

Sygn. akt: KIO 2615/13

KIO 2635/13

WYROK

z dnia 22 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Małgorzata Rakowska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 listopada 2013 roku przez **W..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... w Konopiskach**
- B. w dniu 12 listopada 2013 roku przez **A.S.A. Eko Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Koszęcin w Koszęcinie**

przy udziale:

1. wykonawcy **A.S.A. EKO POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2615/13 po stronie odwołującego.
2. wykonawcy **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... w Konopiskach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2635/13 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala oba odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... w Konopiskach i A.S.A. Eko Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... w Konopiskach (15 000 zł 00 gr) i A.S.A. Eko Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (15 000 zł 00 gr)** tytułem wpisów od odwołań.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Koszęcin w Koszęcinie, działająca w imieniu i na rzecz Gmin: Koszęcin, Ciasna, Kalety, Kochanowice, Konopiska, Pawonków i Woźniki – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – na świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie 7 (siedmiu) Gmin w Województwie Śląskim.

W dniu 8 listopada 2013 roku wykonawca W..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S..... w Konopiskach, wniósł odwołanie wobec zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) naruszenie normy art. 29 ust. 1 z zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 pzp - poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający złożenie odpowiednio przygotowanej oferty, lub w sposób sprawiający, iż dane • postanowienie jest niemożliwe do spełnienia, i tym samym powodujący ryzyko nierównego traktowania poszczególnych oferentów a w szczególności:
 - a) niejednoznaczne sformułowanie w załączniku nr 8 do SIWZ stanowiącym Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) w Dziale III ust. 5 lit c, obowiązku potencjalnego Wykonawcy do „wywozu odpadów również w przypadku stwierdzenia niemożności dojazdu do pojemnika przez parkujące pojazdy lub inne przeszkody”, które to sformułowanie w sytuacji niedoprecyzowania „innych przeszkód”, sprawia, że nawet w sytuacji gdy nie ma obiektywnej możliwości dojazdu do pojemnika, bez winy Wykonawcy (np. dojazd do posesji połączoną zaśnieżoną drogą która nie została udrożniona przez zobowiązany do tego podmiot, czy też nawet działanie siły wyższej), winą za nieodebranie odpadów zostanie obciążony Wykonawca, na którego będą mogły zostać niesłusznie nałożone kary umowne (w tym kara za nieodebranie odpadów), a co za tym idzie spełnienie tego wymogu przez Wykonawcę jest z przyczyn obiektywnych praktycznie niemożliwe.
 - b) niejednoznaczne sformułowanie w Dziale III ust. 7 lit h, obowiązku potencjalnego Wykonawcy do „dokonywania odbioru i transportu odpadów spod posesji, wystawionych w promieniu 5 m od wejścia na posesję, również w przypadkach, kiedy

dojazd do nieruchomości będzie utrudniony (...)”, a następnie zobowiązanie pracowników Wykonawcy do odstawiania opróżnionych pojemników pod posesję, które to sformułowanie sprawia, iż spełnienie obowiązku, jak również oszacowanie ewentualnych kosztów usługi odbioru odpadów, jest z obiektywnych względów praktycznie niemożliwe.

- c) ustanowienie w OPZ w Dziale III ust. 2 pkt 4 wymogu odbioru z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) odpadów stanowiących „odpady budowlane i rozbiórkowe, pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a także na wykonanie których nie jest wymagane zgłoszenie do administracji budowlano - • architektonicznej.”, bez określenia limitu odpadów, jaki mogą oddawać mieszkańcy do poszczególnych PSZOK (np. limitu na jedno gospodarstwo domowe), co może powodować wywożenie przez mieszkańców nadmiernych ilości odpadów tego typu, co z kolei pozbawia potencjalnego Wykonawcę możliwości oszacowania kosztów utylizacji przedmiotowych odpadów i tym samym sformułowania odpowiedniej oferty,
- d) zastrzeżenie w OPZ w Dziale III ust. 6 pkt 1 lit d dla Zamawiających prawa żądania doposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady komunalne w razie ich udokumentowanego zaginięcia lub zniszczenia, przy jednoczesnym braku określenia na jakich zasadach pojemniki miałyby być dostarczane, oraz kto ponosiłby koszty dostarczenia przedmiotowych pojemników (Zamawiający czy właściciel nieruchomości),
- e) brak jednoznacznego wskazania w Dziale III ust. 7 lit f OPZ, w jaki sposób potencjalny Wykonawca ma telefonicznie zawiadomić Zawiadamiających o każdorazowym rozpoczęciu odbioru odpadów, w sytuacji gdy rozpoczęcie odbioru następuje o godzinie 6.00, a więc przed rozpoczęciem pracy przez pracowników Zamawiających,
- f) brak jednoznacznego wskazania w Dziale III ust. 7 lit f OPZ, na jakich zasadach, w jaki sposób i w jakim miejscu Zamawiający zamierzają dokonywać kontroli masy pojazdów potencjalnego Wykonawcy,
- g) brak jednoznacznego wskazania w Dziale III ust. 7 lit i OPZ, rodzaju dokumentów, które Wykonawca miałby udostępniać upoważnionym przedstawicielom Zamawiających,
- h) brak jednoznacznego określenia w Dziale III ust. 7 lit j OPZ, w jakich sytuacjach potencjalny Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za szkodę, gdyż stwierdzenie, iż obowiązkiem Wykonawcy jest „ponoszenie pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego - poszczególnych uczestników grupy Zamawiającej i osób

trzecich za szkody na mieniu i zdrowiu osób trzecich powstałe podczas i w związku z realizacją przedmiotu umowy.”, stwarza uzasadnione niebezpieczeństwo nadinterpretacji przedmiotowego zapisu, co może powodować odpowiedzialność Wykonawcy również za szkody przez niego niezawinione,

- i) brak jednoznacznego określenia w Dziale III ust. 7 lit k OPZ, w jakich sytuacjach ■ potencjalny Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za szkodę, gdyż stwierdzenie, iż obowiązkiem Wykonawcy jest "naprawa lub ponoszenie kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas wykonywania usługi wywozu odpadów komunalnych w gminie (uszkodzenia chodników i innych urządzeń)", stwarza uzasadnione niebezpieczeństwo nadinterpretacji przedmiotowego zapisu, co może powodować odpowiedzialność Wykonawcy również za szkody przez niego niezawinione,
- j) brak jednoznacznego wskazania w Dziale III ust. 7 lit n OPZ, w jakich okolicznościach, w tym m.in. w jakich godzinach, Wykonawca ma umożliwić uprawnionym do tego osobom wstęp na teren bazy transportowej,
- k) nieprecyzyjne sformułowanie § 17 ust. 1 lit b Umowy Wykonawczej stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ, w sposób niepozwalający określić kiedy dokładnie i na jakich zasadach Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za brak odbioru lub odbiór odpadów w terminie niezgodnym z harmonogramem, gdyż obecne sformułowanie przedmiotowego zapisu rodzi niebezpieczeństwo nadinterpretacji, w tym m.in. daje prawo do naliczania kary umownej również w sytuacji gdy brak odbioru lub odbiór odpadów w terminie niezgodnym z harmonogramem, nastąpił z przyczyn nietyczących Wykonawcy (np. w sytuacji niedotrzymania przez mieszkańca obowiązku wystawienia pojemnika z odpadami w oznaczone miejsce i braku dostępu do przedmiotowego pojemnika - np. zamknięta posesja).
- l) niejednoznaczne określenie obowiązków Wykonawcy w Dziale III ust. 6 pkt 1 lit e-g, co sprawia, iż sporządzenie poprawnej oferty i oszacowanie ewentualnych kosztów usługi odbioru odpadów jest praktycznie niemożliwe.

pojemników, kontenerów w zabudowie wielorodzinnej oraz doprowadzenia do porządku terenów przyległych, w sposób powodujący niemożność obiektywnego oszacowania ceny za usługę Wykonawcy, gdyż obszar o promieniu 4 m od każdego pojemnika (60 m), sprawia, że obowiązkiem Wykonawcy byłoby w zasadzie sprzątnięcie posesji właściciela nieruchomości, a nie wywóz odpadów.

- 2 naruszenie normy art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp - poprzez sformułowanie postanowień SIWZ w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, w tym również nierówne traktowanie poszczególnych oferentów a w szczególności:

- a) bezpodstawne umieszczenie Umowie Ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ zapisu § 12 ust. 2 i 3, przewidujących możliwość jednostronnego rozwiązania Umowy tylko przez Zamawiających, za miesięcznym terminem wypowiedzenia, bez podania przyczyny, co stawia potencjalnego Wykonawcę w stanie permanentnej niepewności, i uniemożliwia przygotowanie rozsądnej oferty.
- b) bezzasadne oznaczenie w Rozdziale VI ust. 2, Rozdziale VII część C ust. 1 SIWZ oraz załączniku nr 6 do SIWZ, wymogów, które musi spełniać każdy przystępujący do przetargu Wykonawca, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, gdyż przyjęte przez Zamawiających kryteria nie wpływają na możliwość ani zwiększenie jakości wykonywanych usług, a jednocześnie bezpodstawnie zawężają krąg podmiotów mogących brać udział w otwartym przetargu ogłoszonym przez Zamawiających,
- c) określenie w Dziale III ust. 5 lit b OPZ obszaru w którym, Wykonawca będzie zobowiązany do zbierania odpadów leżących luzem obok wypełnionych pojemników, kontenerów w zabudowie wielorodzinnej oraz doprowadzenia do porządku terenów przyległych, w sposób powodujący niemożność obiektywnego oszacowania ceny za usługę Wykonawcy, gdyż obszar o promieniu 4 m od każdego pojemnika (60m²), sprawia, że obowiązkiem wykonawcy byłoby w zasadzie sprzątnięcie posesji właściciela nieruchomości, a nie wywóz odpadów.

Mając na uwadze powyższe naruszenia odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości
- 2) nakazanie Zamawiającym powtórzenia czynności zgodnie z normą art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp, poprzez zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i dostosowanie ' jej treści do obowiązujących przepisów prawa, w tym w szczególności:
 - a) nakazanie jednoznacznego określenia, kiedy Wykonawca jest zobowiązany do dokonania odbioru odpadów, biorąc pod uwagę obiektywną możliwość dokonania odbioru, poprzez wskazanie sytuacji, w których dokonanie odbioru nie jest możliwe, i Wykonawca jest zwolniony z tego obowiązku,
 - b) nakazanie jednoznacznego określenia maksymalnej ilości odpadów danego rodzaju, do odbioru których będzie zobowiązany Wykonawca, a w szczególności maksymalnej ilości odpadów budowlanych i rozbiórkowych.
 - c) nakazanie jednoznacznego określenia warunków doposażenia w pojemniki w razie ich udokumentowanego zniszczenia lub zaginięcia,
 - d) nakazanie jednoznacznego określenia sposobu powiadomienia Zamawiających o rozpoczęciu wykonywania odbioru odpadów

- e) nakazanie jednoznacznego określenia okoliczności i sposobu w jaki Zamawiający będą dokonywali pomiaru masy pojazdów Wykonawcy,
 - f) nakazanie jednoznacznego określenia jakie dokumenty ma okazywać Zamawiającym Wykonawca, i w jakim czasie ma tego dokonać,
 - g) nakazanie jednoznacznego określenia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej Wykonawcy,
 - h) nakazanie jednoznacznego określenia w jakim czasie (w jakich godzinach) Wykonawca ma zapewnić uprawnionym osobom wstęp na teren bazy transportowej Wykonawcy, celem dokonania kontroli,
 - i) nakazanie jednoznacznego określenia w § 17 Umowy Wykonawczej, w jakich konkretnie przypadkach Wykonawca będzie mógł być obciążony karą umowną z tytułu nie dokonania lub dokonania odbioru odpadów niezgodnie z harmonogramem, oraz dostosowania przedmiotowej kary do warunków rynkowych,
 - j) nakazanie usunięcia z Umowy Ramowej stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ § 12 ust. 2 przewidującego możliwość jednostronnego rozwiązania umowy przez tylko Zamawiających z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia, bez podania przyczyn, oraz zobowiązanie Zamawiających do dostosowania treści Umowy do konsekwencji jakie wynikają z usunięcia zapisu o możliwości wypowiedzenia Umowy,
 - k) określenie wymogów jakie musi spełniać Wykonawca w sposób odpowiedni do rodzaju zadania, i jednocześnie niedyskryminujący w stosunku do poszczególnych Wykonawców,
 - l) nakazanie dostosowania treści innych zapisów SIWZ lub załączników do SIWZ, do wymogów określonych w art. 7 i 29 ust. 1 i 2 pzp, w tym w szczególności jednoznacznego określenia wymogów jakie winien spełniać Wykonawca opisanych w Dziale III ust. 6 pkt 1 lit e-g OPZ.
- 3) zasądzenie solidarnie od Zamawiających na rzecz Odwołującego, kosztów postępowania w sprawie.

W dniu 12 listopada 2013 roku wykonawca A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. w Zabrze wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- A. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznawanie za spełniające warunek wiedzy i doświadczenia wyłącznie usługi, w ramach której, następuje odbieranie odpadów komunalnych „od łącznie co najmniej 2000 nieruchomości tzw. punktów odbiorowych”;

B. art. 2 pkt 9a ustawy Pzp w zw. z art. 99 oraz art. 100 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne ich zastosowanie i zobowiązanie do wykonania umowy ramowej jedynie Wykonawcę;

C. art. 100 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez chęć zawarcia przez Zamawiającego umowy ramowej tylko z jednym Wykonawcą, bez podania stosownego uzasadnienia dla takiego wyboru;

D. art. 36 ust. 1 pkt 15 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie od Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, nie precyzując wielkości udziału każdego uczestnika grupy Zamawiającej;

E. art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ i art. 65 K.c. poprzez możliwość wypowiedzenia przez Zamawiającego Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, bez zachowania okresu wypowiedzenia, wskazując w sposób nieprecyzyjny przyczyny takiego wypowiedzenia.

F. art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ i art. 65 K.c. poprzez możliwość rozwiązania Umowy ramowej, bez zachowania okresu wypowiedzenia, w sytuacji braku środków finansowych na jej realizację;

G. art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ i art. 65 K.c. w zw. z art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku - Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 z późn. zm.) poprzez możliwość rozwiązania przez Zamawiającego Umowy ramowej, jeśli wobec Wykonawcy zostanie wszczęte postępowanie likwidacyjne lub zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości;

H. art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ i art. 65 K.c. poprzez możliwość naliczenia przez Zamawiającego kar umownych, nie wskazując precyzyjnie i w sposób nie budzący wątpliwości podstaw do naliczania przedmiotowych kar;

I. art. 29 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp poprzez wymaganie od Wykonawcy naprawy lub wymiana uszkodzonych w trakcie realizacji umowy kontenerów i pojemników na odpady na własny koszt z przyjętym milczącym domniemaniem, iż następuje to zawsze z winy Wykonawcy

Odwołujący wniósł o:

I. Nakazanie Zamawiającemu:

1. wykreślenia w Rozdziale VI ust. 6 pkt 2 SIWZ oraz Rozdziale VII podrozdziale C ust. 1 pkt 1 słów „tzw. punktów odbiorowych”;

2. wykreślenia § 3 ust. 1 i 2 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ;

3. wykreślenia § 12 ust. 2 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ;
 4. wykreślenia § 13 ust. 1 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ;
 5. wykreślenia § 14 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ;
 6. doprecyzowania przez Zamawiającego w § 15 ust. 2 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, wielkości udziału każdego uczestnika grupy Zamawiającej;
 7. dodania w § 13 ust. 1 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ po słowach: „(...) nie zastosuje się (...)” słów „w sposób zawiniony”;
 8. dodania w § 13 ust. 2 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ po słowach: „(...) w przypadku (...)” słów „zawinionego, rającego”;
 9. wykreślenia § 13 ust. 3 oraz ust. 4 Umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ;
 10. dodania w § 17 ust. 1 lit. b) Umowy wykonawczej po słowach: „za każdy potwierdzony (...) słowa „zawiniony”
 11. dodania w § 17 ust 1 lit d) Umowy wykonawczej po słowach „za każdy dzień (...)” słowa „zaginione”;
 12. zastąpienia w Rozdziale III SIWZ zdania „Przewiduje się zawarcie umowy ramowej z jednym (1) Wykonawcą” zdaniem „Przewiduje się zawarcie umowy ramowej z co najmniej trzema (3) Wykonawcami , chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców” bądź podanie przez Zamawiającego przyczyn technicznych lub organizacyjnych, w wyniku wystąpienia których zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne;
 13. sprecyzowania przez Zamawiającego procedury zgłoszeniowej faktu uszkodzenia kontenera/pojemnika, w tym także wprowadzenia obowiązku udowodnienia przez Zamawiającego, że uszkodzenie kontenera/pojemnika powstało z wyłącznej winy wykonawcy.
- II. Zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania wniósł o oddalenie obydwu odwołań w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w chwili składania odwołań posiadały brzmienia wskazane w treści odwołań.

Zamawiający po wniesieniu odwołań zmodyfikował następujące postanowienia SIWZ:

- Dział III ust. 7 lit. f OPZ poprzez podanie, że kontrola masy pojazdów wykonawcy będzie się odbywać na instalacji odbioru odpadów. Pojazdy wykonawcy będą ważone w obecności upoważnionych przedstawicieli zamawiających
- Dział III ust. 7 lit. i OPZ poprzez podanie, że wykonawca powinien udostępnić upoważnionym przedstawicielom zamawiających dokumenty dotyczące ilości odebranych odpadów i sposobu ich zagospodarowania, w szczególności karty przekazania odpadów oraz sprawozdania
- Dział III ust. 7 lit. n OPZ poprzez wskazanie, że wykonawca powinien umożliwić upewnionym przedstawicielom zamawiających wstęp na teren bazy transportowej w godzinach jej otwarcia – pracy.
- paragraf 12 ust. 2 umowy ramowej stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ poprzez usunięcie zapisu o możliwości rozwiązania umowy ramowej bez podania przyczyn z zachowaniem 1-miesięcznego okresu wypowiedzenia
- paragraf 13 ust. 3 umowy ramowej poprzez usunięcie zapisu o możliwości rozwiązania umowy wykonawczej bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku braku środków finansowych na jej realizację, bez odszkodowania dla wykonawcy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie są bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez uznawanie za spełniające warunek wiedzy i doświadczenia wyłącznie usługi, w ramach której następuje odbieranie odpadów komunalnych od łącznie co najmniej 2000 nieruchomości, tzw. punktów odbiorowych. W ocenie odwołującego warunek ten nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ani w sposób dostateczny z nim związany, a ponadto preferuje wykonawców legitymujących się doświadczeniem w odbiorze odpadów komunalnych z terenów wiejskich.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, iż łączna powierzchnia bezpośrednio sąsiadujących ze sobą gmin wynosi 743,38 km², liczba mieszkańców ogółem – 62.083 osób, natomiast liczba nieruchomości zamieszkałych, tzw. punktów odbiorowych – 14.339 jednorodzinnych oraz 131 wielorodzinnych.

W ocenie Izby postawiony warunek nie jest ani nieproporcjonalny, ani też niezwiązany w sposób dostateczny z przedmiotem zamówienia. W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Z przepisem tym koresponduje przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zgodnie z którym, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy, zamawiający żąda wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Istotą przedmiotowego sporu jest istniejąca pomiędzy stronami rozbieżność, w jakim stopniu zakres wykazywanych przez wykonawcę usług ma pokrywać się z przedmiotem zamówienia, aby móc stwierdzić, że dany wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie umożliwiające mu wykonanie zamawianej usługi. Ustawodawca określił, iż wykazane usługi (dostawy) mają odznaczać się zakresem „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”, a zatem – w celu rozstrzygnięcia sporu – należy dokonać wykładni określenia owego „niezbędnego zakresu”.

Wskazane wyżej rozporządzenie z dnia 30.12.2009 roku uchyliło rozporządzenie o identycznym tytule z dnia 19 maja 2006 roku (Dz. U. Nr 87, poz. 605), które w nieco odmienny sposób regulowało zakres usług niezbędnych do wykazania wiedzy i doświadczenia. W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia z 2006 roku wykonawcy obowiązani byli bowiem do złożenia wykazu dostaw lub usług, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Na kanwie tego przepisu ugruntowało się stanowisko, iż określenie „odpowiadające rodzajem” nie oznacza, iż usługi (dostawy) wykazywane na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, muszą swym zakresem pokrywać się czy być tożsame z zakresem przedmiotu zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2009 roku sygn. akt KIO 1379/09 przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie "odpowiadające rodzajem" (...). Zawarta w "Małym słowniku języka polskiego" pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa "rodzaj" jako "coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko dostaw tożsamy (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).

W ocenie Izby zmiana rozporządzenia poprzez odstąpienie od żądania wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu usług (dostaw) „odpowiadających rodzajem usługom (dostawom) stanowiącym przedmiot zamówienia” na rzecz usług (dostaw) o zakresie „niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia” umożliwia udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego większej ilości wykonawców. „Niezbędny zakres” jest bowiem wyznacznikiem jeszcze szerszym aniżeli sformułowanie „usługi odpowiadające rodzajem”, wykazywane jako dowód posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Ustawa Pzp w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Analiza powyższego pozwala na przyjęcie, iż to do zamawiającego należy wybór, jakie warunki postawić wykonawcom, aby przekonać się, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarzstr. 113). Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, sam decyduje o "niezbędności" czy "dostateczności", o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia i z punktu widzenia zamawiającego. Zamawiający nie może jednakże naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędne minimum wymagane dla danego zamówienia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, że zamawiający postawił zakwestionowany warunek w sposób zgodny ze wskazanymi przepisami. Wykonawca ma bowiem dokonać odbioru odpadów z 14.339 nieruchomości jednorodzinnych oraz jedynie ze 131 nieruchomości wielorodzinnych. Warunku wykazania wykonania usługi, w ramach której następuje odbieranie odpadów komunalnych od łącznie co najmniej 2000 nieruchomości, tzw. punktów odbiorowych nie można uznać za nadmiernie wygórowany, ponieważ – jak wskazał zamawiający – 2000 nieruchomości w stosunku do 14.339 nieruchomości jednorodzinnych i jedynie 131 nieruchomości wielorodzinnych to mniej niż 14%.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 2 pkt 9a w zw. z art. 99 oraz art. 100 ustawy Pzp poprzez błędne ich zastosowanie i zobowiązanie do wykonania umowy ramowej jedynie wykonawcę oraz art. 100 ust. 3 poprzez chęć zawarcia przez zamawiającego umowy ramowej tylko z jednym wykonawcą, bez podania stosowanego uzasadnienia dla takiego wyboru.

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 9a ustawy Pzp termin umowa ramowa oznacza umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. W doktrynie prawa zamówień publicznych panuje powszechnie zgodność co do tego, że zawarcie umowy ramowej polega jedynie na ustaleniu warunków przyszłych zamówień, a nie na ich udzieleniu ani nawet na wstępnym ich przyrzeczeniu. Pogląd ten podzielany jest również w orzecznictwie arbitrażowym. Wyrażane bowiem przekonania wskazują na podobne elementy, charakteryzując umowy ramowe jedynie jako część procesu zmierzająca do udzielenia zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 30 marca 2006 r. (UZP/ZO/0-861/06, Lex nr 199333) Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych wskazał, że zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Dodatkowo w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1434/08; KIO/UZP 1451/08, Lex nr 48533.) Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Zamówień Publicznych stwierdziła, że celem postępowania o zawarcie umowy ramowej nie jest udzielenie zamówienia publicznego, ale ustalenie warunków do zawarcia umowy następczej, to jest umowy realizacyjnej zamówienia publicznego. Stwierdzając ponadto, że zawarcie w trybie ustawy o zamówieniach publicznych umowy ramowej, nie obliguje zamawiającego do zawarcia umów realizacyjnych. Jest więc kwestią dość oczywistą, że na gruncie ustawy Pzp umowa ramowa stanowi jedynie etap zawierania umów jednostkowych/realizacyjnych. Zawarcie tak rozumianej umowy ramowej nie obliguje stron do zawarcia umowy realizacyjnej. Innymi słowy, umowa ramowa na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych rozpoczyna proces zmierzający do udzielania zamówienia publicznego. Zawarcie umowy ramowej nie wywiera ani obowiązku zawarcia umowy realizacyjnej, ani też nie powoduje, w przypadku odmowy zawarcia tej umowy, powstania roszczenia o jej zawarcie. Dodatkowo nie należy utożsamiać tej umowy z trybem udzielenia zamówienia. Co więcej, fakt zawarcia umowy ramowej nie przesądza w ogóle o tym, że rozpoczęty proces udzielenia zamówienia publicznego zakończy się jego udzieleniem.

Z powyższego wynika, iż zawarcie umowy ramowej jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Celowość decyzji zamawiającego nie podlega kwestionowaniu przez wykonawców.

Stosownie do art. 99 ustawy Pzp zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. W myśl art. 100 ust. 3 ustawy Pzp umowę ramową zawiera się:

- 1) z jednym wykonawcą, jeżeli z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne,
- 2) co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.

Ustawodawca nie nakłada na zamawiającego uzasadnienia w treści SIWZ, z jakiego powodu zdecydował się na zawarcie umowy z jednym wykonawcą. Izba nie podziela również stanowiska odwołującego, wyrażonego w uzasadnieniu odwołania, iż art. 100 ust. 3 pkt 1 stanowi wyjątek od ogólnej reguły wyrażonej w art. 100 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazuje na to zarówno systematyka przepisu (zasady na ogół umieszczane są jako pierwsze, zaś wyjątki od nich – w następnej kolejności), jak i brak wskazania, chociażby pośrednio, co jest regułą, a co wyjątkiem. W ocenie Izby oba przepisy są równorzędne i znajdują zastosowanie w sytuacjach w nich wskazanych.

Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 i 139 ustawy Pzp, art. 14 i 139 w zw. z art. 353¹ i art. 65 K.c. w zw. z art. 83 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe i naprawcze, art. 14 i 139 ustawy Pzp art. 353¹ i art. 65 K.c.

Zgodnie z art 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 15 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy ramowej, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, nie precyzując wielkości udziału każdego uczestnika grupy Zamawiającej.

Zamawiający postawił wymóg, iż najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawczej wykonawca zobowiązany będzie wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 3% ceny ofertowej brutto w zależności od każdego zamawiającego – uczestnika Grupy Zamawiającej osobno. Zabezpieczenie będzie wyliczone proporcjonalnie w zależności od poszczególnego uczestnika Grupy Zamawiającej. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający podał minimalną ilość odpadów, którą wykonawca będzie zobowiązany odebrać z terenu każdego uczestnika oraz łączną minimalną ilość odpadów, którą wykonawca będzie zobowiązany odebrać z terenu każdego uczestnika w okresie obowiązywania umowy. Obliczenie wartości zabezpieczenia polega na przeprowadzeniu arytmetycznego działania, polegającego na pomnożeniu zaoferowanej ceny jednostkowej za odbiór tony odpadów i minimalnej ilości odpadów dla każdego uczestnika, a następnie pomnożeniu przez 3%.

Zarzuty, dotyczące postanowień SIWZ, które zostały przez zamawiającego zmodyfikowane, Izba oddaliła jako bezprzedmiotowe.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.)

strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. O tym, czym są koszty postępowania odwoławczego rozstrzyga § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. I tak – w myśl wzmiankowanego przepisu – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Z powyższego wynika, iż warunkiem przyznania zwycięskiej stronie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika jest złożenie do akt sprawy rachunków określających ich wysokość. Ze złożonego rachunku wynika bowiem kwota, jaką strona poniosła z tego tytułu i tylko taką kwotę Izba może zasądzić na jej rzecz. Fakt nie złożenia rachunku nie oznacza także, że stronie należy przyznać kwotę 3 600 zł, ponieważ jest to maksymalna, nie minimalna kwota, jaka może być zasądzona na rzecz strony. W tym zakresie wskazane wyżej rozporządzenie różni się od innych regulacji, np. w sprawach opłat za czynności adwokatów czy radców prawnych, które określają wysokość stawek minimalnych, należnych pełnomocnikowi co najmniej w tej wysokości, bez konieczności udowadniania ich poniesienia. Rozporządzenie z dnia 15 marca 2010 roku nie określa minimalnego wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi, co oznacza, że strona w każdym przypadku musi wykazać, że poniosła koszty, o których przyznanie wnosi.

Odwołujący się w przedmiotowym postępowaniu nie złożył wymaganych rachunków, a zatem Izba nie przyznała na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyników postępowania.