

**WYROK**

z dnia 3 lutego 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k., ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Mrągowo, ul. Królewiecka 60A, 11-700 Mrągowo**

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k., ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k., ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miasto Mrągowo (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu odbieranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych*” (Nr ref: OPZ.271.2.2017) wykonawca Remondis Olsztyn Sp. z o.o. sp. k. z Olsztyna (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od opisu przedmiotu zamówienia zawartego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprawidłowy oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. określenie maksymalnej dopuszczalnej ilości odpadów jaką Wykonawca może dostarczyć do Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś w ciągu obowiązywania umowy na koszt Zamawiającego, i tym samym przeniesienie kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów odebranych w ilościach powyżej przyjętych w Umowie na wykonawcę oraz obciążenie ryzykiem finansowym zwiększenia ilości odpadów powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych wykonawcy,

Zarzucił także zamawiającemu naruszenie art. 58 Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez podjęcie czynności niezgodnej z ustawą lub zmierzającą do obejścia prawa, tj. art. 6r ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 250 z późn. zm.) (dalej „UCPG”), poprzez przeniesienie kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na wykonawcę, w sytuacji gdy koszty odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych powinny być pokrywane z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi,

Nadto zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1987 z późn. zm.) (dalej „UO”), poprzez przeniesienie kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych na wykonawcę, w sytuacji gdy zgodnie z zasadą „zanieczyszczający płaci”, koszty gospodarowania odpadami są ponoszone przez pierwotnego wytwórcę odpadów,

• art 9 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumenta (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.) (dalej jako: „UOKIK”), poprzez uzależnienie zawarcia umowy w ramach zamówienia publicznego od spełnienia przez Wykonawcę świadczenia polegającego na poniesieniu kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, za których zagospodarowanie zobowiązany jest ponieść koszty Zamawiający z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi,

a) naruszenie art. 353<sup>1</sup> i art. 5 KC w zw. z art. 139 ust. 1 i art. 14 ust. 1 PZP,

poprzez wskazanie w projekcie umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, obowiązku ponoszenia przez Wykonawcę kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych stanowiących nadwyżkę w stosunku do maksymalnie dopuszczalnej przez Zamawiającego ilości, co stanowi przekroczenie granicy zasady swobody umów i jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego w postaci kształtowania warunków umownych,

b) naruszenie art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, polegającym na takim kształtowaniu warunków umowy o zamówienie publiczne, które powodują przysporzenie w majątku Zamawiającego kosztem Wykonawcy, tj. nieuzasadnione uprawnienie Zamawiającego do potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy kosztów zagospodarowania odpadów, stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczanej przez Zamawiającego ilości odpadów.

Odwolujący zażądał wykreślenia z SIWZ oraz z Załącznika nr 1 do SIWZ, tj. projektu umowy postanowień:

- „Wykonawca ma obowiązek dostarczyć odpady zmieszane do Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś, gm. Mrągowo, w ilości nie większej niż 1350 Mg w ciągu trwania umowy. W przypadku przekazania większej ilości tych odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia kosztów zagospodarowania odpadów stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczalnej wielkości odpadów zagospodarowanych.”,
- „Dostarczenia odpadów zmieszanych do Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś, gm. Mrągowo, w ilości nie większej niż 1350 Mg w ciągu trwania umowy. W przypadku przekazania większej ilości tych odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia kosztów zagospodarowania odpadów stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczalnej wielkości odpadów zagospodarowanych na Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo.”,
- „Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy kosztów zagospodarowania przekazanych odpadów na Stację Przeladunkową w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczalnej wielkości tj. 1350 Mg odpadów zagospodarowanych na Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo. Potrącenie dotyczy będzie najbliższej faktury wystawionej przez Wykonawcę za miesiąc, w którym została przekroczona dopuszczalna norma.”,
- „Odpady komunalne zmieszane będą odbierane w każdej ilości zebranej do pojemnika przez właściciela nieruchomości znajdującej się na terenie miasta Mrągowo, wypełniającego obowiązki związane z wnoszeniem opłaty za odbiór odpadów.”,

- „W przypadku gdy incydentalnie odpady zmieszane nie pomieszczą się w pojemniku i zostaną dodatkowo wystawione w zamkniętych workach, wykonawca ma obowiązek zabrania również tych odpadów, bez względu na ich rodzaj. W przypadku systematycznego co najmniej 3-krotnego udokumentowanego przepełniania pojemników, Wykonawca o tym fakcie powiadamia Zamawiającego, w celu sprawdzenia czy ilość pojemników na tej posesji nie jest zbyt mała”.

Odwołujący wniósł dodatkowo o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą/rachunkiem przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający przekroczył swoje kompetencje wynikające z ustaw ustrojowych oraz ustaw szczególnych w szczególności tak skonstruował zapisy postanowień SIWZ oraz projektu umowy, aby przenieść ciężar kosztów zagospodarowania zmieszania odpadów komunalnych na wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz nie można opisywać go w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Stanął na stanowisku, że wprowadzenie w treści SIWZ oraz wzoru umowy zapisów:

- SIWZ Rozdział IV pkt 9.10) - „Wykonawca ma obowiązek dostarczyć odpady zmieszane do Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś, gm. Mrągowo, w ilości nie większej niż 1350 Mg w ciągu trwania umowy. W przypadku przekazania większej ilości tych odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia kosztów zagospodarowania odpadów stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczalnej wielkości odpadów zagospodarowanych.”,
- Załącznik nr 1 do SIWZ - projekt umowy - § 5 ust. 2 pkt 4 - „Dostarczenia odpadów zmieszanych do Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś, gm. Mrągowo, w ilości nie większej niż 1350 Mg w ciągu trwania umowy. W przypadku przekazania większej ilości tych odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do pokrycia kosztów zagospodarowania odpadów stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczalnej wielkości odpadów zagospodarowanych na Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo.”,

- Załącznik nr 1 do SIWZ - projekt umowy - § 8 ust. 16 - „Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy kosztów zagospodarowania przekazanych odpadów na Stację Przeladunkową w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, stanowiących nadwyżkę w stosunku do dopuszczalnej wielkości tj. 1350 Mg odpadów zagospodarowanych na Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo. Potrącenie dotyczyło będzie najbliższej faktury wystawionej przez Wykonawcę za miesiąc, w którym została przekroczona dopuszczalna norma.”,
- „Odpady komunalne zmieszane będą odbierane w każdej ilości zebranej do pojemnika przez właściciela nieruchomości znajdującej się na terenie miasta Mrągowo, wypełniającego obowiązki związane z wnoszeniem opłaty za odbiór odpadów.”
- „W przypadku gdy incydentalnie odpady zmieszane nie pomieszczą się w pojemniku i zostaną dodatkowo wystawione w zamkniętych workach, wykonawca ma obowiązek zabrania również tych odpadów, bez względu na ich rodzaj. W przypadku systematycznego co najmniej 3 krotnego udokumentowanego przepełniania pojemników, Wykonawca o tym fakcie powiadamia Zamawiającego, w celu sprawdzenia czy ilość pojemników na tej posesji nie jest zbyt mała.”, które przenoszą ryzyko prawne i gospodarcze (ekonomiczne) wykonania zobowiązania na wykonawcę, przy jednoczesnym wskazaniu w § 8 ust. 2 projektu umowy, że: „Strony zgodnie oświadczają, iż świadome są tego, iż rzeczywiste ilości odebranych na podstawie niniejszej Umowy odpadów mogą różnić się od szacunkowej ilości odpadów komunalnych. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie odebrane w ramach realizacji postanowień Umowy ilości odpadów stanowiących przedmiot niniejszej Umowy w kwocie:
  - a) [...] zł (słownie: [...] /100) złotych brutto za odbiór 1 Mg zmieszanych niesegregowanych odpadów komunalnych,
  - b) [...] zł (słownie: [...] /100) złotych brutto za odbiór 1 Mg gromadzonych na nieruchomości w sposób selektywny odpadów komunalnych w tym również odpadów zielonych,”

uznać należy za nieprecyzyjne (wewnętrznie sprzeczne) i naruszające uczciwą konkurencję, a tym samym sformułowane w sposób naruszający art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Podniósł, że z jednej strony zamawiający w tak sformułowanych warunkach umownych zamawiający zobowiązuje się do pokrycia wszelkich kosztów związanych z rzeczywistą ilością odebranych odpadów komunalnych, z drugiej w ukryty sposób przerzuca ciężar na wykonawcę, przy uregulowaniu maksymalnej dopuszczalnej ilości odpadów, która może zostać dostarczona do instalacji narzuconej z góry przez zamawiającego.

Podniósł, iż badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, pamiętać należy o podstawowym założeniu prawa cywilnego – umowy służą realizacji woli stron je zawierających.

W ocenie odwołującego o naruszeniu tych zasad w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można mówić w sytuacji, gdy zawarta przez strony umowa nie jest wyrazem w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, ponieważ na jej treść wpłynęła np. presja ekonomiczna wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej.

Uznał, że w przedmiotowej sytuacji ma się do czynienia z lepszym ukształtowaniem pozycji zamawiającego w stosunku do wykonawcy, co wynika także z natury stosunków zobowiązaniowych w ramach systemu zamówień publicznych.

Dodał, że kształtowanie warunków umownych w sposób pozwalający na osiągnięcie przez zamawiającego dodatkowego przychodu, z tytułu nadprodukcji odpadów, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi, uznać należy za przekraczające kompetencje zamawiającego w swobodzie kształtowania warunków umownych oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Za istotne uznał to, że wykonawcy wobec kwestionowanego ukształtowania SIWZ i postanowień umowy w praktyce nie mogą oszacować zakresu ryzyk gospodarczych, co może utrudniać lub uniemożliwić skalkulowanie oferty.

Ocecił, że wskazane powyżej zapisy projektu umowy, dopuszczające możliwość potrącenia przez zamawiającego wynagrodzenia należnego wykonawcy, mają charakter sankcyjny wobec wykonawcy i to – paradoksalnie – w sytuacji, gdy wykonawca realizuje umowę w sposób rzetelny, a zamawiający uzyskuje dodatkowe przysporzenie kosztem wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W ocenie zamawiającego takie regulacje zbliżają się swoim charakterem do kar umownych – kary umowne z tytułu przekroczenia limitów z góry określonych przez zamawiającego są nieuzasadnione bowiem kara umowna nie powinna być nakładana jako konsekwencja prawidłowej realizacji umowy.

Uzupełnił, że uregulowanie w treści wzoru umowy zapisu zbliżającego się swoim charakterem do kary umownej i nie uwzględnienie go w miejscu przeznaczonym w umowie dla regulacji kar umownych stanowi nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, przy czym powstaje również zagadnienie potencjalnego bezpodstawnego wzbogacenia po stronie zamawiającego.

Stanął na stanowisku, że wskazanie górnego limitu odpadów, które mogą zostać przewiezione przez wykonawcę na koszt zamawiającego do Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo świadczy o zakresie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia – od momentu przekroczenia dopuszczalnej ilości zmieszanych odpadów komunalnych, przedmiotem zamówienia publicznego stają się również

automatycznie zagospodarowanie odpadów zmieszanych, co wykracza poza zakres odbioru i transportu odpadów komunalnych zmieszanych i narusza dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do przekroczenia kompetencji zamawiającego stwierdził, że uregulowania zawarte w treści SIWZ oraz załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego wzór umowy z wykonawcą są niezgodne z podstawowymi zasadami krajowego porządku prawnego z zakresu gospodarki odpadami.

Podał, że zgodnie z art. 6r ust. 2 UCPG *„Z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują koszty:*

- 1) *odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych;*
- 2) *tworzenia i utrzymania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych;*
- 3) *obsługi administracyjnej tego systemu;*
- 4) *edukacji ekologicznej w zakresie prawidłowego postępowania z odpadami komunalnymi.”*

zaś zgodnie z art. 22 UO *„Koszty gospodarowania odpadami są ponoszone przez pierwotnego wytwórcę odpadów lub przez obecnego lub poprzedniego posiadacza odpadów. W przypadkach określonych w przepisach odrębnych koszty gospodarowania odpadami ponosi producent produktu lub podmiot wprowadzający produkt na terytorium kraju, określony w tych przepisach.”*

Odwołujący stwierdził, że przepis wskazuje w klarowny sposób, iż zgodnie z zasadą „zanieczyszczający płaci” ponoszenie kosztów odbioru i gospodarowania odpadami leży po stronie jego wytwórców i w tym celu powstał specjalny system opłat, uregulowany w UCPG, zgodnie z którym gmina, jako jednostka samorządu terytorialnego, skupiająca w sobie społeczność zamieszkującą na określonym obszarze i wykonująca w ramach zadań własnych usługi użyteczności publicznej w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb ludności, nie jest uprawniona do omijania przytoczonych przepisów, poprzez częściowe przeniesienie kosztów usługi na wykonawcę, w przypadku przekroczenia przez niego dopuszczalnych limitów. Uzupełnił, że społeczność zamieszkującą daną gminę traktować należy jako wytwórcę odpadów, gminę natomiast jako podmiot uprawniony i zobowiązany zarazem do realizacji zasady „zanieczyszczający płaci”, w ramach środków pozyskanych od jej mieszkańców.

Przywołał fragment komentarza do art. 22 ustawy o odpadach (*Rakoczy Bartosz (red.), „Ustawa o odpadach. Komentarz”, LexisNexis 2013*):

*„Celem zasady „zanieczyszczający płaci” jest doprowadzenie do internalizacji tzw. kosztów środowiskowych w rachunku ekonomicznym podmiotu oddziałującego na środowisko. Koszty środowiskowe mogą mieć charakter kosztów ponoszonych w związku z dostosowaniem*



*prowadzonej aktywności do wymagań ochrony środowiska (m.in. standardów środowiskowych, najlepszych dostępnych technik), w tym przede wszystkim wdrożenia wymaganych prawem środków zapobiegawczych. Do drugiej grupy kosztów środowiskowych zaliczyć należy daniny publiczne, ponoszone w związku z oddziaływaniem na środowisko oraz koszty związane z ponoszeniem odpowiedzialności prawnej z tego tytułu, w tym również koszty działań naprawczych w razie doprowadzenia do uszczerbku w środowisku."*

Podsumował, że czynność podjęta przez zamawiającego uznana powinna zostać za przekraczającą uprawnienia (sprzeczną z ustawą) przysługujące zamawiającemu, w szczególności za wykraczające poza dopuszczalne ramy prawne przepisów UCPG i UO, jak również art. 9 ust. 2 pkt 4 UOKIK, które stanowią, że *„Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy”*.

Stwierdził, że zgodnie z art. 4 pkt 1 lit a) UOKIK zamawiającego postrzegać należy jako przedsiębiorcę.

W ocenie odwołującego przekroczenia uprawnień zamawiającego polega na próbie przeniesienia z własnych barków obowiązkowych opłat i przeniesieniu ich na wykonawcę.

Na potwierdzenie niedopuszczalności takich uregulowań przytoczył wyrok KIO z dnia 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08), zgodnie z którym: *„Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone. Na etapie zawierania umowy stronom nieznanym jest jeszcze zakres prac, które rzeczywiście zostaną wykonane w trakcie tej umowy, jak też koszt i zakres obciążeń, które przypadną każdej ze stron, więc obie strony uważają, iż ponoszą większe ryzyko kontraktowe."*

Stanął także na stanowisku, że automatyczne przyjęcie dopuszczalnego, z góry ustalonego przez zamawiającego limitu odpadów, które wykonawca może dostarczyć, nawet przy zdawać by się mogło, oszacowaniu opartym na względnie wiarygodnych prognozach, uznać należy za wychodzące poza sferę kompetencji zamawiającego i naruszające powyższe przepisy.

Podniósł, że powyższe znajduje oparcie również w błędnych szacunkach zamawiającego za rok poprzedni, tj. 2016, w którym odwołujący był wykonawcą usługi odbioru i transportu odpadów w ramach konsorcjum. Wyjaśnił, że potrącenie, które wynikało z analogicznego zapisu umowy w stosunku do § 8 ust. 16 projektu umowy, dokonane zostało w formie noty księgowej nr 22/2016 z dnia 23 grudnia 2016 r. i opiewało na kwotę 42 650,07 zł.

Na potwierdzenie załączył do odwołania notę księgową nr 22/2016 z dnia 23 grudnia 2016 r.

Wyjaśnił, że w zamówieniu realizowanym w roku 2016 przez odwołującego, górny dopuszczalny limit odpadów zmieszanych, po przekroczeniu którego zamawiający mógł rozpocząć procedurę potrącania wynagrodzenia należnego odwołującemu, ustalony został na poziomie 6100 Mg i limit ten był bliski osiągnięcia jeszcze w październiku 2016 r. w związku z czym odwołujący wystosował pismo do zamawiającego, mające na celu zwiększenie górnego dopuszczalnego limitu odpadów komunalnych zmieszanych.

Na potwierdzenie załączył do odwołania pismo z dnia 20 października 2016 r. skierowane przez odwołującego do zamawiającego.

Zdaniem odwołującego określenie limitu w ramach przedmiotowego postępowania na poziomie 1350 Mg odpadów komunalnych zmieszanych zagospodarowanych na Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, uznać należy za niemożliwy do osiągnięcia, a jego przekroczenie jest pewne. Świadczą o tym – według zamawiającego – ilości odpadów przekazanych do zagospodarowania na Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, w analogicznym okresie 2016 r. – w okresie analogicznym do okresu objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia, odebranych zostało łącznie 1508,54 Mg odpadów komunalnych zmieszanych, co przekracza dopuszczalną ilość odpadów zmieszanych, które mogą zostać przekazane do Stacji Przeladunkowej w miejscowości Polska Wieś gm. Mrągowo, na koszt zamawiającego, w ilości 1350 Mg.

Na potwierdzenie załączył do odwołania:

- miesięczne raporty wykonawcy za okres luty - kwiecień 2016 r. mające wykazać, że ilość przekazanych odpadów zmieszanych w tym okresie wyniosła 1508,54 Mg,
- miesięczne protokoły zamawiającego z wykonania usługi za okres luty - kwiecień potwierdzające, że usługi były świadczone w sposób należyty.

W odniesieniu do przekroczenia zasady swobody umów i nadużycia prawa przez zamawiającego odwołujący stwierdził, że uregulowanie w załączniku nr 1 do SIWZ, który stanowi wzór umowy pomiędzy wykonawcą a zamawiający, zapisów które przenoszą obciążenia finansowe na wykonawcę, w drodze jednostronnej decyzji zamawiającego, uznać należy za naruszającą art. 353<sup>1</sup> i art. 5 KC w zw. z art. 139 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dodał, że jednostronne kształtowanie warunków umownych przez zamawiającego w sposób naruszający przepisy innych ustaw, uznać należy za sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego,

a także, że regulacja treści wzoru umowy w sposób jednoznaczny przesądza o tym, że zamawiający przekroczył przysługujące mu uprawnienia i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Skład orzekający Izby ustali i zważył, co następuje.

Przystępując do rozpoznania odwołania, w pierwszej kolejności skład orzekający Izby zobowiązany jest ocenić wypełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie wnoszącego odwołanie interesu w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody, co stanowi materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla odwołującego niosła zaskarżona czynności (zaniechanie) zamawiającego.

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu, ponieważ odwołujący nie jest uprawniony do jego odwołania.

Odwołujący to Remondis Sp. z o.o. Sp. k. z Olsztyna – wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy Pzp.

Odwołującym nie jest więc organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp (lista organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej prowadzona i ogłaszana na stronie internetowej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych). Zastosowanie nie znajduje zatem przepis art. 179 ust. 2 ustawy Pzp (*„Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5.”*).

Skład orzekający Izby, a to wobec wskazania przez odwołującego w odwołaniu (część „A. Interes prawny” – str. 4), iż *„Obecne postanowienia SIWZ i załączników stanowiących jego integralną część, w zakresie określenia przedmiotu zamówienia są sformułowane w sposób zmierzający do naruszenia uprawnień rynkowych podmiotów działających na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów.”*, podkreśla, że interes we wniesieniu odwołania, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody to interes w uzyskaniu zamówienia przez wnoszącego odwołanie wykonawcę, a nie interes innych niesprecyzowanych podmiotów, choćby były potencjalnymi wykonawcami.

Uzupełniając, skład orzekający Izby zauważa, że w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. sygn. akt V Ca 1973/11 Sąd Okręgowy w Warszawie, orzekając w przedmiocie stosowania

art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesu osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o której mowa w tym artykule.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności zamawiającego, polegającej na opisie przedmiotu zamówienia zawartym w treści SIWZ (odwołanie wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Przypomnienia wymaga, że w przypadku odwołań składanych wobec treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia (ta wiąże się ze złożeniem oferty), co wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które uniemożliwiają, czy choćby utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy Pzp oferty.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp: *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”*

Odwołanie podlega oddaleniu z tego względu, iż odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia nie została zagrożona, poprzez kwestionowany przez odwołującego opis przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, ani nawet nie twierdził, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia mu, czy choćby utrudnia złożenia poprawnej, zgodnej z treścią SIWZ oferty, w tym rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej z uwzględnieniem kosztów możliwych ryzyk.

Nie wykazał też, ani nawet nie twierdził, iżby kwestionowany opis przedmiotu zamówienia stawiał go w mniej korzystnej sytuacji niż jakiegokolwiek innego potencjalnego wykonawcę. Żaden inny wykonawcy nie złożył nadto odwołania wobec treści SIWZ.

Potwierdzeniem powyższego jest złożenie przez odwołującego (już po wniesieniu odwołania) oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak też złożenie dwóch innych ofert.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że kwestionując opis przedmiotu zamówienia, odwołujący – wskazując naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – zarzucił temu opisowi nieproporcjonalność, co pozostaje irrelevantne dla oceny poprawności opisu, który ma być jednoznaczny, wyczerpujący, dokonany za

pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Dostrzeżenia także wymaga, że nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ – czego domagał się od Izby odwołujący w odwołaniu i co podtrzymał na rozprawie – w sytuacji, gdy upłynął już termin składania ofert, jest niedopuszczalne.

Rozstrzygnięcie odwołanie, uwzględniając uzasadnienie odwołującego co do interesu w jego wniesieniu, miałyby przywrócić uprawnienia rynkowe w szczególności odwołującego na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów.

W ocenie składu orzekającego Izby, ochrona ww. uprawnień rynkowych odwołującego, wykracza poza ramy postępowania odwoławczego przed Izbą.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy brak wpływu wskazanych przez odwołującego naruszeń ustawy Pzp (zakładając nawet, że naruszenia te miały miejsce) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ – jak wskazano powyżej – brak było jakichkolwiek przeszkód w złożeniu przez odwołującego konkurencyjnej, odpowiadającej treści SIWZ oferty.

Odwołujący taką ofertę złożył, tj. mógł i ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....