Sygn. akt: KIO 1204/15

WYROK
z dnia 17 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2015 r. przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Milicz, ul. Trzebnicka 2, 56-300 Milicz,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław,** tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. zasądza od odwołującego **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** na rzecz **zamawiającego Gminę Milicz, ul. Trzebnicka 2, 56-300 Milicz,** kwotę **4 344 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Milicz, ul. Trzebnicka 2, 56-300 Milicz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne na terenie gminy Milicz wraz z zagospodarowaniem selektywnej zbiórki, łącznie z odpadami segregowanymi pochodzącymi z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów w Stawcu”.*

W dniu 27 maja 2015 roku zostało ponownie opublikowane zmienione (w skutek odwołań wniesionych do KIO i postanowienia KIO z dnia 22.05.2015 r.) ogłoszenie oraz w dniu 28 maja 2015 roku zmieniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Dnia 5 czerwca 2015 roku wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na zapisy ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, formułując następujące zarzuty:

1) w „Istotnych postanowieniach umowy" w pkt 18 ppkt 5) Zamawiający zastrzegł sobie *„prawo bieżących zmian w zakresie zmiany liczby obsługiwanych nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych , uzależnionych od potrzeb zamawiającego",* a co faktycznie stanowi zwiększenia lub zmniejszenia ilości odpadów odbieranych miesięcznie, podczas gdy tak istotnej zmiany umowy nie ma w postanowieniach SIWZ, co w konsekwencji jest ukrytym sposobem do częściowego odstępowania od umowy, w sposób niezgodny z art. 145 ustawy Pzp, jak również dowodem na nie uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów z postępowań odwoławczych nr KIO 1038/15 i KIO 1039/15, która to czynność legła u podstaw wydania Postanowienia KIO z dnia 22.05.2015 roku o umorzeniu tych postępowań odwoławczych,
2) zamawiający zapisał warunek udziału w postępowaniu, wskazany w pkt 8.1.3. tiret 2 po zwrocie *„Uwaga"* wskazujący, że odpady z terenu gminy Milicz mają trafiać do instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych - MBP w Krynicznie i Rudnej Wielkiej i Jaroszowie - jednakże Zamawiający nie precyzuje czy do jednej z nich, czy do każdej, czy proporcjonalnie, co w konsekwencji powoduje, że warunek ten uniemożliwia Odwołującemu obliczenie wartości należnego mu wynagrodzenia i utrudnia dostęp do udziału w postępowaniu,

oraz stanowi informację, którą jako warunek udziału w postępowaniu, z punktu widzenia formalnego, nie można ocenić na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy Pzp i akty wykonawcze oraz ze względu na miejsce jej zapisu poza OPZ, można uznać za nie stanowiącą elementu OPZ,
3) zamawiający zapisał warunek udziału w postępowaniu, wskazany w pkt 8.1.3. zwrot *„Uwaga"* po pierwszym akapicie wskazujący, że Zamawiający wymaga aby usługa obejmowała również zapewnienie przez Wykonawcę dojazdu do punktów trudno dostępnych (szczególnie zimą i w okresie wzmożonych opadów deszczu i śniegu) poprzez zorganizowanie środków transportu, które umożliwią odbiór odpadów z punktów adresowych o problematycznej lokalizacji - wynikających ze złych parametrów technicznych dróg, co w konsekwencji, przy czym w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie sprecyzował zakresu opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie, czym uniemożliwia Odwołującemu obliczenia wartości należnego mu wynagrodzenia i utrudnia dostęp do udziału w postępowaniu oraz stanowią informację, którą jako warunek udziału w postępowaniu, z punktu widzenia formalnego, nie można ocenić na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy Pzp i akty wykonawcze oraz ze względu na miejsce jej zapisu poza OPZ, można uznać za nie stanowiącą elementu OPZ,
4) zamawiający wprowadził do opisu przedmiotu zamówienia zapisy uniemożliwiające wykonanie w sposób należyty zamówienia, czym utrudnia dostęp do udziału w postępowaniu, złożenie porównywalnych ofert i prowadzi postępowanie w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Do zapisów tych należą wszystkie wymienione i opisane w uzasadnieniu w szczególności w SIWZ: pkt. 3 Opis Przedmiotu Zamówienia pkt .3.3); Rozdział I pkt. 5 e) oraz 6 e) oraz 7 e), w Rozdziale I w „Uwagach", pkt. 3.2. SIWZ, w Rozdziale I w pkt 17, 18 SIWZ, Rozdział Iii pkt 1) lit.c) oraz pkt 3; w pkt 7 (termin realizacji zamówienia), w pkt 8 (Warunki udziału w postępowaniu...), w Załączniku nr 13 w pkt 2, w Ogłoszeniu: w pkt 11.1.2.4. Rozdział I, 1) f. , w pkt 20, w Rozdz. II pkt 2), w Rodz. III pkt 7g.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o nakazanie:

1. zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie pkt 18 ppkt 5) w „Istotnych postanowieniach umowy" w s.i.w.z.,
2. zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 8.1.3. tiret 2 po zwrocie *„Uwaga"* wskazujący, że odpady z terenu gminy Milicz mają trafiać do instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych - MBP w Krynicznie lub Rudnej Wielkiej lub Jaroszowie i pozostawić decyzję w zakresie

wyboru instalacji Wykonawcy i odpowiednio dopasować pozostałe zapisy SIWZ w tym zakresie,

3. wykreślenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 8.1.3. zwrot *„Uwaga"* po pierwszym akapicie wskazujący, że Zamawiający wymaga aby usługa obejmowała również zapewnienie przez Wykonawcę dojazdu do punktów trudno dostępnych (szczególnie zimą i w okresie wzmożonych opadów deszczu i śniegu) poprzez zorganizowanie środków transportu, które umożliwią odbiór odpadów z punktów adresowych o problematycznej lokalizacji - wynikających ze złych parametrów technicznych dróg, lub ewentualnie zgodny z przepisami ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie pozwalający na rzetelną wycenę przez wykonawcę,
4. zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia w sposób uwzględniający przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2013 poz. 1399 z późn. zm), ustawy prawo zamówień publicznych oraz uchwały nr XXXVI/I/164/2012 Rady Miejskiej w Miliczu z dnia 31 stycznia 2013 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Milicz oraz Uchwały nr XXXVI/137/2012 Rady Miejskiej w Miliczu z dnia 31 stycznia 2013. poprzez wykreślenie lub odpowiednią zmianę zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności w miejscach wskazanych w uzasadnieniu,
5. wykreślenia z opisu przedmiotu zamówienia zapisów uniemożliwiających jego wykonanie lub należyte wykonanie lub wycenę (łub odpowiednia zmiana zapisów SIWZ w tym zakresie), tj. w szczególności opisanych w uzasadnieniu - w SIWZ: pkt. 3 Opis Przedmiotu Zamówienia pkt .3.3); Rozdział I pkt. 5 e) oraz 6 e) oraz 7 e), w Rozdziale I w „Uwagach", pkt. 3.2. SIWZ, w Rozdziale I w pkt 17, 18 SIWZ, Rozdział III pkt 1) lit.c) oraz pkt 3; w pkt 7 (termin realizacji zamówienia), w pkt 8 (Warunki udziału w postępowaniu...), w Załączniku nr 13 w pkt 2, w Ogłoszeniu: w pkt 11.1.2.4. Rozdział 1,1) f., w pkt 20, w Rozdz. II pkt 2), w Rodz. III pkt 7g.
6. uwzględnienia odwołania w całości,
7. zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku reprezentacji Odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, a każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada interes w jego uzyskaniu, szczególnie, że odwołujący prowadzi działalność w zakresie

gospodarowania odpadami i w ww. postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego zamierza złożyć ofertę.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. 3.3.3. s.i.w.z. - zagospodarowania i odbioru odpadów z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK), położonego w Stawcu, prowadzonego przez ZUK w Miliczu oraz zgodnie z ostatnim akapitem w rozdziale II s.i.w.z., umożliwił wykonawcy prowadzenie punktu przeładunkowego na terenie Stawca, zlokalizowanego obok Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, na warunkach ustalonych z operatorem PSZOK - ZUK w Miliczu. Jak również dodatkowo w tym celu zamawiający deklaruje możliwość przekazania części działki nr 34/4 AM 1 obręb Stawiec na potrzeby prowadzenia punktu przeładunkowego. Biorąc pod uwagę fakt, iż do tej pory punkt ten prowadzony był przez wykonującego zagospodarowanie i odbiór odpadów, zamawiający winien w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości oraz transparentny opisać zasady współpracy z ZUK w Miliczu, prowadzącym (PSZOK) i zasady oraz wszelkie

wymagania jakie obecnie będą obowiązywać na ternie PSZOK, mające wpływ bezpośredni i pośredni na wykonywanie powierzanej usługi w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobnie sprawy się mają w przypadku intratnej dla każdego z wykonawców, propozycji prowadzenia punktu przeładunkowego. Odbywać się ma to jednak w oparciu o zasady (również nigdzie nie opisane) ustalone z ZUK Milicz, jak również nigdzie nie opisane reguły na jakich przekazana zostanie przez zamawiającego sama nieruchomość. OPZ pozbawiony jest istotnych informacji, co pozbawia odwołującego możliwości rzetelnego przygotowania oferty, a w szczególności prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej. Poza powyższym nie opisanie przez zamawiającego powyższych istotnych zasad współpracy z PSZOK (w tym zasad panujących na terenie PSZOK), jak również reguł przekazania i wykorzystywania nieruchomości stanowi niezdefiniowany obszar, dający możliwość do różnego i nieuregulowanego, pozbawionego zasad transparentności i przedziału czasowego (przed, w trakcie postępowania lub po jego udzieleniu) kształtowania zasad współpracy pomiędzy: ZUK Milicz a potencjalnymi wykonawcami, biorącymi udział w przedmiotowym postępowaniu oraz zamawiającym i potencjalnymi wykonawcami, biorącymi udział w przedmiotowym postępowaniu, co wprost stanowi załamanie zasad uczciwej

konkurencji i świadczy o formułowaniu zasad w publicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób dalece odbiegający obowiązujących norm i zasad, również etycznych, stwarzających warunki dla działań noszących znamiona przestępstwa.

Zgodnie z s.i.w.z. rozdział I pkt. 7 lit. e - odbierania odpadów ulegających biodegradacji z terenów nieruchomości niezamieszkałych z minimalną częstotliwością 2 razy w tygodniu. Tak postawiony wymóg SIWZ jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa miejscowego określonymi Uchwałą nr XXXVI/I/164/2012 Rady Miejskiej w Miliczu z dnia 31 stycznia 2013 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Milicz oraz Uchwałą nr XXXVI/137/2012 Rady Miejskiej w Miliczu z dnia 31 stycznia 2013. W uchwałach znajdują się sprzeczne informacje na temat odbioru odpadów biodegradowalnych. Wobec powyższego określenie przez zamawiającego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia będzie prowadziło do negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy. Zamawiający zapisami s.i.w.z. praktycznie uniemożliwił wykonanie zamówienia, ponieważ postawione warunki są wzajemnie się wykluczające lub opisane w sposób nie dający się zastosować w normalnych warunkach lub nie dające się wycenić, ze względu na: czas ich zorganizowania (po prostu brakować może dni tygodnia na tak zadane warunki odbioru), fizyczną możliwość zorganizowania (np. odbiór wszystkich frakcji segregowanych z terenu całej Gminy Milicz - szkło, papier, tworzywa i odpady zielone - przewidziane do odbioru w jednym dniu) czy też w konsekwencji brak możliwości sporządzenia harmonogramu lub brak możliwości sporządzenia raportu za miesiąc lipiec, przy jednoczesnym narażaniu się na negatywne skutki prawne z tym związane, brak możliwości oszacowania podstawowych parametrów kosztotwórczych składających się na usługę ponieważ: wszystkie odpady mają trafić do przeładunku do ZUK Milicz, wymaga się dostarczenia większej ilości worków do PSZOK-u bez podawania danych w tym zakresie, wymaga się odbioru odpadów pochodzenia budowlanego w każdej ilości i dodatkowo bezpośrednio „u źródła" i jednocześnie nie precyzuje się zasad wezwania, częstotliwości i ilości - podstawowych parametrów tego zakresu usług, wymaga się aby usługa obejmowała zapewnienie przez wykonawcę dojazdu do punktów trudno dostępnych (szczególnie zimą i w okresie wzmożonych opadów deszczu i śniegu) poprzez zorganizowanie środków transportu, które umożliwią odbiór odpadów z punktów adresowych o problematycznej lokalizacji - wynikających ze złych parametrów technicznych dróg. Zamawiający nie sprecyzował jednak rodzaju tych pojazdów, zakresu (opisu przedmiotu zamówienia) usług, a być może nawet robót budowlanych w tym zakresie, czym skutecznie i w bardzo poważnym zakresie uniemożliwia wycenę usługi w tym zakresie, wymaga się w ramach realizacji innych prac w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Zamawiający umożliwił korzystanie, za dodatkową opłatą ponoszoną przez właściciela nieruchomości, z usługi odbioru zagospodarowania odpadów powstałych powyżej limitu wskazanego w Regulaminie

UCIP w gminie Milicz, tj. 4,6 kg na osobę tygodniowo. Wykonawca jednak nie ma możliwości stwierdzenia czy i przy którym odbiorze dochodzi do przekroczenia tego limitu. Tym samym

zamawiający naraża wykonawcę na istotne straty i nie daje możliwości skutecznego pobrania wynagrodzenia za ten zakres świadczonych usług, wymaga się zapewnienia środka transportu przez wykonawcę (przy uwzględnieniu dwóch osób kontrolujących ze strony zamawiającego) oraz zamawiający zastrzega sobie prawo do codziennej kontroli, co związane jest z przejazdem do 60 km w ciągu jednego dnia. Zamawiający jednak nie precyzuje żadnych wymagań w tym zakresie. Brak możliwości zapewnienia osiągnięcia podstawowych parametrów narzuconych w opisie przedmiotu zamówienia - w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu odpadów budowlanych (zgodnie z s.i.w.z. rozdział II pkt 2 - odpady budowlane będą zbierane wyłącznie w PSZOKu, który prowadzi ZUK, a zatem ilość i jakość tych odpadów nie będzie zależna od wykonawcy, a przez to wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu na osiągnięcie poziomu recyklingu).

Tym samym zamawiający sformułował opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do udziału w postępowaniu dla każdego uczciwego i rzetelnego wykonawcy, chcącego świadczyć usługi na jak najwyższym poziomie w szczególności w zgodzie z przepisami prawa.

Zamawiający, w dniu 16 czerwca 2015 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości zgadza się z argumentacją podniesioną przez zamawiającego.

Zarzut nr 1. Izba podnosi, iż w świetle art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, powyższy zarzut jest bezzasadny. Przepis stanowi wprost, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej (m.in.) „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do

treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego”, a zatem wszelkie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej integralnych załączników należy odczytywać łącznie, gdyż tylko łącznie określają one zarówno przedmiot samego zamówienia, jak również warunki stawiane przez zamawiającego.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, dokonał tego na dzień opracowania s.i.w.z. Nie jest on jednak w stanie przewidzieć stanu „na przyszłość”, a zatem chcąc pozwolić potencjalnemu wykonawcy na uwzględnienie w cenie oferty ewentualnego ryzyka biznesowego, wprowadził informację dla zapewnienia transparentności zamówienia oraz uniknięcia ewentualnych sporów w trakcie wykonywania umowy oraz zarzutów zatajenia okoliczności dotyczących udzielanego zamówienia. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wykonawcom wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może przecież ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę (vide: KIO 24/14 z dnia 22 stycznia 2014 r.). Określone przez zamawiającego w s.i.w.z. wynagrodzenie ryczałtowe, uregulowane w art. 632 Kodeksu Cywilnego, rozkłada ryzyko równomiernie pomiędzy obydwie strony stosunku zobowiązaniowego. Nadto, uregulowania § 2 przywołanego przepisu, dają wykonawcy możliwość ewentualnego dochodzenia roszczenia o podwyższenie ryczałtu na drodze sądowej. Izba zwraca uwagę na fakt, iż odwołujący świadczy obecnie usługi stanowiące przedmiot zamówienia, na terenie zamawiającego.

Przepis art. 145 ustawy Pzp, jest przepisem szczególnym dotyczącym wyłącznie umów w sprawach zamówień publicznych, który przyznaje zamawiającemu, w celu ochrony

interesu publicznego, prawo do odstąpienia od umowy w całości, gdy realizacja świadczeń objętych umową stała się zbędna, nie zaś w przypadku, gdy zakres świadczenia wykonawcy ulega zmniejszeniu. Jak wskazał Sąd Najwyższy (wyrok z 6 czerwca 2012 roku, sygn. akt III CSK 304/11), istotna zmiana okoliczności wskazana w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, jest wprawdzie zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż „nadzwyczajna zmiana stosunków" wymieniona w art. 357 [1] k.c, tym niemniej sformułowanie "istotna" wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych, w każdym razie nieobjętą zwykłym ryzykiem kontraktowym, z którym powinni się liczyć kontrahenci. Istotna zmiana okoliczności może mieć swoje źródło w zdarzeniach natury faktycznej (np. odstąpienie przez gminę od umowy budowy szkoły, związane z koniecznością natychmiastowej naprawy szkód popowodziowych), jak i prawnej (np. odstąpienie od umowy, której przedmiot świadczenia przestał być niezbędny z uwagi na zdjęcie obowiązku realizacji określonego zadania).

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 24/14 *zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. (…) Przewidziane w warunkach zamówienia zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb zamawiającego nie mogą zostać z góry wyłączone, czy ograniczone - bez względu na uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie tak w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia.* Powyższe tezy korelują w pełni z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia wykonawcy zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lipca 2013 roku, sygn. akt KIO 1702/13; KIO 1708/13 stwierdziła, iż *przewidziana we wzorze umowy możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, jeżeli zamawiający uzna, że wykonywanie wszystkich robót jest niecelowe lub jeżeli postanowi wykonać te roboty w ramach innego zamówienia publicznego, nie ma nic wspólnego z możliwością odstąpienia od umowy, przewidzianą art. 145 p.z.p.*

Zarzut nr 2. W ocenie Izby brak precyzyjnego wskazania instalacji odbierającej odpady, daje wykonawcom całkowitą swobodę skalkulowania ceny uwzględniającej dostarczanie odpadów do instalacji położonych optymalnie z punktu widzenia wykonawcy świadczącego usługi objęte niniejszym zamówieniem. Biorąc pod uwagę fakt, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiążą obie strony zamówienia, zarówno na etapie postępowania, jak również w trakcie wykonywania umowy, zapis taki gwarantuje wykonawcom elastyczność świadczenia. Opis przedmiotu zamówienia powinien przede wszystkim pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06, stwierdził, że z przepisu art. 29 ust. 1 wynika, iż: "Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie można pomijać okoliczności, iż określenia te kierowane są do profesjonalistów zajmujących się zawodowo wykonywaniem prac danego rodzaju, którzy mają możliwość odczytania zamówienia w ten sposób, który umożliwi

złożenie stosownej oferty i zapewni wykonanie umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego."

Zakaz naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nie oznacza jednak konieczności nabycia przez zamawiającego usług nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości,

funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., sygn. akt V Gaz 90/07: "Uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...)". Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: "Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy".

Zarzut nr 3. Izba wskazuje, że zarzut podniesiony do określonego sformułowania s.i.w.z. jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, opisującym w sposób możliwie dokładny warunki, w jakich być może przyjdzie świadczyć usługi wykonawcy, dając tym samym kolejną wskazówkę, pozwalającą na dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty, tym samym wypełniając przesłankę z art. 29 ustawy Pzp, w zakresie opisu wyczerpującego i uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zdaniem Izby zamawiający nie jest w stanie przewidzieć wszystkich elementów mogących wystąpić w trakcie realizacji zamówienia, a co dopiero określić je precyzyjnie na potrzeby przygotowania postępowania przetargowego. Zamawiający, realizując jako jednostka samorządowa, zadania własne Gminy, a więc cele publiczne, z oczywistych względów nie może wyłączyć z postępowania wytwórców odpadów do których dojazd jest utrudniony. Trzeba także mieć na względzie, iż informacje te zostały podane przez zamawiającego w s.i.w.z., w części opisującej techniczne warunki udziału w postępowaniu - dotyczące wymaganych pojazdów specjalistycznych. W ramach tych informacji pojawiło się również zalecenie dokonania przez wykonawców wizji lokalnej, w celu zapoznania się ze specyfiką terenu Gminy Milicz, a zatem również w celu umożliwienia rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

Zarzut 4. Odnosząc się powyższych zarzutów sformułowanych w pkt 4 odwołania, Izba podkreśla, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. opisano wyłącznie przedmiot i faktyczne warunki realizacji zamówienia. Powyższe elementy s.i.w.z. wypełniają w całości określone w art. 29 ustawy Pzp kryteria, jakie winien spełniać opis przedmiotu zamówienia oraz cel, jaki zamierza osiągnąć zamawiający.

Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązuje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając również wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje (vide: KIO 56/15 z 26 stycznia 2015r.). Przepis ten stanowi konkretyzację na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp generalnej zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający przestrzeganie uczciwej konkurencji. Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia pewnych wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może wprawdzie mieć na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego (vide: KIO 43/15 z 23 stycznia 2015 r., KIO 2739/13 z 13 stycznia 2015 r.). Jednocześnie zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty. Zamawiający nie przygotowuje OPZ i warunków pod potrzeby i możliwości wykonawców. Podkreślenia wymaga również, że na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych nie ma normatywnego obowiązku ujednolicania przez zamawiających opisów przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, obowiązkiem każdego wykonawcy jest całościowa

interpretacja postanowień konkretnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zaś egzegeza poszczególnych, wyrwanych z jej kontekstu treści (vide: KIO 2225/14 z 7 listopada 2014 r.). Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie eliminuje prawa zamawiającego jakim jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne (KIO 2210/14 z 6 listopada 2014 r.).

Zdaniem Izby, przyjęte przez zamawiającego warunki umowne, są identyczne dla wszystkich wykonawców, a każdy wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę (wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 314/11). Sąd stwierdził ponadto, iż wykonawca ma przecież swobodę zawarcia umowy.

Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla wykonawcy.

Zamawiający ma zatem obowiązek ukształtować stosunek prawny wyłącznie w granicach określonych treścią art. 353[1] oraz art. 5 k.c, co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego (vide: KIO 2177/14 z dnia 6 listopada 2014 r.).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

Przewodniczący: ……