

WYROK
z dnia 22 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 19 grudnia 2008 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., 61-483 Poznań, ul. Górecka 104** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, 60-967 Poznań, ul. Kościuszki 92/98** protestu /protestów* z dnia 17 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., 61-483 Poznań, ul. Górecka 104

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., 61-483 Poznań, ul. Górecka 104,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 050 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., 61-483 Poznań, ul. Górecka 104** na rzecz **Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu, 60-967 Poznań, ul. Kościuszki 92/98,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., 61-483 Poznań, ul. Górecka 104.**

Uzasadnienie

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wywóz i składowanie nieczystości stałych z obiektów Wojskowej Administracji Koszar będących w zarządzie Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 listopada 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 215-286533.

Odwołujący się wniósł protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Odwołujący się kwestionuje żądanie Zamawiającego zawarte w Części I Rozdział XVIII pkt 3 oraz § 6 ust. 2 projektu umowy, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia oprócz oryginału faktury VAT wystawionej na Zamawiającego, również podpisanego protokołu odbioru części wykonanych usług przez Wykonawcę, członków komisji z WAK oraz kierownika WAK i wykazu opróżnionych pojemników (w skali jednego miesiąca), który będzie zawierał miejsce usytuowania pojemnika, jego typ i pojemność, datę opróżnienia oraz koszt usługi. Odwołujący się

podkreśla, że konieczność dostarczenia protokołu odbioru części wykonanych usług może znacznie utrudniać realizację zamówienia i stanowi dla wykonawcy dodatkowe obciążenie. Są to dodatkowe obowiązki, rodzące po stronie wykonawcy konieczność podejmowania działań wykraczających poza przedmiot zamówienia. Odwołujący się nie widzi przeciwwskazań do sporządzania protokołów odbiorów, jednakże obowiązki związane z ich

2

przygotowaniem, w szczególności w zakresie zebrania podpisów ze strony Zamawiającego, nie powinny obciążać wykonawcy.

Informacje dotyczące wykazu opróżnionych pojemników (w skali jednego miesiąca), miejsca usytuowania pojemnika, jego typu i pojemności oraz kosztu usługi podane są każdorazowo w wystawianych przez Odwołującego się fakturach. Z faktur tych wynika również ilość dokonanych odbiorów w skali miesiąca. Stąd przedkładanie dodatkowego dokumentu z ww. informacjami jest zbędne i naraża Odwołującego się na dodatkowe niepotrzebne koszty. Zdaniem Odwołującego się podawanie dokładnej daty odbioru danego pojemnika, nie jest konieczne, dla prawidłowego wykonania usługi objętej zamówieniem. Istotna bowiem jest ilość dokonanych odbiorów, która ma być zgodna z przyjętą częstotliwością i obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, a nie konkretna data realizacji usługi. Podawanie dokładnej daty każdego odbioru jest przy realizacji przedmiotowego zamówienia zbędne i naraża Odwołującego się na dodatkowe niepotrzebne koszty.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 projektu umowy, wykonawca zobowiązany jest do podstawienia pojemników wraz z wywozem na swój koszt (np. do zbioru butelek z tworzyw sztucznych, papieru i szkła) do gromadzenia odpadów w miejscach określonych w Arkuszu wyceny (Zał. Nr 5), w przypadku takiej potrzeby, celem zapewnienia segregacji odpadów. Odwołujący się zwraca uwagę, że celem przedmiotowego zapisu jest ustalenie warunków realizacji usługi odbioru odpadów zbieranych selektywnie. Katalog odpadów zbieranych selektywnie w ramach przedmiotowego zamówienia jest zamknięty i obejmuje: szkło, plastik i papier. Przykładowe wyliczenie tych odpadów jest błędne i wymaga doprecyzowania.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 projektu umowy, wykonawca zobowiązany jest do opróżniania wyłącznie pełnych pojemników na nieczystości stałe. Zdaniem Odwołującego się, przedmiotowe postanowienie nie może się ostać. Odwołujący się podnosi, iż przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru odpadów w określonej częstotliwości, jednakże nie rzadziej, niż przewiduje obowiązujące prawo (zgodnie z Uchwałą Rady Miasta Poznania nr XX/172/V/2007 przyjęta częstotliwość odbioru odpadów komunalnych zmieszanych wynosi raz na dwa tygodnie). Zatem uzależnianie odbioru odpadów od stanu zapelnienia pojemnika jest niedozwolone. Ponadto, niedokonanie odbioru pojemnika prawie pełnego mogłoby doprowadzić do jego przepełnienia jeszcze przed realizacją następnego odbioru.

Odwołujący się wnioskuję o rozszerzenie postanowienia zawartego w § 3 ust. 4 projektu umowy. Zdaniem Odwołującego się, powodem zmiany wynagrodzenia nie powinna być jedynie zmiana stawki VAT w zakresie przedmiotowych usług, w świetle obowiązujących przepisów, ale również zmiana cen świadczonych usług oraz zmiana kosztów zagospodarowania odpadów (w szczególności zmiana wysokości opłaty środowiskowej za składowanie odpadów na składowisku oraz zmiana wysokości opłaty wysypiskowej). W uzasadnieniu Odwołujący się podaje, że na koszty realizacji usługi odbioru odpadów składa

3

się wiele elementów (są to w szczególności koszty wynagrodzeń, koszty paliw, koszty utrzymania linii sortowniczej, amortyzacja urządzeń, a także opłata środowiskowa i opłata wysypiskowa).

W § 3 ust. 6 projektu umowy Odwołujący się żąda wykreślenia protokołu odbioru wykonanej usługi, z uzasadnieniem analogicznym, jak przytoczono wyżej. Ponadto, Odwołujący się podnosi, że wynagrodzenie należne jest za prawidłowo wykonaną usługę i nie powinno być obciążone dodatkowymi warunkami. Na koniec każdego miesiąca Odwołujący się wystawia Zamawiającemu fakturę, która szczegółowo opisuje m.in. przedmiot, ilość i koszt realizacji usługi. W przypadku, gdyby faktyczna ilość wywiezionych odpadów była niezgodna z wystawioną fakturą, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do złożenia reklamacji na zasadach ogólnych.

Zdaniem Odwołującego się, podstawą zapłaty za wykonanie przedmiotu umowy

powinna być wyłącznie prawidłowo wystawiona faktura, a nie jak wynika to z § 7 projektu umowy, również dokumenty, o których mowa w § 6 przedmiotowego projektu. Wątpliwości, co do prawidłowości realizacji usługi, wyjaśniane powinny być w trybie reklamacyjnym. Uzależnianie realizacji każdej zapłaty, nawet za usługę prawidłowo wykonaną, od złożenia dodatkowych dokumentów, jest przy realizacji przedmiotowego zamówienia zbędne i naraża wykonawcę na dodatkowe niepotrzebne koszty.

Zgodnie z § 8 ust. 2 projektu umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości: 10% wartości netto przedmiotu zamówienia za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, 10% wartości netto przedmiotu zamówienia w przypadku trzykrotnego w ciągu miesiąca stwierdzenia przez osobę odpowiedzialną za prawidłową realizację niniejszej umowy ze strony Zamawiającego, zaniedbań i braku staranności w wykonaniu usług objętych przedmiotem umowy, 10% wartości netto przedmiotu zamówienia w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy. Odwołujący się podnosi, iż zgodnie z obowiązującym prawem zastrzeżenie kar umownych rażąco wygórowanych jest niedopuszczalne. Potwierdził to Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z dnia 25 maja 2007 r. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że kara umowna powinna wynagrodzić wierzycielowi straty poniesione w związku z nieterminowym wykonaniem zobowiązania. Zatem przewidziana kara umowna, jako rażąco wygórowana, powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji, tj. do wysokości 0,5% wartości netto przedmiotu zamówienia. W przeciwnym razie kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny – Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., dalej k.c.), prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacania wierzyciela (wyrok SN z dnia 17 marca 1988 r., IV Ck 58/88, LEX nr 8867). Zdaniem Odwołującego się, kara umowna w wysokości 0,5 % wartości netto przedmiotu zamówienia w pełni realizuje swój cel. Kolejna,

4

postulowana przez Odwołującego się zmiana w ww. zapisie, ma na celu powiadomienie wykonawcy o nieprawidłowościach w realizacji umowy. Wykonawca wiedząc o zaniedbaniach będzie mógł odpowiednio zareagować i powrócić do należytego wykonywania umowy. Dopiero bezskuteczny upływ wskazanego 14-dniowego terminu uprawniałby Zamawiającego do nałożenia kary umownej.

W § 10 ust. 3 projektu umowy, Zamawiający przewiduje, że z każdorazowego odbioru częściowego świadczonych przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług w zakresie wywozu nieczystości stałych zostanie sporządzony protokół potwierdzenia wykonania usług podpisany przez strony. Odwołujący się domaga się jedynie przewidzenia możliwości sporządzania przedmiotowego protokołu i obciążenie Zamawiającego koniecznością jego sporządzenia. Odwołujący się nie widzi przeciwwskazań w sporządzaniu protokołów odbiorów, jednakże obowiązki związane z ich przygotowaniem, w szczególności w zakresie zebrania podpisów pod protokołem ze strony Zamawiającego, nie powinny obciążać wykonawcy. Analogiczny postulat Odwołujący się skierował w zakresie Części III ust. 6 SIWZ.

Odwołujący się nie zgadza się z postanowieniem § 11 ust. 5 projektu umowy, który przewiduje rozstrzyganie sporów jedynie przez sąd powszechny. Zdaniem Odwołującego się, strony umowy powinny mieć możliwość poddania sporu również pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Z różnych względów przeprowadzenie postępowania arbitrażowego może być dla stron korzystniejsze, aniżeli postępowanie prowadzone przed sądem powszechnym. Zapisy umowy powinny być tak skonstruowane, aby usprawnić jej realizację, stąd postulat wprowadzenia ww. uzupełnienia.

W Części III ust. 15 SIWZ Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian do umowy w zakresie okoliczności nieznanych w dniu jej zawarcia a dotyczących: zwiększenia lub zmniejszenia wywozów nieczystości stałych, wywołanych zmianami restrukturyzacyjnymi jednostek wojskowych, zmiany stawki VAT na usługi związane z wywozem i składowaniem nieczystości stałych. Odwołujący się podnosi, iż zmiany ustawowej stawki VAT na usługi realizowane w ramach przedmiotowego zamówienia automatycznie wpływają na umowę łączącą strony. Podwyższenie, bądź obniżenie tej stawki, bez względu na wolę stron, znajdzie swoje odzwierciedlenie w wstawianych przez wykonawcę fakturach. W tym zakresie stronom nie przysługuje dowolność, chyba, że wynika ona z przepisów prawa.

Odwołujący się kwestionuje zapis znajdujący się w arkuszach wyceny nr 1 - 8 w rubryce nr 6 określającej częstotliwość wywozu odpadów, żądając zmiany treści zapisu przedmiotowej rubryki w brzmieniu "ilość wywozu w miesiącu" i wprowadzenie nowej treści w brzmieniu „częstotliwość wywozu”. Odwołujący się wyjaśnia, iż wywóz odpadów realizowany przez Odwołującego się (oraz inne podmioty świadczące podobne usługi) odbywa się w

5

częstotliwości tygodniowej, co stoi w zgodzie z przepisami prawa miejscowego (tak m.in. Uchwała Rady Miasta Poznania nr XX/172/V/2007). Pozostawienie przedmiotowego zapisu, utrudnia wykonanie umowy będącej przedmiotem zamówienia. Odwołujący się proponuje wprowadzenie systemu, który w istocie ułatwi świadczenie usługi oraz jest zgodny z obowiązującym prawem. Jednocześnie Odwołujący się wyraża gotowość udzielenia Zamawiającemu pomocy w dokonaniu prawidłowych przeliczeń, tj. rodzaju i wielkości pojemników oraz częstotliwości ich odbioru w oparciu o system tygodniowy. Jednocześnie Odwołujący się podnosi, że odbiór odpadów komunalnych zmieszanych powinien odbywać się, zgodnie z przepisami uchwały Rady Miasta Poznania nr XX/172/V/2007, w częstotliwości nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie. Fakt ten należy uwzględnić przy planowanych ilościach odbioru pojemników. W tym zakresie Odwołujący się również wyraża gotowość udzielenia Zamawiającemu pomocy.

Pismem z dnia 25 listopada 2008 r. Zamawiający protest odrzucił, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 8 ustawy Pzp, protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie Zamawiającego, a także zawierać żądanie, związane przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Wykonawca nie wskazał w proteście, który w jego ocenie przepis ustawy Pzp został naruszony w treści SIWZ. Ponadto Zamawiający poinformował, że treść SIWZ nie narusza przepisów obowiązującego prawa.

Z decyzją Zamawiającego się nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc w dniu 5 grudnia 2008 r., odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 180 ust. 7 i 8, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 30-36 ustawy Pzp i wniósł o zmianę treści SIWZ w zakresie wskazanym w proteście i odwołaniu oraz zasądzenie kosztów postępowania protestacyjnego oraz odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika.

Odwołujący się podnosi, iż zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, zamawiający może odrzucić protest jedynie w przypadku zaistnienia jednej z następujących sytuacji: protest został wniesiony po terminie, protest został wniesiony przez podmiot nieuprawniony, protest jest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Przepis art. 180 ust. 7 ustawy Pzp stanowi *lex specialis* wobec przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), dalej k.p.c. Bezspornym jest zatem, iż odrzucenie protestu z jakiegokolwiek innej przyczyny niż wymienione w art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne.

Elementy formalne protestu zostały jednoznacznie określone w art. 180 ust. 8 ustawy Pzp. Ustawa wprowadza minimalne wymogi w zakresie treści protestu. Protest powinien zawierać przytoczyć okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie protestu.

6

Protest nie wymaga szczegółowego uzasadnienia. Odwołujący się powinien przedstawić bardziej argumentację przyjętego stanowiska, a nie szczegółowy wywód prawny, zawierający przytoczenie konkretnych przepisów, które - zdaniem Odwołującego się - zostały naruszone czynnością (zaniechaniem) Zamawiającego. W szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, iż art. 180 ust. 8 ustawy Pzp wymaga wskazania, który przepis przedmiotowej ustawy został naruszony. Bezspornym jest, iż wymóg wskazania "okoliczności prawnych" nie może być rozumiany jako wskazanie "przepisu prawnego" lub "podstawy prawnej". Z brzmienia innych przepisów ustawy Pzp można jednoznacznie stwierdzić, kiedy wymogi formalne są zastrzeżone. Przykładowo, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, obligatoryjnie wskazuje się "podstawę prawną wyroku z przytoczeniem przepisów prawa". Skoro ustawa Pzp nie nakłada podobnego obowiązku w przypadku wymogów formalnych protestu nieuzasadniona jest wykładnia rozszerzająca.

Brak jest uzasadnienia dla kształtowania przez Zamawiającego zaostrzonych wymogów formalnych dla protestu, w istocie zbliżonych do wymogów skargi kasacyjnej w postępowaniu cywilnym (art. 398 § 1 k.p.c.). Przyjmując hipotetycznie możliwość analogii do k.p.c. należałoby wskazać na wymogi formalne pozwu, jako pisma otwierającego postępowanie (art. 187 k.p.c.). Także w przypadku pozwu ustawodawca nie wymaga wskazania konkretnego przepisu prawnego, który został zdaniem powoda naruszony. Stanowisko to znajduje szerokie wsparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego (vide wyrok SN z dnia 23.02.1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999/9/152). Sąd Najwyższy wskazuje ponadto, iż pozew powinien zostać uwzględniony, chociażby przytoczona przez powoda podstawa prawna okazała się błędna (wyrok SN z dnia 6.12.2006 r., IV CSK 269/06, LEX nr 233045). Co więcej w orzecznictwie wskazuje się, iż protest, który nie zawiera wszystkich elementów wskazanych w art. 180 ust. 8 ustawy Pzp, z tej tylko przyczyny nie może zostać odrzucony i podlega merytorycznemu rozpoznaniu. Wobec powyższego bezspornym jest, iż odrzucenie protestu w przedmiotowej sprawie było całkowicie niezasadne.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W orzecznictwie Zespołu Arbitrów wskazuje się ponadto, iż wymóg opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący nie został spełniony, jeżeli specyfikacja posługuje się

7

pojęciami, które nie zostały zdefiniowane (wyrok ZA z dn. 23.04.2007 r., UZP/ZO/0-429/0). W świetle powyższego bezspornym jest, iż SIWZ dotycząca niniejszego postępowania opisuje przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiając przygotowanie przez wykonawców spójnej oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Utrudnieniem uczciwej konkurencji jest już sama okoliczność opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny. Samo przypuszczenie, iż mogłoby dojść do utrudnienia uczciwej konkurencji stanowi naruszenie prawa i powinno skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu nieuwzględnienie w SIWZ podstawowych cech przedmiotu zamówienia oraz niejasności i wątpliwości interpretacyjne wskazane poniżej uniemożliwiają m.in. skalkulowanie ceny przez wykonawców. Są to niewątpliwie okoliczności utrudniające uczciwą konkurencję i utrudniające dostęp do zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący się dodatkowo wyjaśnia, iż aktualnie realizuje usługę odbioru odpadów na rzecz Zamawiającego, w wyniku przetargu zorganizowanego przez Zamawiającego w latach ubiegłych. W ramach łączącej strony umowy Odwołujący się zobowiązany jest do dostarczania Zamawiającemu protokołu odbioru odpadów, co stwarza Odwołującemu się faktyczne trudności. Sporządzenie protokołu i uzyskanie pod nim podpisów, są to dodatkowe obowiązki, rodzące po stronie Odwołującego się konieczność podejmowania działań wykraczających poza przedmiot zamówienia (dowód: wysłuchanie pracownika Odwołującego się, p. Andrzeja Skuzy, na okoliczność realizacji aktualnej umowy na odbiór odpadów z zasobów WZI Poznań). Ponadto Zamawiający uzależnia zapłatę za wykonaną usługę od przedłożenia mu przez wykonawcę oprócz faktury VAT, przedmiotowego protokołu odbioru oraz wykazu opróżnionych pojemników. Są to postanowienia niedozwolone, albowiem uzależniają zapłatę za wykonaną usługę od spełnienia dodatkowych warunków, które niekoniecznie są wyłącznie uzależnione od woli wykonawcy. Stanowisko Odwołującego się w tej sprawie potwierdza treść art. 353 k.c., który stanowi, że zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.

Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru odpadów i tylko tego Zamawiający może żądać od Wykonawcy.

Odwołujący się podnosi, iż jeżeli w ramach zamówienia na odbiór nieczystości stałych Zamawiający miał na myśli również inne odpady zbierane w sposób selektywny (w tym niebezpieczne), powinien był określić je konkretnie w formie katalogu zamkniętego. To

8

pozwoliłoby Odwołującemu się dokonać prawidłowej oceny, czy jest w stanie spełnić żądane przez Zamawiającego świadczenie, w szczególności czy posiada środki techniczne oraz wymagane zezwolenia na realizację usługi w tym zakresie. Zgodnie z art. 354 k.c., dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią. Zdaniem Odwołującego się, treść zobowiązania powinna być jasna i konkretna, szczególności jeżeli chodzi o sferę gospodarki odpadami, obwarowanej szczególnym rygoryzmem prawnym.

Odwołujący się zamierza złożyć ofertę na realizację zadania Nr 1, 3 i 4. Na terenach objętych ww. zadaniami obowiązują przepisy prawa miejscowego, które nakazują opróżnianie pojemników w określonych częstotliwościach (z reguły używając sformułowań "nie rzadziej niż"), niezależnie od stanu zapelnienia pojemnika. Wynika to z faktu, że odpady, niezależnie od ilości w jakiej się znajdują, ulegają szybkiemu procesowi rozkładu.

Odwołujący się wyjaśnia, że niektóre koszty realizacji usługi odbioru odpadów (takie jak np. opłaty za korzystanie ze środowiska) nie stanowią przychodu przedsiębiorcy świadczącego usługi odbioru odpadów i nie zależą od jego woli. Opłaty te nie mają bowiem charakteru fakultatywnego i obciążają podmiot zanieczyszczający środowisko z mocy samej ustawy. Zgodnie z art. 291 ustawy Prawo ochrony środowiska (tj. Dz. U. 2008, Nr 25, poz. 150 ze zm.) minister właściwy do spraw środowiska, nie później niż do dnia 31 października każdego roku, ogłasza, w drodze obwieszczenia wysokość stawek opłat na rok następny, uwzględniając dotychczasowe zmiany wysokości stawek. Skoro opłata ta ulega corocznie ustawowej zmianie, Zamawiający powinien był uwzględnić to w SIWZ.

Postulat dookreślenia procedury nakładania kary umownej, w której Zamawiający ma obowiązek powiadomienia wykonawcy o nieprawidłowościach, należy uznać za uzasadniony. W przeciwnym razie, wykonawca nie wiedząc o nieprawidłowościach w wykonywaniu umowy (usługa ma być wykonywana z dużą częstotliwością w wielu lokalizacjach) zostałby narażony na wysokie kary umowne. Zgodnie z postulowaną zmianą, wykonawca wiedząc o zaniedbaniach będzie mógł odpowiednio zareagować i powrócić do należytego wykonywania umowy, co uchroni go przed ewentualnymi stratami finansowymi. Ponadto, zgodnie z treścią art. 353 § 1 k.c., 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. Należy uznać, że treść § 8 ust. 2 projektu umowy w wersji proponowanej przez Zamawiającego, stoi również w sprzeczności z ww. przepisem.

Wywóz odpadów realizowany na terenie danej gminy przez Odwołującego się (oraz inne podmioty świadczące podobne usługi) musi odbywać się zgodnie z co najmniej minimalną częstotliwością, określoną w uchwalonym dla danej gminy regulaminie utrzymania czystości i porządku. Dla zadań, na które Odwołujący się zamierza złożyć swoją ofertę (zadania 1, 3 i 4), podstawą określenia minimalnych częstotliwości odbioru odpadów,

9

wskazanych w gminnych regulaminach utrzymania czystości i porządku, jest jednostka czasu – tydzień. W związku z tym, w gminach tych nie można określać częstotliwości wywozów, biorąc za podstawę inne jednostki czasu - takie jak np. miesiąc. Ponieważ zdecydowana większość obsługiwanych przez Odwołującego się gmin stosuje jako podstawę określenia częstotliwości odbioru odpadów tydzień, system informatyczny Odwołującego się (oraz innych firm świadczących tego typu usługi na terenie całego kraju) oparty jest na wydawaniu dyspozycji do wykonania usługi i rozliczeniu usługi w systemie tygodniowym. Stosowanie jako jednostki rozliczeniowej miesiąca, powoduje szereg niedogodności. Brak precyzji w określeniu częstotliwości odbioru odpadów prowadzi do problemów z właściwym zaplanowaniem i rozliczeniem usługi, ponieważ system informatyczny nie jest w stanie uwzględnić częstotliwości podanych w przeliczeniu na 1 miesiąc. Odwołujący się proponuje więc wprowadzenie systemu ustalania częstotliwości w

przeliczaniu na tygodnie, który w istocie ułatwi świadczenie usługi i jest zgodny ze zdecydowaną większością regulaminów utrzymania porządku i czystości uchwalonych przez poszczególne gminy. Z uwagi na to, że Odwołujący się zamierza złożyć ofertę na zdanie Nr 1, 3 i 4, postulat dokonania zmiany w arkuszach wyceny można ograniczyć jedynie do tych arkuszy wycen, które dotyczą ww. wskazanych zadań.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Regulacja zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przedmiotowe uformowanie wyraża jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, której naruszenie, w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zarzucił Odwołujący się. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp służy wzmocnieniu tej podstawowej zasady, wskazując, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ten sposób ustawodawca dąży do zagwarantowania zasady równości w toku udzielania zamówień publicznych. Wykonanie bowiem dyspozycji przedmiotowego przepisu przez zamawiającego powoduje, że każdy z wykonawców ma jasność, co stanowi przedmiot zamówienia i jakie są w tym zakresie wymagania zamawiającego, natomiast sam zamawiający, gwarantując sobie, że złożone oferty będą zgodne z treścią specyfikacji. Dodatkowo zamawiający obciążany jest obowiązkiem opisanie przedmiotu zamówienia w

10

sposób neutralny, nie utrudniający uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Chodzi więc o wyeliminowanie sytuacji, w których opis przedmiotu zamówienia wskazywałby na konkretnego wykonawcę lub powodowałby uprzywilejowanie jednego z nich albo też pewnej grupy wykonawców. Rozstrzygnięcie więc niniejszej sprawy sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy kwestionowane przez Odwołującego się postanowienia SIWZ, stanowią zagrożenie dla naruszenia zasady równości wykonawców i przejaw nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący się podnosi, w przypadku protokołu części wykonanych usług, że jest to dokument zbędny, którego obowiązek sporządzenia i dostarczenia do Zamawiającego podpisanego przez członków komisji i kierownika WAK, stanowi znaczne utrudnienie dla Odwołującego się. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego i jest ograniczone jedynie w taki sposób, że przedmiotowy opis nie może prowadzić do dyskryminacji żadnego z wykonawców. Jeśli w tych warunkach, zamawiający wyraża swoje potrzeby, nie ma podstaw, żeby je kwestionować, chyba, że sprzeciwiają się powszechnie obowiązującym przepisom prawa. W niniejszym postępowaniu Zamawiający obciążył wszystkich wykonawców przedmiotowym obowiązkiem i nie sposób dopatrywać się w takim działaniu naruszenia wyżej wskazanych zasad. Wymóg dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców i został sprecyzowany w sposób jasny i zrozumiały. Zaś okoliczność, że w odczuciu Odwołującego się stanowi pewną niedogodność i wiąże się z poniesieniem dodatkowych kosztów, nie może być zakwalifikowana jako naruszenie wskazanych przepisów prawa. To zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia sposobu realizacji przedmiotu zamówienia i warunków, od których spełnienia zależy zapłata. Jeśli, jak twierdzi Odwołujący się, dostarczenie przedmiotowego dokumentu powoduje zwiększenie kosztów realizacji usługi, to na etapie sporządzania oferty, Odwołujący się ma możliwość uwzględnienia przedmiotowych okoliczności. Zaś, podnoszone przez Odwołującego się, trudności w zdobyciu wymaganych na protokole podpisów przedstawicieli Zamawiającego, można z pewnością wyeliminować na etapie realizacji zamówienia, odpowiednio organizując, w porozumieniu z Zamawiającym, obieg dokumentów. Na marginesie, należy dodać, że Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, że przedmiotowy dokument jest zbędny. Rację należy przyznać Zamawiającemu, iż jest to dokument powszechny w obrocie, a faktura VAT stanowi jedynie udokumentowanie transakcji sprzedaży, na potrzeby prowadzenia ewidencji podatku

VAT (art. 106 w zw. z art. 109 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług – Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). Zaś dowodem wykonania zobowiązania wynikającego z umowy może być protokół odbioru. Należy bowiem zwrócić uwagę, że jeżeli wierzyciel przyjął świadczenie dłużnika, jako wypełnienie zobowiązania, istnieje domniemanie, że świadczenie zostało wykonane zgodnie z treścią zobowiązania. Gdyby wierzyciel

11

okoliczność tę kwestionował, musiałby z kolei wykazać, że wypełnienie zobowiązania nie nastąpiło (art. 6 k.c.). W związku z powyższym protokół odbioru usługi ma istotną wagę i moc dowodową. Stąd też taki wymóg Zamawiającego nie może budzić zastrzeżeń, tym bardziej, że gospodaruje on środkami publicznymi. Trudno również kwestionować, że obowiązek sporządzenia protokołu obciąża wykonawcę, skoro przedmiotowy dokument ma potwierdzać wykonanie czynności, które należą do obowiązków wykonawcy. Zatem, należy uznać, że postanowienia Części I Rozdział XVIII pkt 3 SIWZ, Części II § 3 ust. 2, 4 (właściwie 6), 7, § 10 ust. 3 projektu umowy, Część III ust. 6 SIWZ należy uznać za prawidłowe.

Dokumentem pomocniczym dla rozliczenia usługi jest z pewnością wykaz opróżnionych pojemników (w skali jednego miesiąca) zawierający miejsce usytuowania pojemnika, jego typ, pojemność, datę opróżnienia oraz koszt usługi. Przedmiotowy dokument z pewnością stanowi pewne usprawienie w trakcie dokonywania odbioru usługi. Okoliczność, iż większość informacji, które będzie zawierał wykaz, zawarte są również w fakturze VAT wystawionej przez Odwołującego się, nie ma znaczenia, gdyż dotyczy to tylko faktu wystawianych przez Odwołującego się, a co więcej Zamawiający postawił wymóg sporządzenia odrębnego dokumentu od faktury i o treści tego dokumentu może decydować sam Zamawiający, niezależnie od twierdzeń Odwołującego się, że część z wymaganych informacji jest zbędna. Tak postawiony wymóg ma ułatwić Zamawiającemu rozliczenie się z wykonawcą i Odwołujący się nie może tego kwestionować, skoro dokument został wskazany w sposób jednoznaczny, jego treść nie budzi wątpliwości i jest możliwy do sporządzenia przez każdego z potencjalnych wykonawców.

Kolejnym kwestionowanym przez Odwołującego się postanowieniem jest zobowiązanie wykonawców do podstawienia pojemników do gromadzenia odpadów (np. butelek z tworzyw sztucznych, papieru i szkła) i ich wywozu na koszt wykonawcy, celem zapewnienia segregacji odpadów (§ 2 ust. 1 projektu umowy). Zdaniem Odwołującego się katalog odpadów zbieranych selektywnie w ramach przedmiotowego zamówienia jest zamknięty i obejmuje tylko wymienione trzy grupy odpadów. Jeśli zaś Zamawiający oczekiwałby zbierania w sposób selektywny innych odpadów, to powinien to wprost określić, po to, żeby każdy z wykonawców był w stanie ocenić, jaki jest zakres przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że w niniejszym postępowaniu, nie może być mowy, że dokonanie przykładowego wyliczenia odpadów zbieranych selektywnie, świadczy o niejednoznaczności przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem z treści § 1 ust. 1 projektu umowy, przedmiotem świadczenia jest wywóz i składowanie nieczystości stałych (odpadów komunalnych). Zgodnie zaś z definicją, zawartą w art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r., Nr 39, poz. 251), przez „odpady komunalne” rozumie się odpady powstające w gospodarstwach domowych, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców

12

odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych. Odwołujący się, będący profesjonalistą w zakresie przedmiotu zamówienia, nie powinien mieć zatem trudności, w określeniu granic usługi. Skoro, zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy o odpadach, podmiot prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych jest obowiązany m.in. do ich selektywnego odbierania, zaś zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 pkt 1 ppkt a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r., Nr 235, poz. 2008 z późn. zm.), rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który dotyczy m.in. wymagań w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie nieruchomości, obejmujących w szczególności, zakres prowadzenia selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych. W tych okolicznościach, niezależnie od użycia w projekcie umowy wyrażenia „np.” dla wyliczenia odpadów zbieranych selektywnie, katalog ten jest w istocie

zamknięty. Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem SIWZ, wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia pojemników i wywozu tylko odpadów komunalnych (a więc nie niebezpiecznych, które nie mieszczą się w zakresie przedmiotowego pojęcia) i których obowiązek selektywnego odbioru wynika z regulaminu utrzymania czystości i porządku danej gminy. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wykonawca nie będzie miał obowiązku odbioru odpadów zbieranych selektywnie, ale nie należących do kategorii odpadów komunalnych, jak np. odpady niebezpieczne, bowiem zakres umowy nie obejmuje przedmiotowego świadczenia. Z przedstawionej na rozprawie uchwały Rady Miasta Poznania wynika, jaki jest katalog odpadów zbieranych selektywnie i oprócz odpadów komunalnych obejmuje również inne, jednakże nie oznacza to, że przepisy prawa miejscowego stanowią dookreślenie przedmiotu umowy. Przedmiotowa uchwała, dla niniejszego postępowania ma znaczenie w dla spornego zagadnienia, w zakresie regulacji zawartej § 6 ust. 14. Przedmiotowe postanowienia pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że na terenie miasta Poznania w sposób selektywny odbierane są następujące rodzaje odpadów komunalnych: makulatura, tworzywa sztuczne i szkło, bowiem ulegające biodegradacji dotyczą jedynie gospodarstw domowych. Każdy z wykonawców, może więc ustalić, jaki będzie zakres selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, a w konsekwencji, czy posiada uprawnienia do ich odbioru. Zatem, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że kwestionowane postanowienie w istocie ma charakter wyczerpujący i nie narusza zasady jawności.

Regulacja zawarta w § 2 ust. 1 projektu umowy, z której wynika obowiązek opróżniania wyłącznie pełnych pojemników, Zdaniem Odwołującego się, jest niedozwolona. W istocie, zgodnie § 9 ust. 1 powoływanej uchwały Rady Miasta Poznania wynika, że odpady zmieszane należy usuwać z terenu nieruchomości, nie rzadziej niż jeden raz na dwa tygodnie. Ilość wywozów w miesiącu określa Załącznik nr 5 do SIWZ i zgodnie z tym harmonogramem wykonawca zobowiązany jest realizować usługę, przy zastrzeżeniu, że

13

pojemnik ma być pełny. Jeśliby w związku z powyższym doszło do sytuacji, w której przedmiotowe postanowienie uchwały nie będzie realizowane, to konsekwencje naruszeń obciążą właściciela nieruchomości (jako zobowiązanego do utrzymania porządku i czystości), zgodnie z przepisem art. 10 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jednocześnie przedmiotowa regulacja nie nasuwa wątpliwości interpretacyjnych i jest jednoznaczna.

Odwołujący się domaga się wprowadzenia w § 3 ust. 4 projektu umowy postanowienia, zgodnie z którym podstawą zmiany cen świadczonych usług jest również zmiana kosztów zagospodarowania odpadów (w szczególności zmiana wysokości: opłaty środowiskowej za składowanie odpadów na składowisku oraz opłaty wysypiskowej). Jednakże proponowana zmiana, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, nie jest podyktowana naruszeniem przepisów: art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ale stanowi przejaw dążenia Odwołującego się do zminimalizowania ryzyka gospodarczego przedsiębiorcy. Tymczasem, na zamawiającym nie ciąży obowiązek rekompensowania wszelkich podwyżek kosztów działalności wykonawcy w każdych okolicznościach, tym bardziej jeśli zamawiający nie wymaga przedstawienia kosztów składających się na cenę usługi. Zamawiający nie zna czynników cenotwórczych w momencie składania oferty, nie sposób więc wymagać, żeby pokrywał wzrost kosztów, skoro nie zna nawet kosztów wyjściowych. Rozwiązanie powyższe jest również nie do przyjęcia z innych powodów. Odwołujący się wymaga, aby katalog kosztów będących podstawą zmiany był otwarty, co mogłoby doprowadzić do nieuzasadnionego wzrostu niektórych rodzajów kosztów, np. wynagrodzeń. Przede wszystkim jednak, takie rozwiązanie doprowadziłoby do sytuacji, w której wybór oferty najkorzystniejszej (przy założeniu, że jedynym kryterium oceny jest cena), byłby fikcją. Niewielka bowiem część opłat, składająca się na koszty świadczonej usługi, jest regulowana. Proponowane przez Zamawiającego rozwiązanie jest precyzyjne, gwarantuje zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki VAT na świadczone usługi, a ponadto daje możliwość zwiększenia cen jednostkowych świadczonych usług o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowany przez GUS (§ 3 ust. 3 projektu umowy). W tych okolicznościach wykonawcy zobowiązani są skalkulować cenę oferty, prognozując i uwzględniając wzrost w okresie świadczenia usługi.

Kwestionowane postanowienia dotyczące kar umownych (Części II Projekt umowy § 8 ust. 2 SIWZ) należy rozpatrywać, wobec postawionych zarzutów, w kontekście

ograniczania dostępu do zamówienia. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że na gruncie prawa zamówień publicznych, kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja prewencyjno-wychowawcza, z punktu widzenia której, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy. Chodzi bowiem o to, żeby nie

14

dochodziło do przypadków odstąpienia od umowy, co powodowałby wdrożenie kolejnej procedury udzielenia zamówienia publicznego, jak również, żeby nie było sytuacji, kiedy zamówienie nie będzie realizowane, podczas gdy obowiązek jego realizacji wynika z zadań własnych danego zamawiającego, niejednokrotnie zaspokajającego interesy pewnej społeczności, zbiorowości, realizującego zadania o znaczeniu państwowym. W tym względzie, analizowana kara, pozwala Zamawiającemu realizować swój cel. Odwołującemu się należy zaś przypomnieć, że modyfikowanie wysokości kary umownej skoro raz została zastrzeżona, a zdarzenie, które uzasadnia jej zapłatę, nastąpiło, dopuszczalne jest według kodeksu cywilnego w dwóch przypadkach: gdy zobowiązanie w znacznej części zostało wykonane oraz gdy kara jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). Obniżenie kary może wówczas nastąpić na żądanie dłużnika i jest usprawiedliwione tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. W tych okolicznościach należy uznać, że sporne postanowienie nie narusza wskazanych przepisów prawa, a ewentualna zmiana wysokości kar umownych i wzywanie do usunięcia naruszeń, osłabiłyby funkcję prewencyjną kary, co nie leży w interesie Zamawiającego.

Wola Zamawiającego jest poddanie ewentualnych sporów pod rozstrzygnięcia sądu powszechnego (Część II Projekt umowy § 11 ust. 5 SIWZ). Jeśli taka jest decyzja Zamawiającego, to nawet, jeżeli zdaniem Odwołującego się, orzecznictwo sądów arbitrażowych jest korzystniejsze, nie ma to żadnego znaczenia. Zapis na sąd polubowny wymaga zgody obu zainteresowanych stron, brak akceptacji ze strony Zamawiającego proponowanego rozwiązania, powoduje, że nie zostanie ono zastosowane (art. 1161 k.p.c.). W tym przedmiocie nie istnieją jakiegokolwiek środki przymusu. Oczywistym jest też, że takie rozwiązanie nie stanowi naruszenia równego traktowania wykonawców. Brak więc jakichkolwiek podstaw, żeby je kwestionować.

Postanowienie Części III ust. 15 SIWZ stanowi zadośćuczynienie postanowieniom przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, zatem jakakolwiek modyfikacja w tym względzie nie jest możliwa. Co więcej, stanowi podstawę dla realizacji obowiązków wynikających z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Na marginesie należy zauważyć, że Odwołujący się jest w tym względzie niekonsekwentny. Z jednej bowiem strony podnosi, iż podstawą zmiany ceny usługi, oprócz zmiany podatku VAT (a więc akceptuje przedmiotowe postanowienie), powinny być jeszcze pozostałe elementy cenotwórcze, zaś analogiczną regulację, dopuszczającą właśnie tę zmianę, w innym postanowieniu kwestionuje.

Zamawiający w Arkuszach wyceny (Załącznik nr 5 do SIWZ) określił ilość wywozu pojemników w odniesieniu do miesiąca. Tymczasem Odwołujący się podnosi, że takie rozwiązanie sprzeciwia się aktom prawa miejscowego, gdzie do określenia częstotliwości usługi przyjmuje się tydzień oraz utrudnia realizację umowy, gdyż system komputerowy

15

Odwołującego się nie jest dostosowany do rozliczeń miesięcznych. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że to Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia sposobu realizacji usługi. Jeśli Zamawiający przyjmuje miesiąc jako okres rozliczeniowy, to wcale nie musi oznaczać, że nie zrealizuje przepisów prawa miejscowego. Zaś określenie ilości wywozów w taki sposób, iż wywóz będzie następował w ilości większej niż ilość tygodni w miesiącu, nie powoduje, że wystąpią trudności z realizacją zamówienia, ze względu na fakt, iż nie wiadomo, kiedy przedmiotowych wywozów należy dokonywać. Odwołujący się pominął okoliczność, że zgodnie z Częścią III pkt 13 SIWZ, wykonawca jest zobowiązany do odbioru nieczystości stałych po każdorazowym telefonicznym uzgodnieniu z Zamawiającym, na dwa dni przed faktyczną obsługą. Ograniczone możliwości programu komputerowego Odwołującego się, również nie stanowią o ograniczeniu dostępu do zamówienia. Wystarczy, że Odwołujący się zmodyfikuje architekturę przedmiotowego

programu. Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że to nie Zamawiający ma realizować potrzeby wykonawców, ale to wykonawcy zobowiązani są spełniać wymogi Zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej rozstrzygnięcie protestu należy zakwalifikować jako przekroczenie normy zawartej w art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. W przedmiotowym przepisie katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem protestu ma charakter zamknięty. Zaś okoliczności przytoczone w przepisie art. 180 ust. 8 ustawy Pzp stanowią wymogi formalne pisma, jakim jest protest. Jednakże niedochowanie przedmiotowych wymagań nie jest zagrożone jakąkolwiek sankcją, a już tym bardziej sankcją w postaci odrzucenia protestu. W tym stanie faktycznym, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przedmiotowych przepisów, mimo że fakt ich naruszenia nie został powołany w proteście. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. I chodzi tu o zarzuty, których możliwość powołania na etapie protestu istniała. Celem przedmiotowej regulacji jest bowiem zapobieżenie rozszerzaniu przedmiotu zaskarżenia, z uwagi na fakt, iż naruszenia w pierwszej kolejności mogą być sanowane przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie przedmiotowe zarzuty dotyczą rozstrzygnięcia protestu, a więc czynności, która nastąpiła po wniesieniu protestu, stąd nie mogły być powoływane na etapie wcześniejszym i z tych względów podlegają rozpoznaniu. Jednakże przedmiotowe naruszenia nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, zatem zgodnie z dyspozycją przepisu art. 191 ust. 1a nie stanowią podstawy do uwzględnienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że uwzględnienie odwołania jest możliwe jedynie w sytuacji, kiedy Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy

16

i naruszenie to miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem wbrew temu, co twierdzi Odwołujący się, wskazanie podstawy prawnej jest niezbędne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3050,00 zł.

17

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

18