

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 grudnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogusława Jarzomowicz-Łochańska (spr.)

SSO Maja Smóderk  
Sędziowie: Protokolant:

SSR del. Agnieszka Wiśniewska

st. sekr. sądowy Aneta Obcowska

po rozpoznaniu w dniu 26 listopada 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi Wojciecha Byśkiniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod  
nazwą "BYŚ" Wojciech Byśkiniewicz  
przeciwko zamawiającemu m. st. Warszawie  
o zamówienie publiczne

na skutek skargi Wojciecha Byśkiniewicza

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1831/13

1. oddala skargę;
2. zasądza od Wojciecha Byśkiniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod  
nazwą "BYŚ" Wojciech Byśkiniewicz na rzecz m.st. Warszawy kwotę 3.600 (trzy  
tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w instancji  
odwoławczej.

: • • yajinale właściwe podpisy  
z.yoonosc

SEKRETARZ SĄDOWY

Anna

KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13 wszczętych na skutek odwołań między innymi Wojciecha Byśnikiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

BYS WB w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy wszczętego przez zamawiającego na podstawie przetargu nieograniczonego uwzględniła wszystkie odwołania i nakazała Miastu Stołecznemu Warszawa zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1.1. wykreślenie punktu 12.2.3. lit. c i d w części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punktu III.2.1) ppkt. 12.2.3. lit. c i d w sekcji III ogłoszenia zamówieniu,

1.2. zmianę punktu 26. podpunkt 2 lit. b oraz punktu 27. w części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, by kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazaną w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w tym najwyższe poziomy odzysku surowcowego odpadów,

1.3. wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości

odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą

zobowiązani w ramach wynagrodzenia wskazanego w § 6 ust. 1 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) wraz z określeniem, czy po osiągnięciu wskazanej ilości maksymalnej odpadów wykonawcy będzie przysługiwało zwiększenie wynagrodzenia, czy też umowa zostanie uznana za wykonaną,

1.4. wskazanie maksymalnej ilości odbiorów odpadów w sytuacjach, o których mowa w punkcie 2.5. rozdziału V załącznika nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia), do których odebrania wykonawca jest zobowiązany w ramach wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) lub alternatywnie opisanie sposobu dodatkowej wyceny takiego odbioru,

1

1.5. wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) lub alternatywnie określenie wynagrodzenia jednostkowego za dany pojemnik lub worek,

1.6. zmianę postanowień załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (wzór umowy) poprzez określenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, w szczególności na dostarczenie pojemników

na odpady, w tym wprowadzenie okresu karencji w naliczaniu kar umownych wskazanych w § 8 ust. 3 pkt 6, 7, 9, 10, 12, 14, 20 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) na okres

odpowiedni do rozpoczęcia właściwego świadczenia usługi,

1.7. zmniejszenie wysokości kar umownych określonych w § 8 ust. 3 pkt 1, 2, 4, 5, 12, 15, 17 i 19 oraz § 8 ust. 4 i 5 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy), a także powiązanie kar umownych z negatywnymi skutkami działań lub zaniechań wykonawcy, w szczególności zanieczyszczeniem odpadami,

1.8. zmianę § 8 ust. 3 pkt 8 i 10 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez odniesienie kar umownych

w przypadku zabudowy wielorodzinnej do ilości pojemników zamiast lokali (gospodarstw domowych),

1.9. zmianę § 11 ust. 1 pkt 6 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (wzór umowy) poprzez określenie procedury pozwalającej ustalić, iż wykonawca zaprzestał wykonywania umowy,

1.10. zmianę § 8 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez określenie procedury reklamacyjnej poprzedzającej naliczenie kar umownych,

1.11. wykreślenie w punkcie 2.11. rozdziału V załącznika nr 11 do specyfikacji

istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) obowiązku uzyskania przez wykonawcę zezwoleń na wjazd na drogi prywatne;

2. kosztami postępowania obciążyła Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa.

Po wydaniu wyroku zamawiający w dalszym ciągu prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy nr ZP/GP/271/IV-75 /13 .W dniu 29.07.13 odwołujący Wojciech Byśnikiewicz wniósł kolejne odwołanie w przedmiocie zaniechania wykonania przez zamawiającego czynności zgodnie z wyrokiem KIO z 04.06.13r. zarzucając naruszenie:

1) zasady związania zamawiającego wyrokiem KIO, wywodzonej z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 Pzp w zw. z art. 1184 § 1 i art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c. (tej samej zasady w zarzutach 2, 4 i 5 poniżej), poprzez niewykonanie pkt 1.2 sentencji wyroku nakazującego zamawiającemu zmianę SIWZ w taki sposób, aby kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami; a jednocześnie:

- art. 91 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 7 Pzp oraz w zw. z art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „u.c.p.g.”) w zw. z art. 17-19 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej jako „u.o”), § 22 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy z dnia 17 stycznia 2013r. i innymi przepisami przywołanymi w dalszej części, jak również w związku z art. 38 ust. 4 Pzp, poprzez określenie w pkt 26 SIWZ i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 3), iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Podniósł, że kryterium to, w okolicznościach przedmiotowego zamówienia obejmującego w szczególności zagospodarowanie odpadów komunalnych, nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia interesu publicznego i obowiązków zamawiającego wynikających z u.c.p.g. oraz ustawy o odpadach albowiem nie uwzględnia hierarchii postępowania z odpadami, w tym najwyższych poziomów odzysku surowcowego odpadów, premiując wykonawców zamierzających zagospodarować odpady w instalacjach w prostej i tym samym taniej technologii, nie pozwalających na rzeczywistą redukcję strumienia odpadów i odzysk surowcowy. Wskazał, że kryterium cenowe wyboru oferty najkorzystniejszej prowadzi do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców stosujących najlepsze rozwiązania

technologiczne, dające najwyższy efekt ekologiczny, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art.

9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

2)- niewykonanie pkt 1.3 sentencji wyroku nakazującego wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia umownego;

niewykonanie pkt 1.5 sentencji nakazującego wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia umownego, co jednocześnie narusza: - art. 6d ust. 4 u.c.p.g. w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 Pzp, prowadząc do niejednoznacznego, nie wyczerpującego i nieuwzględniającego wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia.

3) art. 6d ust. 4 u.c.p.g. w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353(1) k.c. wzw. z art. 14 Pzp, prowadząc do niejednoznacznego, niewyczerpującego i nieuwzględniającego wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad wykonania usługi inwentaryzacji punktów odbioru odpadów (POO),

4) niewykonanie pkt 1.6 sentencji wyroku nakazującego zmianę postanowień wzoru umowy poprzez określenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, w szczególności na dostarczenie pojemników i worków co jednocześnie stanowi naruszenie:

art. 6d ust. 4 u.c.p.g. w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art.

353(1)

k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp i art. 7 Pzp

5) niewykonanie pkt 1,7 sentencji wyroku nakazującego zmniejszenie wysokości kar

umownych, a także powiązanie kar umownych z negatywnymi skutkami działań lub

zaniechań wykonawcy, niewykonanie pkt 1.8 sentencji wyroku nakazującego zmianę § 8 ust.

3 pkt 8 i 10 wzoru umowy poprzez odniesienie kar umownych do ilości pojemników zamiast

lokalii, co jednocześnie narusza art. 353(1) k.c. i art. 483 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zakresie,

w jakim zmiany wysokości i zasad naliczania kar umownych, o których mowa w obecnym § 8 ust. 3 pkt 4 i 7, prowadzą do naliczenia kar rażąco wygórowanych, a więc oderwanych od istoty kary umownej i pozostają bez związku z zakresem negatywnych skutków niewypełnienia przez wykonawcę obowiązków umownych.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) wykonanie sentencji wyroku Izby pkt 1.2 poprzez unieważnienie czynności zmiany. SIWZ polegającej na ustaleniu tylko cenowego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty  
2) określenie rzeczywistej maksymalnej ilości punktów odbioru odpadów (POO), które wykonawca ma zinventaryzować w ramach wynagrodzenia określonego w §6 ust. 2 lit. a)

wzoru umowy lub alternatywnie określenie limitu ilości POO, które wykonawca ma zinventaryzować w ramach wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 2 lit. a) i opisanie sposobu dodatkowej wyceny inwentaryzacji punktów odbioru odpadów, które zostaną wykonane przez wykonawcę poza tym limitem.

3) modyfikację rażąco wygórowanych kar umownych określonych w § 8 ust. 3 pkt 7

wzoru umowy.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz niezgodny z prawem sposób dokonania przez zamawiającego opisu kryterium oceny ofert utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może się wiązać z realizacją zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł oddalenie odwołania stosownie do art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Wskazał na przesłanki i treść wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013 r. powołanego w odwołaniu. W tym świetle stwierdził, że miał obowiązek dokonać modyfikacji wg szczegółowych wytycznych zawartych w wyroku KIO przy założeniu niezmienności pozostałych zapisów lub dokonanie modyfikacji siwz na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy pzp w granicach wytyczonych przez zasady systemu zamówień, przy uwzględnieniu potrzeb zamawiającego. W ocenie zamawiającego był on upoważniony do

dokonania zmian specyfikacji i ogłoszenia w szerszym niż wynikający z wyroku Izby zakresie. Zauważył, że zarzuty odwołania koncentrują się na naruszeniu zasady związania zamawiającego wyrokiem KIO i nie odnoszą się bezpośrednio do modyfikacji siwz dokonanej 18 lipca 2013 r., co oznacza, że odwołujący nie wykazał interesu określonego w art. 179 ustawy pzp. Zamawiający stwierdził, że po wszechstronnej analizie sprawy korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 38 ust. 4 ustawy pzp, w granicach zasad systemu zamówień publicznych, dokonał modyfikacji dokumentów postępowania przetargowego mając na celu zagwarantowanie prawidłowego wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy. W ocenie zamawiającego brak zaskarżenia czynności modyfikacji siwz powinno prowadzić do oddalenia odwołania. Zamawiający stwierdził, iż wobec braku na obecnym etapie postępowania, kryterium pozacenow<sup>r</sup>ego, brak jest podstaw faktycznych i prawnych żądania wprowadzenia takiego kryterium. Zauważył nadto, że w

odwołaniu w sprawie sygn. KIO 1126/13 odwołujący żądał od zamawiającego usunięcia pozacenowego kryterium oceny ofert, względnie jego modyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa poprzez zastosowanie w postępowaniu jako jedynego kryterium oceny ofert ceny, zamawiający zaprzeczył twierdzeniu odwołującego. Wskazał na treść art. 91 oraz art. 2 pkt 5 ustawy pzp i stwierdził, że celem postępowania jest nabycie dóbr lub usług na jak najkorzystniejszych warunkach. Zauważył, że cena jest podstawowym kryterium oceny ofert i to zamawiający jako gospodarz postępowania sam decyduje, czy ograniczyć się do tego kryterium (obowiązkowego), czy wprowadzić kryteria dodatkowe. Na potwierdzenie stanowiska przytoczył poglądy piśmiennictwa i orzecznictwo. Wskazał przy tym, że to zamawiający określa swoje uzasadnione potrzeby z uwzględnieniem zasady zachowania uczciwej konkurencji. Stwierdził, że postępowanie odwoławcze nie może służyć wymuszeniu na zamawiającym wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia lub siwz rozwiązań, które byłyby dogodniejsze dla wykonawcy z jego punktu widzenia i wygody oraz subiektywnego przekonania wykonawcy o tym, że takie rozwiązanie jest korzystniejsze i równoważne do oczekiwanego przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego odwołujący zmierza do ukształtowania warunków przetargu w sposób, który stawiałby tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych wykonawców z naruszeniem art. 7 ustawy pzp.

Zamawiający stwierdził również, że jego potrzeby są zdeterminowane nie wyłącznie wprowadzonym kryterium lecz przede wszystkim wymogami siwz, opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy. Te zaś wynikają z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, odnoszących się do przedmiotowego zamówienia, w szczególności z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, ponadto wymogi w tym zakresie zawarte są w aktach prawa miejscowego tj. Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza oraz Regulaminie utrzymania czystości i Porządku na terenie m. st. Warszawy. Zamawiający zauważył również, że wprowadzenie kryterium pozacenowego nie zagwarantuje prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a zamawiający dysponuje innymi niż kryteria instrumentami zapewniającymi weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym poprzez warunki udziału w postępowaniu. Każdy z wykonawców ma złożyć ofertę odpowiadającą treści siwz, zgodną z przepisami ustawy<sup>p</sup> pzp i zawierającą

prawidłowo obliczoną cenę. Ponadto dysponuje określonymi sankcjami w toku wykonywania umowy.

Odnosnie sposobu postępowania z odpadami odwołujący stwierdził, że zawarł w specyfikacji wymagania w tym zakresie (Rozdział V - Szczegółowe warunki dotyczące sposobu realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych), do jakich go zobowiązują m. in. art. 17 ustawy o odpadach oraz powołany wyżej Regulamin.

Odpowiadając na zarzut naruszenia norm powszechnie obowiązującego prawa poprzez przyjęcie jedynie cenowego kryterium oceny ofert zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wskazał jakie przepisy zostały naruszone. W ocenie zamawiającego brak jest takich naruszeń, szczególnie odniesieniu do ustawy pzp, a wobec braku naruszenia przepisów pzp, przedmiotowe rozważania nie powinny podlegać kognicji KIO, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy pzp odwołanie przysługuje jedynie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zamawiający

stwierdził, że może dążyć do osiągnięcia pożądaných standardów rynku odpadowego, wskazuje jednak, że obecnie jego celem podstawowym jest odbiór i zagospodarowanie odpadów w bieżących realiach. Wskazał, że kryteria winny być jednoznaczne i precyzyjne, a zastosowanie kryterium ceny spełnia wymagania i nie narusza przepisów prawa wskazanych przez odwołującego. Zauważył, że biorąc pod uwagę argumenty odwołującego, przyjęte kryterium nie godzi w prawa odwołującego, a może mieć jedynie znaczenie z punktu widzenia szans na ewentualny wybór jego oferty. Stwierdził, że kryterium to gwarantuje przejrzystość i obiektywny wybór najkorzystniejszej oferty. Zamawiający deklaruje, że opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z przepisami dotyczącymi gospodarowania odpadami oraz interesem społecznym rozumianym jako osiągnięcie celów ekologicznych, o jakich mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. przy ponoszeniu rzeczywistych, choć możliwie najniższych kosztów. Na potwierdzenie wskazał na postanowienia opisu przedmiotu zamówienia. Kwestionując zarzut o preferowaniu metod zagospodarowania odpadów znajdujących się na najniższym możliwym szczeblu hierarchii gospodarowania odpadami, zauważył, że nie faworyzuje wykonawców, którzy założą kierowanie odpadów do tańszych instalacji RIPOK, a wszyscy oferenci mają równy dostęp do korzystania ze wszystkich instalacji RIPOK wyznaczonych dla regionu warszawskiego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wskazania dla każdego zadania maksymalnej ilości i rodzaju pojemników i worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia, zamawiający wskazał, że w siwz został zmodyfikowany sposób rozliczania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (zamiast rozliczenia ryczałtowego zostało przyjęte rozliczenie kosztorysowe za 1 tonę odpadów) co wpływa znacząco na sposób szacowania przez potencjalnych wykonawców kosztów kompleksowej obsługi wyposażenia w pojemniki i worki oraz odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Stwierdził, że w opisie przedmiotu zamówienia zawarto dane, które pozwalają wykonawcy, w sposób maksymalnie dokładny określić cenę oferty za realizację przedmiotu zamówienia. Zauważył także, że wykonawca wybrany będzie dysponował czasem ok. 4 miesięcy na przygotowanie się, w tym oszacowanie szczegółowej liczby pojemników.

Zdaniem zamawiającego wykonawca o wymaganym doświadczeniu może na podstawie podanej ilości odpadów odbieranych z różnego rodzaju nieruchomości, oszacować liczbę niezbędnych pojemników. Wskazał, że ewentualne zwiększenie ilości odpadów nie wymusi zwiększenia liczby pojemników.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, w tym wskazanego przez zamawiającego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy. Izba zauważyła, że odwołanie, w którym wskazano na zaniechanie wykonania czynności przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem z dnia 4 czerwca 2013 r. jest jednocześnie odwołaniem (wg sformułowania odwołującego: „a tym samym”) wobec czynności zamawiającego „polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu ustalenia kryteriów ocen ofert sprzecznych z przepisami ustawy pzp, dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec postanowień siwz dot. kar umownych”. Zacytowany i zawarty w części wstępnej odwołania przedmiot odwołania niewątpliwie podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczonej przepisami art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w którym mowa o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy oraz art. 180 ust. 1 dającym wykonawcy prawo do odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający

W toku rozprawy, na którą Izba skierowała odwołanie do rozpatrzenia, odwołujący oświadczył, że w związku z dokonaną przez Zamawiającego modyfikacją siwz oraz treścią odpowiedzi na pytania wykonawców modyfikuje zarzuty w ten sposób, że:

podtrzymuje zarzut numer jeden;

w punkcie dwa cofa zarzut z tiret jeden, podtrzymując pozostałe;  
cofa zarzuty z punktów trzy i cztery;

podtrzymuje zarzuty z punktu pięć, z tym że cofa zarzut dotyczący kar umownych

opisanych w paragrafie 8 ust. 3 punkt 7, stosownie do numeracji zarzutów w odwołaniu.

Wyrokiem z dnia 12.08.2013r. Krajowa Izba Odwoławcza 10 oddaliła odwołanie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa poprzez zastosowanie w postępowaniu jako jedynego kryterium oceny ofert ceny wskazała, że zgodnie z art. 91 ustawy pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia. Z kolei art. 2 pkt 5 definiujący najkorzystniejszą ofertę wskazuje, że jest to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną. Z obydwu przepisów wynika, że cena jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryterium obowiązkowym. Ustalenie, czy i jakie (poza ceną) kryteria będą stosowane przy ocenie złożonych w postępowaniu ofert, należy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do zamawiającego, który zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy pzp przygotowuje i przeprowadza postępowanie. Ustawa Pzp tylko w dwóch przypadkach - uwzględniając charakter przedmiotu zamówienia, co nie ma zastosowania do niniejszego postępowania o zamówienie publiczne - wskazuje na obowiązkowe pozacenowe kryteria oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał modyfikacji siwz wprowadzając w miejsce dotychczasowych dwóch kryteriów' tj. ceny i jakości, kryterium ceny, jako jedyne. Takie zachowanie zamawiającego zdaniem KIO nie narusza przepisów ustawy, w związku z czym brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu podniesionego wobec tak ustalonego kryterium. Krajowa Izba odwoławcza podniosła, iż zamawiający ma prawo ukształtowania kryterium oceny ofert w sposób zgodny z jego potrzebami, przy zachowaniu zasad zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. tj. z uwzględnieniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podejmując decyzję o ustaleniu kryteriów' kieruje się naturalnie zamiarem uzyskania oferty najkorzystniejszej zgodnie z własną oceną.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - ocenia zarzuty naruszenia ustawy Pzp i nie jest władna narzucić zamawiającemu jako prowadzącemu postępowanie zachowań, które - jakkolwiek mogłyby być postrzegane jako pożądane, a polegające np. na promowaniu jakości, czy stosowaniu najlepszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, uwzględniając obowiązujące przepisy ustawy Pzp - nie są obowiązkowe. Wskazała, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r. zapadł w odmiennym od obecnego stanie faktycznym. W tamtym postępowaniu Izba oceniała zaskarżone postanowienia siwz dotyczące kryterium oceny ofert, którym obok ceny była jakość i w odniesieniu do tego kryterium dokonała rozstrzygnięcia, uznając jego opis za naruszający zasadę uczciwej konkurencji zawartą w art. 7 ustawy pzp, w konsekwencji czego nakazała dokonanie określonych zmian siwz, w tym zmianę kryteriów oceny ofert tak, by w kryterium jakości była uwzględniona hierarchia sposobów postępowania z odpadami wskazana w ustawie o odpadach.

Wskazała, iż w stanie faktycznym ustalonym w obecnie rozpatrywanej sprawie, rezygnacja zamawiającego z innych niż cena kryteriów, w ocenie składu orzekającego, dopuszczalna w świetle przepisu art. 38 ust. 4 ustawy pzp, spowodowała, iż bezprzedmiotowa stała się ocena kryterium jakości, wobec braku tego kryterium w postanowieniach specyfikacji. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła naruszenia prawa przez zamawiającego przy ustalaniu kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia polegającego na zaniechaniu określenia ilości pojemników, rodzaju pojemników oraz ilości worków, które wykonawca ma dostarczyć w ramach wynagrodzenia umownego Izba zajęła stanowisko, że w obecnym stanie faktycznym, tj. po modyfikacji postanowień siwz dnia 18 lipca 2013 r. zmieniony został sposób rozliczania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przez wprowadzenie - w miejsce dotychczasowej - ceny ryczałtowej za jedną tonę odpadów, co znacząco wpływa na sposób szacowania przez wykonawcę kosztów- całej usługi. Dokonana istotna zmiana opisu przedmiotu zamówienia, analogicznie do omawianej wyżej zmiany kryteriów oceny ofert spowodowała, że zasady rozliczenia usługi stały się realne i wskazują na ekwiwalentność świadczeń stron w toku wykonywania umowy. W stanie faktycznym rozpatrywanym przez skład orzekający wydający wyrok dnia 4 czerwca 2013 r, oczywista była ocena odpowiednich zapisów siwz naruszających uczciwą konkurencję, czego skutkiem było nakazanie wskazania przez zamawiającego maksymalnej ilości odpadów, za które zamawiający uiszcza cenę, co istotne, ryczałtowa. Obecnie ustalona cena jako

kosztorysowa za każdą tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów, powoduje, że nie istnieje potrzeba dokonywania wskazywanych w powołanym wyroku ustaleń gwarantujących wykonawcy wynagrodzenie za świadczenia wykraczające poza umówioną cenę ryczałtową. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do siwz zawarte są wystarczające dane pozwalające określić potrzeby w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki. Dane te to w szczególności: liczba mieszkańców w zabudowie jednorodzinnej, wielorodzinnej niskiej i wysokiej, która pozwala oszacować liczbę gospodarstw domowych, jak również ilość odpadów dla poszczególnych zadań ze wskazaniem rodzaju zabudowy, nieruchomości zamieszanych i niezamieszanych oraz szacowana łączna kubatura potrzebna do odebrania szczegółowo określonej wielkości strumienia odpadów w podziale na rodzaje odpadów i typ zabudowy, kubatura odpadów pochodzących z różnego rodzaju nieruchomości i zestawienie punktów adresowych, czy też internetowy serwis mapowy m.st. Warszawy umożliwiający identyfikację cech zabudowy. W oparciu o powyższe informacje w odniesieniu do każdego zadania przy jednoczesnym wskazaniu parametrów objętościowych oczekiwanych pojemników dla poszczególnych rodzajów zabudowy wykonawca może ustalić niezbędną liczbę pojemników. Z powyższych względów zarzut naruszenia art. 29 ustawy pzp KIO oceniła jako niezasadny.

Oceniając zarzut rażąco wygórowanej kary umownej przewidzianej w § 8 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do siwz KIO Izba podniosła, że w wyniku kolejnej modyfikacji wzoru umowy dokonanej dnia 8.08.2013 r., tj. po wniesieniu odwołania, zamawiający dokonał obniżenia kary umownej za każdy zawiniony przypadek nieodebrania odpadów komunalnych z danej nieruchomości w terminie wynikający z Planu Odbiorów (...)

- z kwoty 100 zł do kwoty 30 zł za każde rozpoczęte 100 litrów nominalnej pojemności każdego nieopóźnionego pojemnika. Zaś odwołując się do wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013 r., wskazała, że w orzeczeniu tym wskazano na celowość odniesienia kar umownych do negatywnych skutków zachowań wykonawcy oraz powiązanie kar z ilością pojemników - zamiast lokali. W tej sytuacji w tym zakresie zmiany specyfikacji, także co do podstawy, jak i wysokości kar umownych nie naruszają prawa. Dodatkowo KIO zauważyła, że nie są one również sprzeczne z postanowieniami powołanego kilkakrotnie wyroku Izby. Zdaniem Izby obniżenie kary i odniesienie podstawy jej wymiaru do pojemności nieopóźnionej pojemników jest przy tym rozwiązaniem racjonalnym i nie może prowadzić do wniosku o zastrzeżeniu kary rażąco wygórowanej.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, póź. 238).

Orzeczenie Izby skargą zaskarżył Wojciech Byśnikiewicz zarzucając :

1. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 1194 § 1 i art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c., poprzez przyjęcie, że zamawiający nie był zobowiązany do wykonania pkt 1.2 sentencji wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13, nakazującego zamawiającemu zmianę SIWZ w taki sposób, aby kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazaną w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach, w tym najwyższe poziomy odzysku surowcowego, z racji zmiany stanu faktycznego, do którego doszło, poprzez rezygnację zamawiającego z pozacenowego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 38 ust. 4 p.z.p. w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż w niniejszej sprawie zachodziły przesłanki do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i rezygnację z pozacenowego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, ze względu

na zmianę stanu faktycznego w sprawie, przez co wystąpił uzasadniony przypadek, o którym mowa w tym przepisie, gdy tymczasem zmiana taka nie była obiektywnie uzasadniona, a powodowana była wyłącznie dążeniem do utrzymania uprzywilejowania konkretnego wykonawcy;

3. naruszenie prawa materialnego, tj. 91 ust. 2 p.z.p. w związku z art.

7 ust, 1 p.z.p. oraz z art. 38 ust. 4 p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że spoczywający po stronie zamawiającego obowiązek zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców' nie rodzi jednocześnie obowiązku zastosowania pozacenowych (jakościowych) kryteriów' wyboru najkorzystniejszej oferty, w sytuacji gdy brak takiego kryterium w realiach niniejszej sprawy'preferuje w sposób nie mający uzasadnienia w potrzebach zamawiającego oraz w obowiązujących przepisach ustawy o odpadach, w tym w zasadzie hierarchii postępowania z odpadami, wykonawców<sup>1</sup> dysponujących tańszymi, a jednocześnie gwarantującymi co najwyżej minimalne poziomy odzysku odpadów

komunalnych i ograniczenia ilości odpadów komunalnych ulegających biodegradacji trafiających na składowisko, regionalnymi instalacjami do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK), a przez to nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c.;

4. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 196 ust. 4 p.z.p. poprzez wadliwe skonstruowanie uzasadnienia zaskarżonego wyroku, w szczególności w zakresie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, polegające na zaniechaniu wskazania, które fakty KIO uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, oraz przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności, co odnieść należy w szczególności do okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego - poprzez poprzestanie na cenie jako jedynym kryterium oceny ofert zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i dowodów przedstawianych na ich poparcie.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wnosił o:

- (1) zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez uwzględnienie wniesionego przez skarżącego odwołania i nakazanie zamawiającemu, wobec faktu, iż dnia 28 sierpnia 2013r. miało miejsce otwarcie ofert złożonych w tym postępowaniu o zamówienie, unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.;
- (2) zasądzenie od strony przeciwnej na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi m.st. Warszawa wniosło o jej odrzucenie ewentualnie o jej oddalenie i zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje :

Skarga nie jest zasadna . Sąd Okręgowy podziela ocenę prawną dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą i przyjmuje za własną. Tym samym stwierdza brak podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Od czynności zamawiającego wyboru oferty dokonanej w dniu 28 sierpnia 2013r. wykonawcy . w tym i skarżący wnieśli odwołanie .Zatem prawidłowość tej czynności podlegać będzie kontroli KIO w ramach wniesionego odwołania od tej czynności oraz ewentualnie kontroli Sądu.

W przedmiotowej skardze skarżący zarzuca niewykonanie przez zamawiającego wyroku

KIO z 4 czerwca 2013r. , którym to jego zdaniem zamawiający był związany , co w jego ocenie stanowi naruszenie art. 185, 7 i 197pkt. 4 ustawy Pzp .Przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie może być zatem jedynie czy zamawiający był uprawniony do dokonania zmian SIWZ niezgodnie z treścią wyroku KIO z 4 czerwca 2013r. i czy taka zmiana narusza zasady związania wyrokiem KIO i uczciwej konkurencji

Odnosząc się do zarzutów skargi Sąd Okręgowy zauważa ,że zgodnie z art. 2 pkt. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publiczny (Dz.U.2013.907 j.t. ) przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć - ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący - ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Zaś definicja ceny odwołuje się do znaczenia nadanego przez ustawodawcę w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem ceną jest "wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usług) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Pomimo że przytoczona definicja posługuje się pojęciami kupującego i przedsiębiorcy, na gruncie ustawy stosuje się ją do wszystkich rodzajów zamówień, a więc dostaw, usług i robót budowlanych, jak też do wszystkich typów umów nazwanych i nienazwanych, które są umowami w sprawie zamówienia publicznego. Nie będzie miało też znaczenia dla prawidłowego zastosowania przepisów, czy wykonawca zamówienia jest przedsiębiorcą, czy też innym podmiotem.

Definicja najkorzystniejszej oferty ma zatem kluczowe znaczenie dla postępowania o zamówienie publiczne. Ustawa przez to pojęcie nakazuje rozumieć:

- 1) ofertę z najniższą ceną, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert jest cena,
- 2) ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans cen}' i innych kryteriów oceny ofert.

Sąd Okręgowy podziela pogląd zamawiającego i KIO ,że ofertę najkorzystniejszą

definiuje dla każdego postępowania odrębnie sam zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert i nadając im znaczenie (wagę). W przypadku wyboru trybu zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej zamawiający już w momencie podejmowania decyzji o wyborze trybu wskazuje, że ofertą najkorzystniejszą będzie oferta najtańsza, gdyż w tych trybach jedynym

dopuszczalnym ustawowo kryterium oceny ofert jest cena. W każdym jednak postępowaniu zamawiający, który ma najlepszą wiedzę o tym, co chce zamówić i jakie wymogi przedmiot zamówienia powinien spełniać, definiując kryteria, sam podejmuje decyzję o tym, jaka oferta będzie dla niego najkorzystniejsza.

Jednocześnie jednak, pamiętając o konieczności stosowania pro wspólnotowej wykładni prawa, warto przypomnieć, że przepisy dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE nieco inaczej rozstrzygają tę samą kwestię. W pkt 46 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE oraz pkt 55 preambuły do dyrektywy 2004/17/WE ustawodawca europejski wskazał, że należy dopuszczać stosowanie dwóch kryteriów udzielania zamówień: "najniższa cena" oraz "oferta najkorzystniejsza ekonomicznie". W każdym więc przypadku, tj. zarówno zastosowania jedynie kryterium cenowego, jak i stosowania innych kryteriów wraz z kryterium ceny, procedura udzielenia zamówienia ma prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, co determinuje konieczność ustalania innych kryteriów pod kątem osiągnięcia efektu ekonomicznego.

KIO ma także rację ,że tylko w trzech sytuacjach prawo zamówień publicznych nakazuje zamawiającemu zastosowanie innych kryteriów niż cena, wskazując tym samym, że ofertą najkorzystniejszą w takim postępowaniu będzie zawsze oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans wskazanych przez zamawiającego cech. Chodzi tu o przypadki zamówień z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można opisać jednoznacznie i wyczerpująco, postępowań, gdzie zamawiający dopuszcza składanie ofert wariantowych oraz zastosowanie przez zamawiającego trybu dialogu konkurencyjnego.

Ustawa Pzp nie wyznacza przy tym żadnych limitów dla określania znaczenia kryteriów oceny ofert, a przez to uzyskania najkorzystniejszej oferty. Jedynie jednostki sektora finansów publicznych zgodnie z art. 44 ust. 3 u.f.p. mają obowiązek dokonywać wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu zamierzonych celów, umożliwiając<sup>1</sup> terminową realizację zadań oraz w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Ci zamawiający, efekt ten, powinni osiągać przez prawidłowe i umiejętne stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy . w ocenie Sądu Okręgowego KIO ma rację twierdząc ,że zamawiający mirno treści w yroku KIO z dnia 4 czerwca 2013r. był władin

dokonać zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez odstąpienie od dodatkowego kryterium przyjętym w pierwotnej specyfikacji tj. kryterium jakościowego i poprzestaniu tylko na kryterium cenowym. Zmiana ustawy prawa zamówień publicznych dokonana w dniu 4 września w 2009r., która uchyliła ust. 5 i zmieniła ust. 4 art. 38 ustawy Pzp wprowadziła tym samym dopuszczalność zmiany specyfikacji. W poprzednim stanie prawnym obowiązywał zakaz takiej zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert . Obecnie zatem zamawiający ma prawo dokonania zmian w treści SIWZ w pełnym zakresie i właściwie bez żadnych ograniczeń . Jedynym warunkiem dokonania takich zmian jest wystąpienie uzasadnionych okoliczności przy czym żaden przepis prawa nie określa co należy rozumieć pod tym pojęciem. Zaś zgodnie z poglądami doktryny i stanowiskiem orzecznictwa można przyjąć ,że praktycznie każda potrzeba będzie uzasadniona i trudno będzie ją podważyć .

Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 7 maja 2013r., KIO 898/13 ,że zamawiający nie musi wykazywać szczególnej sytuacji związanej z postępowaniem , w wyniku której musiałby dokonywać zmiany SIWZ. Takiego wymogu nie stawia ani przepis art. 38 Pzp ani inne przepisy tej ustawy . Zmiana SIWZ zatem może nastąpić w każdym czasie . Jedynym ograniczeniem jest termin składania ofert . Konieczność zmian SIWZ może wynikać zarówno z otrzymywanych od wykonawców pytań zmierzających do wyjaśnienia jej treści , z uwzględnienia odwołania jak też z inicjatywy samego zamawiającego czy to na skutek pytań wykonawców co do treści SIWZ czy też na skutek dokonania przez zamawiającego zmiany oceny swoich potrzeb. Biorąc powyższe wskazania pod uwagę i przenosząc je na grunt badanej sprawy w ocenie Sądu Okręgowego zamawiający miałby obowiązek wykonania wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2013r. w punkcie 1.2 w taki sposób , by kryteria oceny ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazane w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach .tylko wtedy gdyby nie uległy zmianie okoliczności faktyczne sprawy i w dalszym ciągu kryteria oceny ofert opierałyby się na cenie i jakości. W tym zakresie zamawiający był związany treścią wyroku KIO . Zmiana okoliczności faktycznych w postaci zmiany SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert spowodowała w ocenie Sądu Okręgowego, że zamawiający nie był już związany treścią wyroku KIO z 4 czerwca 2013r. . Zdaniem Sądu Okręgowego, na gruncie obecnego art. 38 ustawy pzp . prawo zamawiającego do modyfikacji treści SIWZ nie zostaje ograniczone tym, że pierwotne brzmienie SIWZ było przedmiotem orzeczenia KIO lub Sądu. Wykonawcy bowiem posiadali środki ocłirony prawnej do zaskarżenia zmodyfikowanej treści SIWZ co wynika wprost z treści art. 180 ust.1 Pzp. Trzeba mieć na uwadze ,że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może kwestionowana przez wykonawców na etapie po ocenie ofert albowiem jest wiążąca zarówno dla wykonawców jak dla zamawiającego . Odstąpienie przez zamawiającego na obecnym etapie od warunków niezaskarżonej SIWZ stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców . Z powyższych względów w ocenie Sądu Okręgowego zarzuty naruszenia art. 185 Pzp w zw. z art. 197 Pzp oraz art. 38 Pzp sa niezasadne.

Na marginesie Sąd Okręgowy zauważa ,że zmiana SIWZ nie została przez wykonawców zaskarżona . O zmianie SIWZ zamawiający zawiadomił wykonawców, zamieścił publikacje o zmianie ogłoszenia o zamówieniu oraz przedłużył termin składania ofert . Nadto należy podnieść ,iż nawet w pierwotnej specyfikacji kryterium cenowe zostało przez zamawiającego postawione na pierwszym miejscu Jego ważność i istotność zamawiający określił na poziomie 55 a kryterium jakościowemu nadał mniejsze znaczenie i określił jego istotność na poziomie 45.

Wbrew zarzutom skargi wskazane zachowanie zamawiającego nie naruszyło również

zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszyscy wykonawcy zainteresowani postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy” otrzymali informacje o zmianach SIWZ oraz o zmianie terminu składania i otwarcia ofert oraz specyfikacje i co wiadomo Sądowi z urzędu, złożyli swoje oferty.

Zgodnie z art. 7. 1. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy’.

Skarżący ma rację, że zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały dodatkowego znaczenia, gdyż stosowane są nie tylko do wykonawców krajowych, ale także zapewniają przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektywy oraz przepisów traktatowych.

Zasady te obowiązują zarówno na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i w czasie jego przeprowadzania. Skarżący ma także rację, że w szczególności może dojść do naruszenia wskazanych zasad na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia oraz określania warunków stawianych wykonawcom. Ustawa wyraźnie wskazuje, że ograniczenie konkurencji jest wyjątkiem od generalnej reguły i może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych przez prawo zamówień publicznych - np. podaje zamkniętą listę okoliczności, w których zamawiający może zastosować niekonkurencyjny tryb z wolnej ręki. Zasada uczciwej konkurencji oznacza również, że zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odrzucanie złożonych przez nich ofert (por. komentarz do art. 89 ust. 1 pkt 3). Zasada równego traktowania wykonawców oznacza zatem jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

Wyrazem obowiązku zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równości jest także jego związanie podanymi do wiadomości publicznej (wykonawców) informacjami istotnymi dla danego postępowania. Zamawiający nie może bowiem dowolnie zmieniać warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert, a inne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia może zmieniać jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i przy założeniu przedłużenia terminu składania ofert, jeśli jest to niezbędne.

W ocenie Sądu Okręgowego zachowanie zamawiającego odpowiadało wskazanym zasadom. Za naruszenie wskazanych zasad nie można uznać dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zdaniem skarżącego dysponują gorszym od skarżącego produktem tzn. produktem o gorszej i starszej technologii. Należy podkreślić za Sądem Apelacyjnym w Warszawie (wyrok z 2012.01.24.

VI ACa965/11, Lex nr II 13895, teza 2) że przygotowanie i przeprowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 p.z.p. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p. zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

Skarżący zarzuca, że zamawiający nie wykonał pkt. 1.3 wyroku nakazującego wskazanie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów do odebrania i zagospodarowania przez wykonawców w ramach wynagrodzenia umownego oraz niewykonanie pkt. 1.5 sentencji wyroku nakazującego wskazanie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia umownego. W specyfikacji z dnia 1 lipca 2013r. „część druga -przedmiot i termin jego realizacji w pkt. 6.2 zamawiający określił rodzaje odpadów, które będą odbierane i zagospodarowywane w ramach wykonania zamówienia. Określił również szacunkową wartość roczną odpadów na 785000MG oraz określił szacunkowe wartości roczne dla poszczególnych zadań w pkt. 6.4. Wskazał także dla każdego z zadań ilość odbioru odpadów zielonych. Dla każdego zadania została określona liczba punktów odbioru odpadów objęta inwentaryzacją. Powyższe dane w ocenie Sądu drugiej instancji wskazują na to, że zamawiający wykonał wyrok KIO w tej części.

Sąd Okręgowy podziela również ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, że w' obecnym stanie faktycznym, tj. po modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 18 lipca 2013 r. zmieniony został sposób rozliczania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z ryczałtowego na kosztorysowy - ceny za jedną tonę odpadów, co znacząco wpływa na sposób szacowania przez wykonawcę kosztów- całej usługi. Zasady rozliczenia usługi stały

się zatem realne i wskazują na ekwiwalentność świadczeń stron w toku wykonywania umowy. Cena kosztorysowa winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami niezbędne do wykonania zamówienia. Mając dane co do ilości szacunkowej odpadów w każdym zadaniu oraz wymagania zamawiającego co do pojemników i worków, w ocenie Sądu Okręgowego wykonawcy bez większego trudu mogą wyliczyć niezbędne dla wykonania zamówienia ilości zarówno pojemników jak i worków. Taki opis przedmiotu zamówienia w ocenie Sądu Okręgowego nie narusza zasady uczciwej konkurencji albowiem nie preferuje żadnego z wykonawców.

Ze względów omówionych wyżej zmiana SIWZ w tym przedmiocie także była dopuszczalna. Zaś zamawiający był związany treścią wyroku KIO tylko w stanie faktycznym rozpatrywanym przez skład orzekający w dniu 4 czerwca 2013 r. Zmiana sposobu rozliczenia usługi na inny spowodowała, że zamawiający nie był związany wskazaniem KIO.

Także termin wykonania zamówienia w ocenie Sądu Okręgowego został określony przez zamawiającego w sposób prawidłowy i precyzyjny. Termin ten został określony z jednej strony wystąpieniem zdarzenia jakim jest zawarcie umowy a z drugiej strony data 31 stycznia 2017r. Terminy wykonania czynności przygotowawczych w ocenie Sądu Okręgowego także nie budzą wątpliwości.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu na podstawie art. 98 §1 k.p.c..

Na oryginał właściwe podpisy  
i d. z. yoonosc

SEKRETARZ SĄDOWY

Anna