarzuty od 1 do 5) oraz wprowadzenie jako zasady informowanie wykonawcy o zamiarze przeprowadzenia kontroli na co najmniej 4 dni przed jej datą oraz wprowadzenia jako zasady umożliwienia wykonawcy udziału w czynnościach kontrolnych (zarzut nr 8, tiret pierwsze).

Wystąpienie interesu do wniesienia odwołania wynikać ma z braku możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu. Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na tym, iż zapisy dokumentacji przetargowej uniemożliwiają Odwołującemu wzięcie w nim udziału i złożenie prawidłowej oferty. W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania przyczyn uniemożliwiających Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15 6

Ad. 1. Połączenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy ustawy poprzez nieuprawnione połączenie w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usług na odbiór i transport odpadów oraz dostawy (przeniesienia własności) pojemników do zbierania odpadów komunalnych, które to każde z zamówień z osobna przekracza kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy. Przedmiot zamówienia obejmuje m.in. dostawę (przeniesienie własności) na rzecz Zamawiającego pojemników do zbierania odpadów komunalnych zgromadzonych na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych oraz ich wydanie na rzecz Zamawiającego w okresie 30 ostatnich dni umowy na podstawie zgodnie z obowiązywania protokołów zdawczo-odbiorczych postanowieniami umowy (pkt 3.11 siwz). Na wykonawcę nałożony został obowiązek wyposażenia wszystkich nieruchomości (ponad 50.000 pojemników) w należące do wykonawcy pojemniki i worki do składowania odpadów komunalnych w liczbie i o rodzaju wskazanym przez Zamawiającego. Ponadto wykonawca został zobowiązany do dostarczenia na rzecz Zamawiającego (przeniesienia własności) i wydania pojemników wraz z chipami RFID, które znajdować się będą na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych oraz TOPSZOK przy czym dotyczy to pojemników, o których mowa w §5 ust. 1 pkt 1 lit od a) do l) Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Częstochowy (uchwała nr 72.IX.2015 Rady Miasta Częstochowy z dnia 19 marca 2015 r.). Wydanie pojemników ujętych w zestawieniu sporządzonym na podstawie systemu informatycznego ma nastąpić na podstawie protokołów zdawczo-odbiorczych podpisywanych przez umocowanych przedstawicieli stron. Przed odbiorem sprawdzona zostanie lokalizacja pojemników i weryfikacja zestawienia/listy, a Zamawiający oceni stan techniczny pojemników. Zapłata za dostawę (przeniesienie własności) pojemników nastąpi na podstawie protokołów zdawczo-odbiorczych podpisanych przez strony w oparciu o które ustalony zostanie ogólny litraż dostarczonych i odebranych pojemników. Powyższe wskazuje, iż dostawa połączona jest z rozmieszczeniem rzeczy, a ponadto ze względu na zapisy dotyczące dostarczenia pojemników wraz z chipami połączona jest również ich instalacja. W ocenie Odwołującego, uwzględniając wartość dostawy pojemników, która może opiewać na kilka a nawet kilkanaście milionów złotych, stanowi ona główny przedmiotem zamówienia, tymczasem zamówienie zostało przedstawione jako usługa, co ograniczać ma dostęp do zamówienia podmiotom zajmującym się sprzedażą pojemników. Ponadto zaklasyfikowanie przedmiotu zamówienia do usług skutkowało także m.in. doborem oświadczeń oraz dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zgodnie z art. 25 ustawy.

Sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15 7

Ad. 2. Połączenie zamówienia.

Połączenie w jednym postępowaniu zamówienia na usługę odbioru odpadów i dostawę (przeniesienie własności) pojemników narusz także art. 6d ust. 1 oraz 6g ustawy uczpg w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 9 ust. 2

pkt 5 i 6 uokk. Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy uczpg *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.* Zdaniem Odwołującego na podstawie ustawy uczpg, organ wykonawczy gminy organizuje przetarg na odbiór odpadów (ewentualnie z zagospodarowaniem), a nie na dostawę (przeniesienie własności) pojemników i odbiór odpadów. Dostawa (przeniesienie własności) pojemników także ze względu na wartość jak i zakres nie może podlegać połączeniu z usługą odbioru gdyż w sposób zasadniczy utrudnia konkurencję. Odwołujący oszacował wartość dostaw pojemników bez chipów i rozmieszczenia na kwotę 13.912.544 zł., przekraczającą próg wartości zamówienia, o jakim mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przejawem dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia może być nadmierne połączenie w jednym postępowaniu różnego rodzaju usług, których uzyskanie może być wynikiem odrębnego postępowania (tak w wyroku KIO sygn. akt 919/13 oraz 749/13). Efektem takiego opisu może być bowiem sytuacja, że grupa wykonawców potencjalnie zdolnych do wykonania zasadniczej, głównej części zamówienia, nie będzie w stanie złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty z uwagi na brak, czy też ograniczone możliwości, wykonania dodatkowej części zamówienia. Oznacza to znaczne ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert złożonych w postępowaniu.

Ad. 3. Połączenie zamówienia.

Efektem połączenia było nadmierne ustalenie dla dostawy warunków udziału w postępowaniu uniemożliwiające wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom, które zajmują się sprzedażą pojemników. Sprzeciwia się to zasadzie niedyskryminacji wynikającej z prawa unijnego, której odzwierciedleniem jest zasada uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) i zasada proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 4 ustawy). Z uwagi na wartość dostawy, należałoby uznać przeniesienie własności za główny przedmiot zamówienia, a w takiej sytuacji liczne warunki udziału w postępowaniu są całkowicie nieproporcjonalne i utrudniają konkurencję Zamawiający wymaga bowiem posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, doświadczenia w wykonaniu usługi odpadów komunalnych oraz dysponowania odpowiednim sprzętem (pojazdami), a także ustalił minimalny poziom średniorocznych przychodów netto (20.mln zł.) oraz kwotę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (20 ml zł.), wymaga również deklaracji środowiskowej. Podmioty zajmujące się dostawą (sprzedażą) pojemników nie

---

mogą spełniać tych warunków, gdyż zasadniczo tego typu usługi/sprzęt/uprawnienia nie są potrzebne do wykonywania działalności związanej z dostawą (sprzedażą) pojemników.

Ad. 4. Cena zapłaty.

Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz szczegółowo opisał zapotrzebowanie na pojemniki z podziałem na poszczególne pojemności. Dodatkowo przeniesienie własności ma być poprzedzone weryfikacją ponad 52.000 pojemników w czasie 30 dnia (co już samo w sobie budzi wątpliwości co do możliwości przeprowadzenia tego typu czynności). Nie ma zatem żadnego uzasadnienia do tego by ustalać cenę w oparciu o ogólny litraż, tym bardziej, że Zamawiający wymagał pojemników niestandardowych, których zasadniczo nie ma na rynku. Ich wyprodukowanie wiązać się będzie z indywidualnym zamówieniem, które ze względu na specyfikę pojemników nie będzie bezpośrednio powiązane z ich pojemnością. Takie skonstruowanie ceny utrudnia zatem możliwość kalkulacji i uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty. Ponieważ Zamawiający nie określił ilości pojemników do przeniesienia własności, po weryfikacji pojemników w ostatnich 30 dniach świadczenia usługi może okazać się, że Zamawiający nie przyjmie żadnego pojemnika o pojemności 1.100 l., natomiast przyjmie wszystkie o pojemności 110 litrów. Porównując natomiast ceny tych dwóch pojemników w przeliczeniu na litr to są one dwukrotnie wyższe.

Ad. 5. Termin przeniesienia własności pojemników.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie określił zasadniczej kwestii, tj. ile i jakie pojemniki objęte są dostawą (przeniesieniem własności). Ograniczył się do określenia ile i jakie pojemniki mają być wstawione w ramach usługi odbioru odpadów natomiast samą dostawą (przeniesieniem własności) objęte zostaną tylko te pojemniki, które po dwóch latach

znajdowania się w posiadaniu osób trzecich spełniać będą określone warunki, które podlegać będą subiektywnej ocenie Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wymaga ustalenia ceny pojemników jaka obowiązywać będzie za dwa lata za produkt, który w tym czasie pozostawać będzie u podmiotów trzecich. Tym samym całe ryzyko dostawy (przeniesienia własności) przerzucone jest na wykonawcę. Ponadto nie jest możliwe oszacowanie ceny, która w dużej mierze uzależniona jest od ilości zamawianego produktu.

Ad. 6. Prawo kontroli.

W uzasadnieniu zarzutu, Odwołujący odniósł się do dotychczasowej współpracy z Zamawiającym, wskazującej na niedopuszczalny sposób przeprowadzenia czynności kontrolnych. W ramach licznych czynności przez okres blisko dwóch lat wykonawca nie był ani razu o nich uprzedzony oraz nie brał w nich udziału. Zamawiający samodzielnie dokonuje

---

własnych ustaleń często z udziałem osób trzecich podpisujących przy tym jednostronnie protokoły pokontrolne, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu.
Modyfikacją z dnia 05.05.2015 r. Zamawiający wprowadził zmianę w załączniku nr 4 do siwz w pkt 9.7.3 przez wskazanie na powinność Zamawiającego uprzedzenia Wykonawcy o zamiarze przeprowadzenia kontroli z wyprzedzeniem co najmniej 6 godzin (nie dotyczy kontroli w trybie pkt 9.7.2).

B. Sygn. akt KIO 800/15

W odwołaniu oznaczonym sygn. akt KIO 800/15 Odwołujący – Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Remondis), zaskarżył treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz ogłoszenia o zamówieniu. Spośród podniesionych zarzutów na posiedzeniu niejawnym poprzedzającym rozprawę Odwołujący podtrzymał zarzuty naruszenia:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz prowadzący do nierównego traktowania wykonawców, jak również prowadzący do powstania warunków uniemożliwiających powstanie konkurencji, ze względu na objęcie zakresem zamówienia przeniesienia własności pojemników na Zamawiającego przed zakończeniem obowiązywania umowy;
2. art. 353 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 art. 14 art. 29 oraz art. 139 ust. 1 poprzez sporządzenie załącznika nr 14 do siwz wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w podanych wysokościach:
   - za każdy przypadek niewyposażenia wskazanych przez Zamawiającego nieruchomości, punktów i miejsc w określoną przez Zamawiającego liczbę pojemników w wysokości 50,00 zł. (pięćdziesiąt złotych) za pojemnik/za każdy dzień zwłoki. Kara ta przysługuje również wówczas gdy dostarczone pojemniki nie są zgodne co do rodzaju i pojemności z Regulaminem lub wskazaniem Zamawiającego. Kara ta jest naliczana maksymalnie za okres 30 dni (§ 12 ust. 1 lit. a);
   - za odebranie odpadów, które nie zostały wytworzone przez właścicieli nieruchomości na terenie gminy Miasto Częstochowa, a oddane przez Wykonawcę do Instalacji w Suboczynie w usłudze realizowanej dla Zamawiającego w wysokości 50.000,00 zł. (pięćdziesiąt tysięcy złotych) za każde zdarzenie (§ 12 ust. 1 lit. b);

   - za każdy przypadek zmieszania odpadów przez Wykonawcę podczas realizacji usługi z wyłączeniem przypadku przewidzianego w pkt 3.9 załącznika nr 4 do siwz – w wysokości 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) (§ 12 ust. 1 lit. c);
   - za każdy przypadek nieodebrania odpadów z nieruchomości lub punktów albo miejsc gromadzenia odpadów zgodnie z harmonogramem z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 100 zł (sto złotych) za każdy dzień przy czym kara

jest naliczana od dnia przewidzianego do odbioru w harmonogramie do dnia rzeczywistego odbioru. Kara nie jest naliczana w przypadku zgody wytwórcy odpadów na zmianę terminu odbioru (§ 12 ust. 1 lit. d);
- za każdy przypadek nieumycia pojemnika w terminie uzgodnionym z Zamawiającym z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 100 zł. (sto złotych) za każdy dzień zwłoki (§ 12 ust. 1 lit. e);
- za każdy przypadek niepowiadomienia Zamawiającego za pomocą komunikatu (notatki) w systemie informatycznym o niewykonaniu usługi zgodnie z harmonogramem lub o innych zdarzeniach mających wpływ na prawidłową realizację przedmiotu umowy – w wysokości 10 zł. (dziesięć złotych) (§ 12 ust. 1 lit. f);
- za każdy przypadek nieodebrania i nieuprzątnięcia odpadów, które nie zostały umieszczone w pojemnikach, a których obowiązek uprzątnięcia wynika z niniejszej Umowy w wysokości 100 zł. (sto złotych) (§ 12 ust. 1 lit. g);
- za każdy nieoznakowany pojemnik transponderem RFID z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 100 zł (sto złotych) (§ 12 ust. 1 lit. h.);
- za każdy przypadek niewymienienia uszkodzonego transpondera RFID na pojemniku z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 100 zł (sto złotych) (§ 12 ust. 1 lit. i);
- za każdy przypadek braku w systemie informatycznym (SM lub SWD) Wykonawcy danych o nieruchomościach, punktach i miejscach w których gromadzone są odpady oraz pojemnikach z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 zł (dziesięć złotych) (§ 12 ust. 1 lit. j.);
- za każdy przypadek braku aktualizacji w systemie danych o pojemnikach z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 zł. (dziesięciu złotych) (§ 12 ust. 1 lit. k);
- za każdą niezarejestrowaną w systemie czynność związaną z odbiorem i transportem odpadów w wysokości 10 zł. (dziesięć złotych) (§ 12 ust. 1 lit. l);
- za każdy dzień opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu projektu harmonogramu – w wysokości 300 zł (trzysta złotych) (§ 12 ust. 1 lit. m);

- za każdy nieuzasadniony wyjazd pojazdu poza granice administracyjne gminy Miasta Częstochowa w trakcie realizacji usługi odbioru i transportu odpadów dla Zamawiającego – w wysokości 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) (§ 12 ust. 1 lit. n.);
- za realizowanie odbioru i transportu odpadów pojazdem niespełniającym wszystkich parametrów technicznych określonych w załączniku nr 4 siwz w wysokości 500 zł. (pięćset złotych) za każdy dzień (§ 12 ust. 1 lit. o);
- za realizowanie odbioru i transportu odpadów pojazdem niespełniającym wszystkich wymogów pod względem wyposażenia pojazdu w urządzenia i systemy określone w złączniku nr 4 siwz, bądź realizującego usługi z niesprawnymi lub wyłączonymi urządzeniami/systemami – w wysokości 5000 zł (pięć tysięcy złotych) za każdy dzień/ za każdy pojazd (§ 12 ust. 1 lit. p);
- za niedostarczenie przez Wykonawcę wszystkich albo jakichkolwiek części wymaganych danych w trybie online (w ramach systemów SM i SWD) do Zamawiającego w czasie i na warunkach określonych w załączniku nr 4 siwz – w wysokości 1000 zł. (tysiąc złotych) za każdy dzień (§ 12 ust. 1 lit. q);
- za nieterminowe dostarczenie wymaganych raportów i informacji, o których mowa w załączniku nr 4 siwz – w wysokości 100 zł (sto złotych) za każdy dzień opóźnienia (§ 12 ust. 1 lit. r);
- za każdy przypadek nieudostępnienia pojazdu w celu jego kontroli upoważnionym pracownikom Zamawiającego lub osobom upoważnionym przez Zamawiającego – w wysokości 5000,00 zł (pięć tysięcy złotych) (§ 12 ust. 1 lit. s);
- za każdy przypadek nie dostarczenia odpadów odebranych lub przyjętych z terenu Gminy Miasta Częstochowy zgodnie z § 2 ust. 1 lit. d umowy, tj. do instalacji w Sobuczynie albo za niedostarczenie ich bezpośrednio na tę instalację w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy ujawniony przypadek (§ 12 ust. 1 lit. t);
- za nieutrzymywanie przez cały okres trwania umowy zadeklarowanej w ofercie i § 6 ust. 1 lit. d umowy ilości osób zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę na cały etat

przy realizacji niniejszego zamówienia w kwocie 5000,00 (pięć tysięcy złotych) za każdą osobę poniżej zadeklarowanej ilości za każdy miesiąc w którym ilość osób była mniejsza od zadeklarowanej (§ 12 ust. 1 lit. u).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz poprzez wyłączenie z zakresu zamówienia przeniesienia własności pojemników na Zamawiającego, j. w szczególności wykreślenie pkt II.1.5 ppkt 2.11 ogłoszenia o zamówieniu oraz §3 ust. 1 lit. o) projektu umowy (załącznik nr 14 do siwz), pkt 3 ppkt 3.11 siwz oraz wykreślenie w pkt 3 ppkt 3.8 siwz

---

frazy: „przed przeniesieniem ich własności i wydaniem na rzecz Zamawiającego". Modyfikację § 12 ust. 1 wzoru umowy, w ten sposób, że wszystkie kary umowne przewidziane w tym postanowieniu zostaną obniżone do 10% ich wartości jednostkowej (przykładowo kara przewidziana w §12 ust. 1 lit. a) z 50 zł. podlega obniżeniu do 5 zł.).

Odwołujący zakwestionował przedmiotowe postanowienia siwz jako naruszające jego interes w uzyskaniu zamówienia, przez uniemożliwienie Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zniesienie nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Ponadto czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienia i uzyskanie zamówienia.

Ad. 1 – zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zakwestionował opis przedmiotu zamówienia, jako utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać zamówienie. Podniósł, iż przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produktu mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z 24 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) w którym wskazano, iż wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej – zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu. Odwołała się również do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym wskazywano na możliwość naruszenia konkurencji, nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług, czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie oferty (wyrok kio z 22.12.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1734/09). DO ograniczenia zasady uczciwej konkurencji może doprowadzić również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego (wyrok KIO z 18.11.2008r sygn. akt KIO/UZP 1240/08). Ustawa zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji (orzeczenie z 23.04.2009 r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1/4900/22/21/09/726). W świetle przywołanych orzeczeń Odwołujący podniósł, iż opis

---

przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby wykonawcy mogli m.in. oszacować cenę oferty w sposób należyty.

W ocenie Odwołujące włączenie do zakresu zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, obowiązku polegającego na dostawie (z przeniesieniem własności) pojemników do zbierania odpadów komunalnych, narusza zasady uczciwej konkurencji i prowadzi do powstanie warunków uniemożliwiających zaistnienie konkurencji. Powiązania pomiędzy Zamawiającym (Miasto Częstochowa), a prowadzącym postępowanie (Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. – „CzPK"), spółką będącą w 100% własnością Miasta Częstochowa, prowadzi w istocie do uzyskania

własności/możliwości dysponowania tymi pojemnikami przez CzPK (np. w postaci wniesionego do spółki aportu). W ten sposób Zamawiający stwarza własnej spółce komunalnej – konkurencyjnej wobec Odwołującego i pozostałych uczestników rynku usług odbioru odpadów komunalnych – korzystne warunki dla udziału w przyszłych postępowaniach i samodzielnego świadczenia usług odbioru i transportu odpadów komunalnych (już nie w charakterze pełnomocnika Zamawiającego, ale samodzielnego wykonawcy). Zamawiający nadużywa zatem w tym zakresie przepisy ustawy Pzp i kształtuje opis (zakres) przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, dodatkowo – naruszający również zasady uczciwej konkurencji. Stworzenie sytuacji negatywnie wpływającej na ukształtowanie się warunków niezbędnych do rozwoju lub powstania konkurencji jest wskazywane jako przykład działania naruszającego konkurencję w rozumieniu ustawy i ochronie konkurencji i konsumentów (art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów). Odwołujący wskazał na ilość pojemników jaką przewiduje się w dostawie (ponad 50 tyś sztuk) i ich wartość (uzależnioną od pojemności od 83 zł. do 800 zł za sztukę), wartość dostawy (z przeniesieniem własności) pojemników stanowi istotną część całej wartości zamówienia, a dysponowanie takimi zasobami istotnie wpływa na pozycję konkurencyjną wykonawców. W ocenie Odwołującego, żądanie przeniesienia własności pojemników wykorzystywanych do świadczenia umowy, nie znajduje żadnego uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru odpadów, w której zakres nie wchodzi sprzedaż pojemników na rzecz Zamawiającego. zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c Pucg, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Dostawa pojemników tak ze względu na wartość, jak i zakres nie powinna podlegać połączeniu z usługą odbioru, gdyż w sposób zasadniczy i nieuzasadniony obiektywnymi okolicznościami utrudnia konkurencję. Dotychczasowa praktyka branży usług odbioru odpadów komunalnych nie wskazuje, aby zamawiający

przejmował na własność wykorzystywane przez wykonawców do świadczenia usług pojemniki.

Ad 2 – zarzuty dotyczące kar umownych.

Z odwołania w art. 139 ust. 1 ustawy do przepisów kodeksu cywilnego, wynika, iż postanowienia przyszłej umowy należy rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353^1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in., nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc (tak w wyroku KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt KIO/2036/10). Odwołujący wskazał również na wagę postanowień umownych dla interesu Wykonawcy związanego z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy (tak w wyroku KIO z 18.03.2011 r., sygn. akt KIO/459/11).

Odwołujący podtrzymał zarzuty z odwołania w zakresie w jakim Zamawiający dokonując modyfikacji postanowień siwz nie uwzględnił żądania Odwołującego do obniżenia kar umownych do wartości stanowiącej 10% kwot pierwotnie wskazanych w §12 wzoru umowy. Wskazał na cel kary umownej, która ma zdyscyplinować wykonawcę realizującego umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej zastosowanie nie może prowadzić do naruszenia zasad współżycia społecznego i wprowadzać nadmiernej nierówności stron umowy. Odwołujący przedstawił wyliczenia możliwych do nałożenia kar umownych przy niezmienionych zapisach dla sytuacji wskazanych w lit. a) - 793.500 zł (dla jednego procenta zamówienia w jednym miesiącu) oraz w lit. d) – 936.000 zł. (dla jednego procenta nieruchomości w okresie 30 dni), 873.600 zł (dla drugiego planowanego odbioru w tygodniu) i 811.600 zł (dla trzeciego planowanego odbioru w tygodniu), co łącznie daje kwotę 2.620.800 zł., w lit. e) – 1.587.000 zł (dla jednego procenta pojemników przez okres 30 dni); w lit. g) – 52.900 zł. (dla jednego procenta pojemników), w lit. p) – 45.000 zł. (dla jednego procenta dni roboczych). Opisane przykłady, obejmujące pięć z dwudziestu sytuacji, w jakich

Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych, po zsumowaniu dają kwotę 3.414.400 zł. w przypadku niewykonania umowy poniżej 1%. Porównując to do wysokości wynagrodzenia 1.084.135,05 zł. brutto/m-c wysokość kar uznać należy za wygórowaną i niewspółmierną do wynagrodzenia miesięcznego wykonawcy. W ocenie Odwołującego obniżenie wysokości kar do poziomu 10% obecnej wysokości jest uzasadnione, a kara w takiej wysokości osiągnie zamierzony cel, tj. będzie stanowiła dolegliwość mającą na celu zdyscyplinowanie wykonawcy.

Stanowisko Izby

Odwołania połączone zostały zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2015 r. do wspólnego rozpoznania.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 6 maja 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne podtrzymanych zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę, do udziału w której dopuszczeni zostali wykonawcy, którzy w terminie zgłosili przystąpienia do postępowań odwoławczych w sprawach połączonych po stronie Odwołujących się wykonawców: Remondis Sp. z o.o. z/s w Warszawie i PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Konopiskach (sygn. akt KIO 794/15), Sita Południe Sp. z o.o. z/s w Częstochowie i G. G. „PLESSGAZ" (sygn. akt KIO 800/15). Przed zamknięciem posiedzenia Odwołujący odstąpili od części zarzutów w związku z zakresem modyfikacji treści siwz i ogłoszenia z dnia 05.05.5015 r. Izba rozpoznała odwołania wyłącznie w zakresie podtrzymanych na rozprawie zarzutów.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „ustawą".

A. W sprawie odwołania Sita Południe Sp. z o.o. - sygn. akt KIO 794/15.

Zarzuty naruszenia przepisów ustawy wskazane w pkt. 1-3 i 5 odwołania, tj. nieuprawnionego połączenia w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługi na odbiór i transport odpadów oraz dostawy (przeniesienia własności) pojemników do zbierania odpadów komunalnych, prowadzącego do naruszenia przepisów art. 6d ust. 1 oraz 6g ustawy uczpg w zw. z art. 6 ust. 1 i 2 ustawy, w zw. z art. 7 ust. ustawy, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, w zw. z art. 22 ust. 1 i 4 ustawy, art. 25 ustawy oraz w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy uokik oraz w zw z art. 353^1 kc.

Zamawiający prowadzi postępowanie na podstawie uchwały nr 71.IX.2015 Rady Miasta Częstochowy z dnia 19 marca 2015 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, podjętej na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 15 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, art. 6r ust. 3, 3a-3d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Na mocy uchwały Gmina Miasto Częstochowa przejęła od właścicieli nieruchomości obowiązek wyposażenia

---

nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych, a także obowiązki dotyczące utrzymania tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym i realizuje je, jak część usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w zamian za uiszczoną przez właściciela opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi (§ 1 ust. 2 uchwały – załącznik nr 6 do siwz).

Izba ustaliła, iż w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja II.1.5) 2.11 Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostawę (przeniesienie własności) na rzecz Zamawiającego pojemników do zbierania odpadów komunalnych zgromadzonych na i oraz wydanie na rzecz nieruchomościach zamieszkałych niezamieszkałych ich Zamawiającego w okresie 30 ostatnich dni obowiązywania umowy na podstawie protokołów zdawczo-odbiorczych zgodnie z postanowieniami umowy. Identyczny zapis wprowadzony został w pkt 3.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dostawa (przeniesienia

własności) pojemników stanowi element zamówienia opisanego w skrócie jako odbiór i transport odpadów (…) oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych. Zakresem zamówienia objęte są nie tylko czynności związane z odbiorem i transportem odpadów (pkt od 2.1 do 2.6 ogłoszenia), ale także wyposażenie w okresie obowiązywania umowy w pojemniki oraz sukcesywnie w worki każdej nieruchomości zamieszkałej i niezamieszkałej na terenie miasta Częstochowy – pkt 2.7 ogłoszenia (odpowiednio pkt 3.7 siwz), naprawa (lub wymiana) uszkodzonych lub utraconych pojemników o których mowa w pkt 2.7 głoszenia powyżej w okresie obowiązywania umowy przed przeniesieniem ich własności i wydaniem na rzecz Zamawiającego – pkt 2.8 (odpowiednio pkt 3.8 siwz), mycie i dezynfekcja pojemników, o których mowa w pkt 2.7 ogłoszenia – pkt 2.9, dostawa (przeniesienie własności) pojemników. W ogłoszeniu pkt II.1.6 oraz w swiz w pkt 3 – opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał kody CPV identyfikujące zakres świadczenia, w tym kod 34928480 – pojemniki i kosze na odpady i śmieci.

Zgodnie z regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Częstochowy (uchwała nr 72.IX.2015 Rady Miasta Częstochowy z dnia 19 marca 2015 r. – załącznik nr 5 do siwz), Zamawiający określił rodzaje pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów na terenie nieruchomości w zależności od pojemności, tj. od 60l do 2500 l, łącznie 13 rodzajów pojemników o różnej pojemności wykonanych z tworzywa sztucznego albo metalu (§ 5 ust. 1 pkt 1 lit. od a) do m)).

W załączniku nr 1 do siwz Zamawiający w tabeli zamieścił informacje o sumarycznej pojemności łącznej pojemników – 17.902.610, wynikającej z przeliczenia liczby pojemników i ich pojemności (poz. od 1 do 12, uwzględniające rodzaje pojemników wskazanych w załączniku nr 5 lit. od a) do l). W formularzu ofertowym ilość litrów pojemników do wyceny

określona została wartością 18.562.610. Wielkość z formularza ofertowego uwzględniała sumaryczną pojemność pojemników z tabeli załącznika nr 1 oraz zamieszczonej w tym załączniku tabeli pojemników do selektywnej zbiórki TOPSZOK (660 – sumaryczna pojemność).

W załączniku nr 4 do siwz – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający w pkt 7 opisał wymagania dotyczące pojemników. Między innymi wskazał na obowiązek wykonawcy wyposażenia w pojemniki punkty gromadzenia odpadów (PGO), zapewnienia utrzymania pojemników w czystości oraz odpowiednim stanie sanitarnym i technicznym (pkt 7.2 i 7.3). Ponadto, wykonawca jest zobowiązany do naprawy lub wymiany uszkodzonego pojemnika w trakcie eksploatacji jak również uzupełnienia skradzionego lub zniszczonego pojemnika w wynika aktu wandalizmu, z wyłączeniem pojemników typu „dzwon" o pojemności 2,5 m^3 (pkt 7.7). Wykonawca zgodnie z pkt 9.3 zobowiązany jest do wyposażenia pojemników wskazanych w § 5 ust. 1 pkt 1 i 2 regulaminu utrzymania czystości w transpondery RFID i wymiany uszkodzonych transponderów RFID (pkt. 7.11. i 7.12). Identyfikatory RFID przypisane do wszystkich pojemników stanowić mają element systemu służącego do wymiany informacji o zdarzeniach (SZ), a także systemów: monitorującego (SM) oraz systemu wymiany danych (SWD).

Zgodnie z § 3 ust. 1 lit. o): *Wykonawca dostarczy na rzecz Zamawiającego (przeniesienie własności) i wyda pojemniki wraz z chpami RFID, które znajdować się będą na nieruchomościach zamieszkanych i niezamieszkanych oraz TOPSZOK przy czym dotyczy to pojemników, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 lit. od a) do l) Regulaminu. Dostawa i wydanie pojemników nastąpią w okresie 30 ostatnich dni obowiązywania umowy. Wydanie pojemników nastąpi na podstawie protokołów – zdawczo odbiorczych podpisywanych przez umocowanych przedstawicieli Stron. Przed przystąpieniem do odbioru Strony sporządzą na podstawie danych posiadanych w systemach informatycznych szczegółowe Zestawienie pojemników znajdujących się na nieruchomościach (Zestawienie), w której wskazane będą: adres nieruchomości/PGO, rodzaje pojemników (przeznaczenie) i pojemność. Tak sporządzone Zestawienie będzie podstawą do przeprowadzenia czynności odbiorowych w ramach których umocowani przedstawiciele Stron w terenie sprawdzą każdą lokalizację pojemników i zweryfikują zestawienie/listę, a Zamawiający oceni stan techniczny pojemników. Informacje zebrane w terenie staną się podstawą do sporządzenia protokołów zdawczo-odbiorczych, które będą powstawać na koniec każdego dnia odbiorowego. Zamawiający przejmie (odbierze nabywając własność) tylko te pojemniki które:*

- będą wskazane w protokołach zdawczo odbiorczych;

- będą w stanie technicznym umożliwiającym wykorzystanie tychże pojemników w przyszłości, tj. będą sprawne technicznie, nie będą posiadały pęknięć, będą miały sprawne

---

kółka, wszystkie zaczepy i zawiasy będą sprawne, będą miały cechy określone Regulaminem, będą wyposażone w chipy RFID,

- pojemniki wolne będą od zastawu ani nie będą obciążone innymi prawami osób trzecich, zajęciami komorniczymi ani nie będą miały innych wad prawnych – co Wykonawca potwierdzi stosownym oświadczeniem złożonym wraz z protokołami odbioru. Zapłata za dostawę pojemników nastąpi na podstawie protokołów zdawczo-odbiorczych podpisanych przez Strony w oparciu o które ustalony zostanie ogólny litraż dostarczonych i odebranych pojemników.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż celowość zakupu pojemników na rzecz Gminy Miasta Częstochowy nie budzi zastrzeżeń. Stanowi bowiem o wykonaniu obowiązku nałożonego aktem prawa miejscowego (uchwała Rady Miasta Częstochowa) polegającego na wyposażeniu nieruchomości w pojemniki do zbierania odpadów komunalnych w ramach pobieranej opłaty od właścicieli nieruchomości. Również z wypowiedzi Odwołującego płynął wniosek, iż sama dostawa pojemników na rzecz Zamawiającego nie budzi zastrzeżeń o tyle, o ile nie jest połączona z zamówieniem na świadczenie usługi odbierania odpadów i transportu wraz z zagospodarowaniem. Stanowi to istotę zarzutów z punktu 1-3 odwołania.

Na wstępie należy podnieść, iż nie jest oczywistym, aby taki zakres zamówienia naruszał interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiający się w tym, iż wykonawca nie może złożyć ważnej oferty. Z treści oświadczeń wiedzy składanych przez strony na rozprawie wynika bowiem, iż to podmioty zajmujące się działalnością z zakresu odbioru i transportu odpadów prowadzą obrót pojemnikami używanymi. Wskazywało na to również odpowiedź jaką uzyskał Zamawiający od producenta pojemników, który wskazał iż nie posiada w ofercie pojemników używanych. Można przyjąć zatem, iż Odwołujący może złożyć ofertę nie tylko na usługę, ale również na dostawę (przeniesienie własności) pojemników. Odrębnym zagadnieniem pozostaje natomiast stwierdzenie, czy Odwołujący jest zainteresowany takim zakresem zamówienia. W ocenie Izby występowanie wyłącznie w roli obrońcy innych podmiotów, które zajmują się wyłącznie dostawą pojemników nowych lub używanych nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Już z tego powodu odwołanie w zakresie tego zarzutu podlegało oddaleniu. Niezależnie od powyższego Izba odniosła się do argumentacji podnoszonej w uzasadnieniu zarzutów z pkt 1-3 odwołania Sita.

Odnośnie zarzutu błędnego określania w ogłoszeniu o zamówieniu rodzaju zamówienia, jako usługi Izba uznała, iż nie tylko opis z pkt II.1.5 ogłoszenia identyfikuje zakres zamówienia. Zamawiający wskazał bowiem w pkt II.1.6 ogłoszenia i odpowiednio w pkt 3 siwz kody CPV, a wśród nich kod dla pojemników i koszy na śmieci. Nie można również pominąć, iż w skróconym opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymienił

---

wprost jako jego element dostawę pojemników. W ocenie Izby, zapisy ogłoszenia nie wprowadzają w błąd potencjalnych wykonawców, którzy byliby zainteresowani ubieganiem się o zamówienie na dostawę pojemników w konsorcjum z innym podmiotem świadczącym usługę odbioru odpadów i transportu. Niezależnie od wartościowego udziału dostawy (której wartość strony odmiennie szacowały na kwoty od kilku do kilkunastu milionów złotych), samo połączenie usługi z dostawą nie stanowiło o naruszeniu przepisów ustawy, które miałoby wpływ na wynik postępowania. Nie miało to na pewno wpływ na tryb postępowania, w jakim Zamawiający zamierzał wyłonić wykonawcę i sposób oszacowania wartości zamówienia. Postępowanie prowadzone jest w pełnej procedurze, a ogłoszenie w publikatorze unijnym umożliwia zainteresowanie szerszego grona podmiotów. Odnosząc się natomiast do zakresu dokumentów właściwych dla podmiotów świadczących usługę odbioru i transportu odpadów Izba uznała, iż przy takim zakresie zamówienia samodzielny udział podmiotów zajmujących się dostawą nie jest możliwy. Nie oznacza to jednak, iż zostali oni wyłączeni z zamówienia

czy to w charakterze podwykonawców, czy też konsorcjantów. Nie można oczekiwać, aby Zamawiający kosztem swoich uzasadnionych potrzeb prowadził postępowanie, tak aby zadowolić jak najszersze grono podmiotów. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma przede wszystkim zapewnić osiągnięcie celu postępowania, jakim jest zaspokojenie potrzeb Zamawiającego. Dopóki w postępowaniu zachowana jest równowaga pomiędzy zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a oczekiwaniami Zamawiającego, tak co do podmiotu jaki może uzyskać zamówienie, jak i wymaganiami co do przedmiotu świadczenia, wykonawca może jedynie podjąć decyzję o tym czy jest zdolny spełnić wymagania i złożyć ofertę. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby włączenie do zamówienia dostawy prowadziło do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie jest organem uprawnionym do prowadzenia badania wpływu ewentualnych dalszych działań Zamawiającego po przeniesieniu własności pojemników na konkurencję na rynku właściwym, co ewentualnie może być przedmiotem postępowania antymonopolowego. Na obecnym etapie postępowania Izba nie jest możliwe dokonanie żadnych pewnych ustaleń, co do dalszego wykorzystania pojemników, a w szczególności ustalenie, iż podmiot prowadzący postępowanie zamierza ingerować w rynek odbioru i transportu odpadów komunalnych. Zamawiający zobowiązany jest natomiast do wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady, co zdaniem Izby uzasadnia włączenie dostawy (przeniesienia własności) pojemników do zakresu zamówienia. Mając na uwadze zakres usługi, obejmujący między innymi rozstawienie pojemników, dbałość o ich stan techniczny i czystość, również wymianę uszkodzonych i niesprawnych pojemników w trakcie realizacji umowy, zasadnym z punktu widzenia interesu Zamawiającego było wskazanie, iż przeniesienie własności pojemników odbędzie się pod koniec realizacji umowy. Do tego czasu nie przechodzą na

---

Zamawiającego ryzyka związane z uszkodzeniem pojemników, które w postępowaniu obejmującym wyłącznie usługę odbioru odpadów, również obciążają wykonawcę. Nie można zatem z tego tytułu czynić zarzutu Zamawiającemu, iż odłożenie przeniesienia własności na ostatnie 30 dni świadczenia usługi, uniemożliwia wykonawcom oszacowanie wartości usługi. Na wartość usługi nie wpływa bowiem wartość dostawy pojemników, odrębnie wycenianej w formularzu ofertowym. Izba uznała, iż przeniesienie własności pojemników pozostaje w ścisłym związku z zakresem usługi, w ten sposób, iż dopiero pod ocenie stanu technicznego pojemników w ostatnich 30 dniach świadczenia usługi Zamawiający dokona przyjęcia pojemników znajdujących się w odpowiednim stanie (opisanym w siwz). Ponieważ przedmiotem dostawy nie są jakiekolwiek pojemniki o wielkości opisanej w załączniku nr 1 do siwz, ale pojemniki ochipowane, włączone w system informatyczny Zamawiającego, zasadnym było utrzymanie zakresu zamówienia bez zmian.

Zasadnym okazał się zarzut z pkt 4 odwołania - naruszenia art. 6d ust.4 ustawy uczpg w zw. z art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 14 oraz w zw. z art. 353^1 k.c. poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nie uwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, polegające na ustaleniu ceny zapłaty za dostawę (przeniesienie własności) pojemników o różnych parametrach w oparciu za litr z ogólnego litrażu dostarczanych i odebranych pojemników przez Zamawiającego, co uniemożliwia oszacowanie w sposób prawidłowy ceny ofertowej (pkt II.1.5, 2.11 ogłoszenia oraz 3.3.11 siwz, pkt 1 lit. C załącznika nr 10 do siwz, § 3 ust.1 lit. o oraz § 8 pkt 2 lit. f załącznika nr 14 do siwz)

W formularzu ofertowym Zamawiający wymagał określenia ceny zapłaty za dostawę (przeniesienie własności) pojemników wyliczoną jako wartość ogólnego litrażu dostarczanych i odebranych pojemników. Zamawiający wskazał ogólną ilość litrów w wielkości 18.562.610, uwzględniającą sumaryczną pojemność pojemników z tabeli załącznika nr 1 oraz zamieszczonej w tym załączniku tabeli pojemników do selektywnej zbiórki TOPSZOK (660 – sumaryczna pojemność). Do ogólnej wielkości litrów nie zostały wliczone pojemniki 2.500 l.

Zamawiający ustalił w *§ 8 ust. 1 – strony zgodnie postanawiają, iż określona przez Wykonawcę w Załączniku nr 2 do niniejszej Umowy wartość wynagrodzenia ofertowego za wykonanie całości przedmiotu Umowy w zakresie dostawy pojemników w kwocie ….. (słownie ……..) złotych brutto, została określona jako suma iloczynów szacunkowej ilości litrażu pojemników wskazanych przez Zamawiającego w formularzu Oferty oraz wskazanej*

przez Wykonawcę ceny jednostkowej za litr.

ust. 2 lit f) – Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie za realizację przedmiotu niniejszej umowy w kwocie ryczałtowej …… Słownie ……..)

---

złotych brutto za każdy litr z ogólnego litrażu pojemników dostarczonych i odebranych przez Zamawiającego zgodnie z § 3 ust. 1 lit o) Umowy.

Izba uznała, iż ustalony sposób wyceny nie uwzględnia różnicy w cenie za poszczególny rodzaj pojemników dostępnych na runku, której wysokość uzależniona jest od pojemności. Przy pojemnikach mniejszych cena za jeden litr jest wyższa od ceny litra pojemnika większego (dowód – przedłożone na rozprawie oferty oraz zgodne oświadczenia stron). Zamawiający narzucił wykonawcom sposób kalkulacji ceny ofertowej za dostawę przyjmując do wyliczenia uśrednioną wartość litra dla wszystkich rodzajów pojemników. W praktyce oznaczało to, iż wykonawcy związani byliby ceną jednostkową litra dla każdego z przejmowanych pojemników. Jednocześnie Zamawiający dopiero na etapie sprawdzenia i odbioru pojemników wskazałby ilości i rodzaje pojemników do których przeniesienia ma dojść za cenę podaną w ofercie. Prowadzić mogłoby to do sytuacji, w której Zamawiający płaciłby za pojemnik o małej pojemności cenę nierynkową, zaniżoną, co zdaniem Izby prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców powinien móc oszacować w sposób należyty wartość dostawy przez wskazanie jednostkowej ceny ryczałtowej, stanowiącej podstawę do ustalenia ostatecznej ceny dostawy (po przeprowadzeniu procedury odbioru pojemników). Ma to również znaczenie dla zapewnienia porównywalności ofert na etapie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Pozostawienie dotychczasowych zapisów uniemożliwiałoby ustalenie, czy wykonawcy uwzględnili wszystkie rodzaje pojemników, a tym samym czy cena została skalkulowana w sposób rzetelny. W związku z powyższym Izba nakazała dokonanie modyfikacji treści załącznika nr 10 do siwz (formularza ofertowego) i wprowadzenie odpowiednich zmian w dalszych postanowieniach siwz, związanych ze sposobem ustalenia wynagrodzenia za przeniesienie własności pojemników, w szczególności w załączniku nr 13 do siwz (par. 8).

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 139 ustawy w zw. z art. 353^1 kc w zw. z ar 7, art. 14, art. 29 ustawy poprzez sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji: wprowadzenie w § 10 pkt 1 lit. k załącznika nr 14 do siwz zapisu, że zamawiającemu przysługuje prawo kontroli realizacji świadczonych przez wykonawcę usług oraz innych elementów, których zakres podlega ocenie na podstawie obowiązków wynikających z przepisów prawa oraz zapisów siwz, a w szczególności w innych przypadkach przewidzianych umową oraz zapisów pkt 9.7 załącznika nr 4 do siwz.

W pkt 9.7 załącznika nr 1 do siwz – Zamawiający przewidział formy kontroli przebiegu realizacji umowy, tj. obserwacji bezpośrednio w terenie lub analizy dokumentów

---

udostępnianych przez Wykonawcę, monitoringu z systemów zamontowanych w pojazdach lub urządzeń monitorujących umieszczonych na terenie miasta, za pośrednictwem systemów elektronicznych i zapisach zdarzeń na nośnikach elektronicznych. Zamawiający zastrzegł w pkt 9.7.4 możliwość udziału wykonawcy w czynnościach kontrolnych, który nie ogranicza prawa do wniesienia zastrzeżeń. Analogiczne postanowienia przeniesione zostały do wzoru umowy (załącznik nr 14 do siwz w § 10).
Modyfikacją z dnia 05.05.2015 r. Zamawiający wprowadził zmianę w załączniku nr 4 do siwz w pkt 9.7.3 przez wskazanie na powinność Zamawiającego uprzedzenia Wykonawcy o zamiarze przeprowadzenia kontroli z wyprzedzeniem co najmniej 6 godzin (nie dotyczy kontroli w trybie pkt 9.7.2).

Oddalając zarzut Izba miała na uwadze przede wszystkim brak wpływu przedmiotowego zapisu na treść oferty, a tym samym jej sporządzenie i złożenie jako zgodnej z siwz. Odwołujący zasadniczo opierał zarzut na dotychczasowej współpracy z

Zamawiającym i sposobie prowadzenia kontroli, w których udział przedstawicieli wykonawcy był w zasadzie niemożliwy, a ilość zastrzeżeń kierowanych pod adresem wykonawcy znacząco angażowała pracowników w czynności wyjaśniające. Żądaniem Odwołującego było, aby Zamawiający wprowadził co najmniej 4 dniowy czas na zawiadomienie wykonawcy o planowanej kontroli. Izba oddalając odwołanie w tym zakresie uznała, iż czynność Zamawiającego nie narusza prawa wykonawcy do złożenia ważnej oferty, gdyż postanowienia te nie wpływają na treść oferty, a zatem jej zgodność z siwz, a tym samym pozostają bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Izba uznała, iż żądanie wydłużenia czasu na zawiadomienie wykonawcy do 4 dni przed terminem planowanej kontroli, czyniłoby iluzoryczną kontrolę wykonywania umowy, której charakter uzasadnia bieżący stały nadzór nad wykonawcą.

W świetle powyższego, Izba uwzględniła odwołanie z uwagi na zarzut związany z ustalonym sposobem wyceny dostawy (przeniesienia własności) pojemników i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści siwz we wskazanym powyżej zakresie.

B. W sprawie odwołania Remondis Sp. z o.o. – KIO 800/15.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz prowadzący do nierównego traktowania wykonawców, jak również prowadzący do powstania warunków uniemożliwiających powstanie konkurencji, ze względu na objęcie zakresem

---

zamówienia przeniesienia własności pojemników na Zamawiającego przed zakończeniem obowiązywania umowy.

Izba oddaliła odwołanie z uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku odwołania KIO 794/15.

Zarzut naruszenia art. 353^1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 art. 14 art. 29 oraz art. 139 ust. 1 poprzez sporządzenie załącznika nr 14 do siwz wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim Zamawiający ustalił wysokość kar umownych.

Zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz w zakresie wysokości części kar wskazanych w załączniku nr 14 do siwz, w części obniżając do wysokości o jaką występuje Odwołujący, tj. 10% pierwotnej wartości (tak w przypadku § 12 ust. 1 pkt b), pkt e) i q). Zamawiający obniżył kary za zdarzenia opisane w § 12 ust. 1 pkt c), d), g), n), p). Pozostałe kary Zamawiający utrzymał na niezmienionym poziomie.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze, iż w orzecznictwie powszechnym wskazuje się, iż zasada swobody umów doznaje ograniczenia na gruncie stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. Szeroko w tym zakresie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt KIO 283/14, w którym wskazała, iż przedmiotowe *ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za sui generis umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 3531 k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu*

umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie

Sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15 24

---

wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego" (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08). Przychylając się w całości do tej argumentacji Izba w składzie rozpoznającym sprawę uznała, iż nie jest rolą Izby miarkowanie wysokości kary, co ewentualnie może stanowić podstawę powództwa wnoszonego do sądu powszechnego. Skoro przewidziane kary dotyczą konkretnych obowiązków, jakie spoczywać będą na wykonawcy usługi, a do ich wskazania umocowują Zamawiającego przepisy ustawy, to po stronie wykonawcy pozostaje decyzja o tym, czy do postępowania przystąpić. Uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony (patrz wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11, wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Jak wskazał SO w Gdańsku, jeżeli określone ryzyka zostają przerzucone na wykonawcę, ten ostatni w ramach kształtowania wynagrodzenia ma możliwość ustalenia takiej jego wysokości, aby uczynić cenę ekwiwalentem jego obowiązków kontraktowych. (…)

Mając powyższe na względzie Izba oddaliła odwołanie w całości.

Sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15 25

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 3 oraz § 6 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w sprawie sygn. akt. KIO 794/15 stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika i jego dojazdu na posiedzenie i obciążyła nimi Zamawiającego w sprawie sygn. akt. KIO 794/15 oraz Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 800/15.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15 26