

Sygn. akt KIO 2941/12

WYROK
z dnia 16 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Emil Kawa
Marek Koleśników

Protokolant: **Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 r. przez wykonawcę W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Byś" W..... B..... w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ożarów Mazowiecki

przy udziale SITA Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Ożarów Mazowiecki zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- wprowadzenie w pkt 9.2. możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia obowiązków wykonawcy wynikających z Regulaminu utrzymania porządku i czystości obowiązującego na terenie miasta i gminy Ożarów Mazowiecki w stosunku do obowiązków przewidzianych uchwałą Rady Miejskiej w Ożarowie Mazowieckim Nr XXIX/274/12 z podaniem kryteriów i zakresu zmiany;
- wskazanie maksymalnej ilości odpadów komunalnych, z podaniem proporcji odpadów zmieszanych i niezmielanych i wskazanie liczby poszczególnych rodzajów pojemników w odniesieniu do zabudowań jednorodzinnych pkt V.4) Opisu przedmiotu zamówienia, które wykonawcy winni uwzględnić przy obliczeniu ceny oferty;
- wprowadzenie w pkt 9.2. możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości odpadów w stosunku do danych przyjętych dla obliczenia ceny oferty z podaniem kryteriów zmian w tym

korekty wynikającej z różnic między wyliczeniem wynikającym ze szczegółowego wykazu gospodarstw domowych, o którym mowa w pkt V.4) Opisu przedmiotu zamówienia, a szacunkowymi wyliczeniami dokonanyymi na podstawie liczby gospodarstw domowych zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia.

- wskazanie obowiązków wykonawcy związanych z udostępnieniem pojemników do gromadzenia odpadów i zorganizowaniem punktu selektywnego odbioru odpadów.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Ożarów Mazowiecki i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Byś" W..... B..... w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Ożarów Mazowiecki na rzecz W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Byś" W..... B..... w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ożarów Mazowiecki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Ożarów Mazowiecki i ich zagospodarowanie.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 grudnia 2012 r., pod numerem 2012/S 246-404698.. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia, dalej zwaną również „SIWZ” na swojej stronie internetowej.

27 grudnia 2012r. W..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W..... B..... w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, opisu sposobu obliczenia ceny oferty i rozliczenia stron umowy, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących katalogu zmian umowy. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako u.c.p.g.) w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 Pzp. przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nie uwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w szczególności w zakresie niedookreślenia wiążących wykonawców przepisów prawa miejscowego obejmującego Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach (pkt 2.1 SIWZ), zaniechanie podania ilości odpadów komunalnych z podziałem na poszczególne frakcje, do odbioru i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach umowy (pkt V OPZ), w tym poprzez zaniechanie podania:

- ilości pojemników dla zabudowy jednorodzinnej (pkt V.4) OPZ);
- ilości nieruchomości z podziałem na zamieszkałe 1-2 osoby, 3-4 osoby itd..
- zakresu czynności polegających na odbiorze odpadów komunalnych.

- szczegółowych informacji dot. zorganizowania punktu selektywnego zbierania odpadów problemowych,

co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez zamawiającego ilości odpadów powstających w gminie, zmianami w strukturze tych odpadów, czy zmianami w zakresie ilości nieruchomości i mieszkańców gminy, struktury gospodarstw domowych, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej (pkt 11 SIWZ). przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego (§7 wzorca umowy) i ograniczone możliwości zmiany umowy (pkt 9 SIWZ). Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję;

- art. 5 ust. 1 pkt 1 u.c.p.g. w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach i art. 487 § 2 k.c. statuującego zasadę ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej, przez narzucenie w pkt 2.2.5) SIWZ, pkt II.5 i VI.15.1) OPZ obowiązku zaopatrywania przez wykonawcę właścicieli nieruchomości w pojemniki bez możliwości wliczenia w cenę zamówienia kosztów udostępnienia pojemników, w szczególności gdy obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki spoczywa na właścicielach nieruchomości, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 353¹ k.c.

- art. 9c ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 u.c.p.g. zw. postanowieniami uchwały Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 października 2012r. Nr 211/12 w sprawie uchwalenia Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 z załącznikami.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosowanej modyfikacji SIWZ przez:

1. określenie przepisów prawa miejscowego stanowiących podstawę wymagań określonych w SIWZ i wpływających na przedmiot oferty i umowy, względnie poprzez stosowną zmianę terminu składania ofert, tak aby przypadł on po wejściu w życie nowo stanowionych (w związku z nowelizacją u.c.p.g.) przepisów regulujących w gminie Ożarów Mazowiecki czystość i porządek;
2. wskazanie maksymalnej ilości odpadów komunalnych, których odbiór i zagospodarowanie będzie objęte przedmiotem zamówienia za określone wynagrodzenie ryczałtowe, z podziałem na wszystkie frakcje odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny;
3. doprecyzowanie Opisu Przedmiotu Zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli ustalić rzeczywisty zakres zlecanej usługi i w ślad za tym skalkulować jej koszty, m.in. przez:
 - wskazanie w OPZ ilości i lokalizacji nieruchomości objętych usługą, z uwzględnieniem przede wszystkim specyfiki zabudowy w gminie (tj. podział na zabudowę jednorodzinna i wielorodzinna, przy dookreśleniu rodzaju gospodarstw domowych przy

zabudowie jednorodzinnej w zależności od ilości osób przypadających na dane gospodarstwo, na zabudowę miejską i wiejską);

- przypisania pojemników do danego typu zabudowy w danej lokalizacji,
- dookreślenie obowiązków związanych ze zorganizowaniem „punktu selektywnego zbierania odpadów” (m.in. zakres potrzebnych prac budowlanych związanych z przygotowaniem nieruchomości);

4. wprowadzenie odpłatności na rzecz wykonawcy za wszystkie usługi objęte przedmiotem zamówienia;

5. rozszerzenie katalogu zmian umowy w zw. ze zmianą ilości i morfologii odpadów;

6. doprecyzowanie w OPZ, iż odpady mogą być kierowane do instalacji zastępczych jedynie w przypadku awarii RIPOK lub braku mocy przerobowych RIPOK.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach jest aktem prawa miejscowego, który określa szczegółowe zasady utrzymania czystości i porządku na terenie gminy (art. 4 ust. 1 i 2 u.c.p.g.). Zgodnie z art. 4 ust. 3 u.c.p.g. rady gminy zobowiązane są do uchwalenia nowego regulaminu w celu dostosowania go do WPGO, w terminie 6 miesięcy od dnia uchwalenia WPGO. Regulamin ten ustawodawca wyraźnie odróżnia, ze względu na krąg adresatów, od uchwały z art. 6 ust. 3 u.c.p.g. określającej zakres usług w zakresie odbierania odpadów w zamian za opłatę uiszczaną przez mieszkańców. Obecnie nie wiadomo, kiedy i w jakim kształcie wejdzie w życie nowy Regulamin, choć oczywistym jest, że w trakcie obowiązywania umowy z zamawiającym, będzie determinował warunki zamówienia. Wymagań stawianych przepisem art. 29 ust. 1 Pzp nie spełnia, co najmniej z następujących względów:

- Odwołujący podniósł, że w pkt V OPZ zamawiający podaje jedynie przewidywana ilość wytworzonych odpadów komunalnych, którą trzeba będzie odebrać i zagospodarować i przewiduje się w ramach zamówienia odbieranie i zagospodarowanie odpady komunalne zmieszane oraz odpady komunalne, zebrane selektywnie z wymienieniem frakcji. Zarzucił, że zamawiający w ogóle nie podaje, ile odpadów z podziałem na frakcje zebrano z terenu gminy (mimo że dane takie powinien posiadać) i ile, nawet szacunkowo, jest przewidzianych do odbioru i zagospodarowania, w szczególności wobec rozliczania się z wykonawcą w ramach ryczaftu niezależnie od ilości zebranych odpadów (§ 7 ust. 6 wzorca umowy). Podkreślił, że koszty zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych i zebranych selektywnie są skrajnie różne, w szczególności wobec zakazu mieszania tych odpadów (art. 9e ust. 2 u.c.p.g. oraz art. 11 ustawy o odpadach). Zarzucił, że zamawiający nie wskazał, jakie są ilości odpadów wytwarzanych przez 1 mieszkańca z podziałem na poszczególne frakcje odpadów objęte przedmiotem zamówienia, ani też jest struktura zamieszkania w

Gminie, jakie są w gminie gospodarstwa domowe, (ilość nieruchomości zamieszkałych odpowiednio przez 1-2 osoby, 3-4 osoby, 5-6 osób, ponad 6 osób). Zamawiający podał w SIWZ jedynie zestawienie ilości i rodzaju pojemników, lecz tylko w odniesieniu do zabudowy wielorodzinnej i bez konkretnego miejsca (miejscowość, ulica) posadowienia pojemników (pkt V.I-3 OPZ). Zamawiający nie podał szczegółowego wykazu nieruchomości, nie przypisał poszczególnych ulic do rodzaju zabudowy (np. nieruchomości wielorodzinne i w zabudowie jednorodzinnej, nieruchomości miejskie i wiejskie), mimo że w SIWZ sam zamawiający rozróżnia zabudowę dla potrzeb określenia częstotliwości odbioru. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia przy zabudowie jednorodzinnej, gdzie w pkt V.4) OPZ zamawiający wymienia cztery rodzaje pojemników do gromadzenia odpadów zmieszanych w ogóle bez wskazania ich ilości. Tymczasem w uchwale nr XXIX/274/12 Rady Miejskiej w Ożarowie Mazowieckim z dnia 29 listopada 2012r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi (Dz. Urz. Woj. Maz. z dn. 15 grudnia 2012 r. poz. 9431) zapisano w § 4. Ilość odpadów komunalnych, wyrażona w wielkości pojemników i worków, odbieranych zgodnie z § 5 uchwały, od właścicieli nieruchomości zamieszkałych uzależniona jest od liczby osób zamieszkujących daną nieruchomość i stanowi: o rodzaju i ilości pojemników przewidzianych na odbiór odpadów w zależności od nieruchomości.

Zarzucił, że zamawiający nie precyzuje w pkt VI. 14 OPZ, co się kryje pod pojęciem „organizacja punktu selektywnego zbierania odpadów problemowych” (GPZOP). w szczególności, gdy w SIWZ mowa jest o obowiązku wykonawcy przyjęcia w tym punkcie „nieograniczonej ilości selektywnie zebranych odpadów”. Zorganizowanie takiego punktu wymaga ogromnych nakładów (finansowych i organizacyjnych), w tym dysponowania odpowiednią nieruchomością, przeprowadzenia robót budowlanych adaptujących nieruchomość pod GPZOP. (w szczególności ze względu na wymagania sanitarne), uzyskania stosownych zezwoleń administracyjnych, w tym na podstawie ustawy o odpadach, co nabiera szczególnego znaczenia w świetle proponowanego przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego dla wykonawcy.

Odwolujący zarzucił, że zamawiający nie określa, jak ma być wykonywana usługa odbierania odpadów selektywnie zbieranych wymienionych w pkt II. 1 .b (z wyłączeniem odpadów zielonych opisanych w SIWZ), i, k, m-p (z wyłączeniem rozbiórkowych opisanych w SIWZ).

Podniósł, że przywołana uchwała Rady Miejskiej w Ożarowie z dnia 29.11.2012r. określa jedynie, co się mieści w opłacie uiszczanej przez mieszkańca na rzecz gminy z tytułu odbierania odpadów, a nie jak ma wykonywać usługę wykonawca.

Podniósł, że zamawiający nie określił, mimo obligu art. 6d ust. 4 pkt 1 u.c.p.g. wymogów dotyczą Odwołujący podkreślił, że kwestia niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia wiąże się wobec określenia wynagrodzenia ryczałtowego niezależnie od ilości zebranych odpadów bezpośrednio także i z tym, iż ryzyka gospodarcze związane z tą niejednoznacznością są w całości przerzucone na wykonawców. Wzór umowy o zamówienie publiczne nie przewiduje bowiem żadnych mechanizmów, które zminimalizowałyby skutki niedoszacowania przez zamawiającego ilości odpadów „objętych” zamówieniem. W szczególności zamawiający przewiduje zmianę umowy w bardzo ograniczonym zakresie - § 7 ust. 12 i 13 wzorca umowy. Istotne jest przy tym, że zapis § 7 ust. 12 i 13 wzorca umowy jest niezrozumiały - nie wiadomo, o jaką wartość ostatecznie może wynagrodzenie wykonawcy ulec podwyższeniu.

Odwołujący ocenił, że zamawiający narzucił w pkt 2.2.5) SIWZ, pkt II.5 i VI. 15.1) OPZ obowiązek zaopatrywania przez wykonawcę właścicieli nieruchomości w pojemniki bez możliwości wliczenia w cenę zamówienia kosztów udostępnienia pojemników. .

Zamawiający dopuścił w pkt VI. 18.1 OPZ do kierowania przez wykonawców strumienia odpadów do instalacji zastępczych (pkt VI. 18.1) OPZ bezprawnie z przekroczeniem granic wynikających z obowiązującego prawa.

SITA Polska Sp. z o.o. w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 2.1. SIWZ przedmiot zamówienia stanowi odbiór i zagospodarowywanie (odzysk lub unieszkodliwienie) odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie zamawiającego, na których zamieszkują mieszkańcy w sposób zapewniający

osiągnięcie określonego poziomu recyklingu (...) zgodnie z zapisami u.c.p.g. oraz Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 oraz zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Ożarów Mazowiecki.

W pkt 2.3. zamawiający postanowił, że na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty w zał. Nr 1 do SIWZ składają się

- opis przedmiotu zamówienia – OPZ;
- uchwała Rady Miejskiej nr XXIX/274/12 z 29.11.2012r.w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Uchwała wskazuje rodzaje odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości, ilość tych odpadów wyrażona w wielkości pojemników i worków przy czym w odniesieniu do zabudowy jednorodzinnej liczba worków i objętość pojemników uzależniona jest od liczby osób zamieszkujących daną nieruchomość, częstotliwość odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, sposób świadczenia usług przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych i sposób zagospodarowania odpadów komunalnych.

SIWZ przewiduje, że w ramach zamówienia nastąpi odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszane oraz odpadów komunalnych, zebranych selektywnie, następujących frakcji: 1) odpady ulegające biodegradacji, 2) papier i tektura, 3) tworzywa sztuczne, 4) metal. 5) szkło, 6) opakowania wielomateriałowe, 7) odpady wielkogabarytowe. 8) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, 9) zużyte baterie i akumulatory, 10) zużyte świetlówki, 11) przeterminowane leki. 12) chemikalia (resztki farb, lakierów, oleju, środki ochrony roślin etc.). 13) zużyte opony, 14) odpady budowlane i rozbiórkowe. 15) popioły.

W pkt V OPZ zamawiający podał, że przewidywana ilość wytworzonych odpadów komunalnych, którą trzeba będzie odebrać i zagospodarować wynosi ok. 7.900 Mg/rok.

Postanowienia SIWZ nie zawierają podziału wskazanej ilości odpadów na odpady zbierane selektywnie (niezmieszane) i odpady komunalne zmieszane. Zamawiający nie określił, jak ma być wykonywana usługa odbierania odpadów selektywnie zbieranych wymienionych w pkt II. 1 .b (z wyłączeniem odpadów zielonych opisanych w SIWZ), i, k, m-p (z wyłączeniem rozbiórkowych opisanych w SIWZ).

SIWZ w OPZ podaje natomiast liczbę mieszkańców, zakładany wzrost tej liczby oraz szacunkową liczbę gospodarstw jednorodzinnych.

Zamawiający narzucił w pkt 2.2.5) SIWZ, pkt II.5 i VI. 15.1) OPZ obowiązek udostępnienia pojemników ustawionych w miejscach odbioru odpadów bez możliwości wliczenia kosztów w cenę zamówienia.

W pkt 2.2.4) SIWZ oraz wzorze umowy zamawiający wymagał organizacji i prowadzenia punktów selektywnego zbierania odpadów.

W zakresie wynagrodzenia, zamawiający postanowił że wykonawcy obliczają cenę ofertową na podstawie własnej kalkulacji (pkt 11.1 SIWZ). Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w § 7 ust. 1 i 3, obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy (§ 7 ust. 4 wzorca umowy), niezależnie od ilości zebranych odpadów (§ 7 ust. 6 wzorca umowy). Zamawiający przewiduje zmianę umowy w bardzo ograniczonym zakresie uzależniając je jedynie od wzrostu cen odbieranie i unieszkodliwianie odpadów w § 7 ust. 12 i 13 wzorca umowy.

Dopuszczenie do kierowania odpadów do instalacji zastępczych. Zamawiający dopuścił w pkt VI. 18.1 OPZ możliwość kierowania przez wykonawców strumienia odpadów do instalacji zastępczych (pkt VI. 18.1).

Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Odwołujący podnoszący zarzut naruszenia przy opisie przedmiotu zamówienia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp spełnił przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Stosowanie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu, z pominięciem nowych okoliczności faktycznych – postanowień SIWZ nie kwestionowanych w odwołaniu, a wskazanych dopiero na rozprawie.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdzenie w znalazł zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia oraz związany z nim zarzut niedostatecznych regulacji w zakresie możliwości zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba nie miała wątpliwości, że zamawiający uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 29 ust. 1 Pzp. SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu stanowią podstawowe dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stąd przepisy ustawy wielokrotnie w odniesieniu do ich postanowień nie tylko wskazują powinności zamawiającego, ale również ukazują ich znaczenie w perspektywie szerszej – ochrony konkurencji i konsumentów.

Art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Art. 29 ust. 2 Pzp głosi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, podkreślając w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Przepisy te czytane razem prowadzą do przekonania, że niespełnienie wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji między wykonawcami.

W sytuacji, gdy zamawiający nie opisuje przedmiotu zamówienia w sposób wystarczająco dokładny i jednoznaczny może stworzyć przewagę konkurencyjną dla wykonawcy, który posiada informacje niezapisane w specyfikacji, a niezbędne do przygotowania oferty, w tym kalkulacji jej ceny.

Izba nie miała wątpliwości, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp, a dokonany przez niego opis godzi w możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców na równych zasadach i w warunkach uczciwej konkurencji.

Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy jest wyłącznym obowiązkiem zamawiającego. W ramach czynności związanych z przygotowaniem postępowania zamawiający winien zgromadzić niezbędne dane, pozwalające na prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia i dopiero wszcząć postępowanie.

Wyjaśnienia zamawiającego złożone na rozprawie w żaden sposób nie wskazują, że opis przedmiotu zamówienia nie jest możliwy w ogóle. Świadczą natomiast o tym, że zamawiający zaniechał zgromadzenia niezbędnych danych, choć mógł i powinien był to uczynić. Okolicznością znaną Izbie z urzędu jest, że wyłącznie od woli i sprawności działania zamawiającego uzależniony jest zakres danych możliwych do zgromadzenia przed wszczęciem postępowania (*vide*: stan faktyczny sprawy KIO 2829/12).

Niezasadnie zatem powołuje się zamawiający na niekompletność sprawozdań wykonawców i brak wiedzy w zakresie liczby osób w domach jednorodzinnych i szacunkowych ilości pojemników niezbędnych do odbierania odpadów, bowiem zamawiający miał wystarczająco długi czas ku temu – liczony od daty wejścia w życie znowelizowanych przepisów u.c.p.g. do wszczęcia badanego postępowania, aby dane te zgromadzić. Również wskazywany brak podjęcia przez Radę Gminy uchwały w sprawie regulaminu utrzymania porządku i czystości w gminie nie stanowi okoliczności zwalniającej zamawiającego od ciążących na nim obowiązków ustawowych.

Podkreślić trzeba, że dane niezbędne do obliczenia ceny oferty powinny znajdować się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie zamieszczenie ich w specyfikacji nie

tylko narusza art. 29 Pzp, ale też ustala preferencje na rzecz wykonawców aktualnie wykonujących tę usługę, którzy dane te posiadają i wiedzą przykładowo, jakie ilości pojemników o jakiej objętości niezbędnych jest do odbioru odpadów pochodzących z budynków jednorodzinnych

Nie sposób sobie wyobrazić, że w przypadku usługi odbioru i utrzymania odpadów można było skalkulować realną i opłacalną ofertę cenową możliwą do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Tymi są niewątpliwie maksymalna ilość odpadów oraz podstawowe koszty materiałowe – koszty pojemników. Nie do obrony jest pogląd wyrażony *de facto* w SIWZ, że do obliczenia ceny oferty niezbędna jest wyłącznie liczba pojemników do odbioru odpadów w zabudowie wielorodzinnej, z całkowitym pominięciem liczby pojemników niezbędnych do obsługi zabudowy jednorodzinnej. Skoro ilość odpadów odbieranych z danej nieruchomości jest zdeterminowana ilością osób zamieszkujących daną nieruchomość, co wynika wprost z przywołanych przepisów gminnych, niezbędnym elementem kalkulacyjnym jest liczba pojemników o danej objętości.

Nie do pogodzenia jest z wymaganiami zawartymi w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp niedookreślenie obowiązków związanych ze zorganizowaniem punktu odbioru odpadów oraz udostępnieniem pojemników.

Zamawiający winien dane niezbędne do ustalenia zakresu świadczenia podać w SIWZ, tymczasem jej postanowienia nie zawierają nawet informacji – ujawnionej na rozprawie, że zamawiający takie punkty już posiada, a SIWZ zawiera wewnętrzną sprzeczność raz mówi o prowadzeniu punktu, innym razem o ich zorganizowaniu i prowadzeniu.

Podobnie w przypadku udostępnienia pojemników - zamawiający nie określił, co rozumie pod tym pojęciem. Nie sposób zatem wykluczyć, że intencją zamawiającego było uzyskanie ich od wykonawcy, bez wynagrodzenia, z naruszeniem przepisów prawa. Wobec faktu, że zgodnie z art. 5 ust. pkt 1 u.c.p.g. wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym należy do obowiązków właścicieli nieruchomości, nie zaś gminy. Zamawiający nie zaprzeczył poglądowi prawnemu odwołującego, że gmina w świetle nowych regulacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie może co najwyżej, podjąć uchwałę o świadczeniu usługi dodatkowej polegającej na wyposażeniu nieruchomości w pojemnik do odbioru odpadów⁷ komunalnych i utrzymywaniu go w odpowiednim stanie. Nie wskazał też, w jaki sposób ma zamiar kwestię tę rozwiązać. Bez wątplenia zatem postanowienia SIWZ preferują wykonawców, którzy na terenie gminy Ożarów Mazowiecki tę usługę wykonują i mają już ustawione swoje pojemniki.

Zamawiający nie wypełnił dyrektyw wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a ciężarem swego zaniechania obciążył wykonawców. Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego, bez możliwości zmiany umowy w odniesieniu do wymaganych czynności związanych z zakresem i rozmiarem świadczenia wykonawcy powodują przerzucenie ryzyk gospodarczych w całości na wykonawców. Na szczególne podkreślenie zasługuje, że możliwość taka nie została przewidziana nawet w odniesieniu do Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminie, w sytuacji, gdy nie zostało wykazane na rozprawie, że nie nałoży on na wykonawców innych powinności, niż wynikające z uchwały z 29 listopada 2012r.

Izba nie podzieliła natomiast zarzutu adresowanego do zakresu dopuszczalności unieszkodliwiania odpadów w instalacjach innych, niż RIPOK. Kwestionowane postanowienie w swojej literalnej treści nie narusza prawa. Powinności zamawiającego wynikają z WPGO, do którego wystarczające odesłanie zawiera opis przedmiotu zamówienia.

Izba dostrzegła, że wadliwość opisu przedmiotu zamówienia związana jest z zaniechaniem zamawiającego na etapie przygotowania postępowania mającymi znaczenie dla opisu przedmiotu zamówienia. Skala zaniechań powoduje, że postępowanie powinno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. Z art. 146 ust. 6 Pzp.

Izba nie nakazała jednak zamawiającemu unieważnienia postępowania – nie wnosił o to odwołujący do zamknięcia rozprawy, a z uwagi na ograniczenie dopuszczalności stanowiska przystępującego wynikające z art. 185 ust. 2 Pzp wniosek przystępującego nie mógł zostać uwzględniony.

W obecnym stanie prawnym Izba nie może unieważnić postępowania z urzędu, zatem zadaniem spoczywającym na Izbie jest nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ, by postępowanie o udzielenie zamówienia mogło być kontynuowane.

Izba dostrzegła w tej mierze, że uwzględnienie żądań odwołującego przyniosło by przedłużenie postępowania na okres tak długi, że faktyczny skutek orzeczenia Izby byłby zrównany z unieważnieniem postępowania.

Izba doszła zatem do przekonania, że zamawiającemu należy nakazać zmianę przedmiotu zamówienia w zakresie niezbędnym do przygotowania oferty – takich samych dla wszystkich wykonawców, będących postawą do przygotowania oferty i jednocześnie rozszerzyć katalog zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego w ten sposób, by

ograniczyć ryzyko wykonawców związane z niedostatecznym szacunkiem ceny oferty, co nastąpiło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 6 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....