

TEMAT TYGODNIA

Umowa o odbiór odpadów obowiązuje, a tu zmienia się prawo miejscowe

STUDIUM PRZYPADKU



Tomasz Srokosz
partner, radca prawny z kancelarii KSP Legal & Tax Advice



Jadwiga Sołtysek
radca prawny z kancelarii KSP Legal & Tax Advice

OPIS SYTUACJI: W 2013 r. spółka komunalna, której jedynym wspólnikiem jest gmina, ogłosiła przetarg nieograniczony na świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie gminy. Szczegółowe warunki udziału we wskazanym postępowaniu przetargowym, a także zasady realizacji objętych nim usług przez podmiot, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, określono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także w załącznikach do SIWZ. W wyniku przetargu wyłoniony został wykonawca, z którym zawarto umowę.

Jej przedmiotem było świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W dokumentach przetargowych wskazano w szczególności, że wykonawca, z którym podpisano umowę w sprawie zamówienia publicznego, jest zobligowany przystąpić do realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów od 1 lipca 2013 r. W SIWZ wskazano także częstotliwość, z jaką wykonawca miał realizować usługę odbioru odpadów komunalnych. Zmieszane odpady miały być odbierane raz na dwa tygodnie, a selektywnie zbierane, papier oraz szkło – nie rzadziej niż raz w miesiącu. Postanowienia SIWZ w kwestii częstotliwości odbioru były tożsame z postanowieniami uchwały rady miejskiej w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w gminie i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi (dalej: uchwała nr 1). Podczas obowiązywania umowy Rada Miejska podjęła kolejną uchwałę: selektywnie zbierane odpady – jeden raz w tygodniu, papier oraz szkło – nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie. W związku ze zmianą uchwały nr 1 zamawiający wezwał wykonawcę do kontynuowania odbioru odpadów z nieruchomości położonych na terenie gminy ze zwiększoną częstotliwością, stosownie do treści uchwały nr 2. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca zwrócił się o zwiększenie wynagrodzenia za świadczone na rzecz mieszkańców usługi. Zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów generowało bowiem wyższe koszty świadczenia usług (m.in. kosztów paliwa, kosztów związanych z zatrudnieniem dodatkowych pracowników). W zaistniałej sytuacji burmistrz zaprosił zainteresowane strony na spotkanie.

■ Etap I Zmiana uchwały

– Panie burmistrzu – odezwał się radny – mieszkańcy monitorowali radę prośbami o powrót do poprzedniej częstotliwości wywozu odpadów. Może i musieliśmy ograniczyć koszty, ale sytuacja była źle oceniana i, co gorsza, byliśmy za to obwiniani. Co możemy zrobić?

– Niewiele. Z jednej strony mamy uchwałę nr 1, która określa częstotliwość, z drugiej strony przetarg w trybie zamówień publicznych już został rozstrzygnięty, a umowa podpisana przez obie strony – wyjaśnił burmistrz.
– Rada zmieniła uchwałę nr 1 i określiła nową czę-

RADA 1

stotliwość wywozu odpadów – kontynuował radny.
– Byliśmy zdeterminowani. Chcieliśmy wypełnić wolę mieszkańców.
– Panie burmistrzu – odezwał się prezes wykonawcy – nowa częstotliwość wywozu odpadów nie została przewidziana w SIWZ. Inaczej kalkulowaliśmy swoje wynagrodzenie oraz zasady

wywozu odpadów samochodami.

– Panie prezesie – odpowiedział burmistrz – nic na to nie mogę poradzić. To inicjatywa radnych.

– Ja z kolei – wtrącił się prezes zamawiającej spółki miejskiej – mam związane ręce nową uchwałą, muszę wyegzekwować zwiększoną częstotliwość. A co gor-

sza, łącząca nas umowa nie przewiduje takiej sytuacji.

– W opisywanym stanie faktycznym kluczowe jest ustalenie, czy zmiana uchwały rady gminy określająca częstotliwość odbioru odpadów wpływa bezpośrednio na zmianę postanowień umowy zawartej na podstawie ustawy – prawo zamówień publicznych

(dalej: p.z.p.) – dodał prawnik burmistrza. – W tym też celu poddamy szczegółowej analizie zapisy p.z.p. dotyczące zmiany umowy.

■ Etap II Poszukiwanie rozwiązań

– Panowie – rozpoczął kolejną rundę narady radca

1 RADA PRAWNIKA Ustawa śmieciowa

1 stycznia 2012 r. weszła w życie nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2011 r. nr 152, poz. 897, dalej: u.c.p.g.). Nałożyła ona na gminy obowiązek organizowania przetargów publicznych, w których wyłonieni zostaną przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne od mieszkańców. Od 1 lipca 2013 r. tylko przedsiębiorcy wyłonieni w przetargu mogą świadczyć usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych na rzecz mieszkańców gminy. Szczegółowy sposób świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy, w tym częstotliwość odbioru odpadów od mieszkańców, zgodnie z art. 6r ust. 3 u.c.p.g. określa rada gminy. Stosownie do powołanego przepisu rada gminy określa w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego szczegółowy sposób i zakres 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, w szczególności częstotliwość odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i sposób świadczenia usług przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

2 RADA PRAWNIKA Zmiana umowy

Możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jest obwarowana ustawowymi ograniczeniami. Stosownie do treści art. 144 p.z.p. „zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu”. Cytowany przepis nie zakazuje zatem wszelkich zmian umów w sprawach zamówień publicznych, lecz jedynie zmian klauzul umownych „w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy”. Co za tym idzie, treść oferty składanej przez wybranego wykonawcę stanowi punkt odniesienia do oceny tego, czy określona następcza zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna. W doktrynie wskazuje się, że zakaz zawarty w art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych obejmuje jedynie takie zmiany umowy, które stanowią przejaw odejścia od tych elementów oferty, którymi zamawiający się kierował, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc które zamawiający ocenił z punktu widzenia

zastosowanych przez siebie kryteriów wyboru ofert, np. kryterium najniższej ceny. Celem cytowanego wyżej przepisu jest bowiem uniknięcie wszelkich podejrzeń i wątpliwości co do tego, czy rzeczywiście wybrano ofertę najkorzystniejszą. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 – Presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Austrii wskazał, kiedy „istotna zmiana umowy” ma miejsce. W ocenie trybunału wówczas, gdy wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona, a także gdy w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane. W opisanym stanie faktycznym zmiana umowy w zakresie zwiększenia częstotliwości wywozu odpadów komunalnych stanowi istotną zmianę umowy. Co istotne, w treści umowy wskazano, że za wykonanie całości przedmiotu umowy wykonawca otrzyma określone wynagrodzenie, które nie może ulec podwyższeniu w okresie obowiązywania umowy. Jednocześnie postanowiono, że ww. kwota została skalkulowana przy założeniu, że odbiór odpadów będzie się odbywał według ustalonego harmonogramu. Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji gdy na etapie prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ustalono, że częstotliwość odbioru tego rodzaju odpadów komunalnych ma być większa (raz w tygodniu), zarówno aktualny wykonawca, jak i pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, określiliby swoje honoraria na wyższym poziomie. W konsekwencji w drodze przetargu wyłoniony mógłby być inny przedsiębiorca. Artykuł 144 ust. 1 p.z.p. przewiduje możliwość istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie wtedy, gdy zamawiający przewidział możliwość jej dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Naruszenie tych warunków skutkuje nieważnością zmienionych zapisów umowy. Zastosowanie w umowie w sprawie zamówienia publicznego klauzul waloryzacyjnych w celu ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy musi być zatem przewidziane już na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w SIWZ (argument z art. 36 ust. 1 pkt 16 p.z.p. oraz art. 144 ust. 1 p.z.p.). W samej umowie kwestię zmiany harmonogramu regulował zapis, zgodnie z którym zmiana harmonogramu wymaga formy pisemnej w postaci aneksu do umowy. Zapis ten określał jednak wyłącznie formę, w jakiej powinna nastąpić zmiana harmonogramu, co do przesłanki zmiany natomiast umowa nie wskazywała nic poza tym, co zostało uregulowane w treści SIWZ. Żadne z postanowień umowy nie przewidywało podwyższenia

wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zwiększeniem częstotliwości świadczonych usług na rzecz mieszkańców gminy. Co więcej, umowa stanowiła, że żadna z ewentualnych jej zmian nie uprawniała wykonawcy do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia. Zgodnie z art. 140 ust. 3 p.z.p. „umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ”. Jak wskazuje się w literaturze, niedopuszczalne jest rozszerzenie świadczenia wykonawcy ponad określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ (por. P. Granecki, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”; 2014). Z wykroczeniem poza określenie przedmiotu zamówienia możemy mieć do czynienia już w umowie zawieranej bezpośrednio po przeprowadzonym postępowaniu, jak też w aneksie zawierającym w trakcie realizacji umowy. Sytuacjom takim zapobiegać ma na etapie podpisania umowy przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazujący odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Na etapie realizacji umowy zapobiegać temu ma natomiast art. 140 ust. 1 i 3 p.z.p. W analizowanym przypadku przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie gminy, która miała się odbywać zgodnie z ustalonym w SIWZ harmonogramem. Wobec powyższego uznać należało, że zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych w drodze aneksu do umowy stanowiło wyjście poza pierwotnie określony przedmiot zamówienia. Gdyby zamawiający i wykonawca zdecydowali się na zawarcie aneksu do umowy, w którym zwiększono by częstotliwość świadczenia usług odbioru odpadów, wówczas umowa w tej części mogłaby zostać uznana za nieważną.

3 RADA PRAWNIKA Zamówienie dodatkowe

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50 proc. wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: 1) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub 2) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Mając na uwadze, że tryb udzielenia zamówienia dodatkowego określony w art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest trybem niekonkurencyjnym, powinien on być stosowany wyjątkowo i wyłącznie

prawni urzędu miasta – pomimo że miasto nie jest stroną umowy mającej za przedmiot gospodarkę odpadami komunalnymi, czujemy się odpowiedzialni za powstałą sytuację. Rozważmy zatem kwestię zmiany relacji prawnej, tak aby zachować zwiększoną częstotliwość, ale przy zagwarantowaniu pokrycia kosztów wykonawcy.

– Jakże mamy możliwości? – spytał burmistrz.

– Panie burmistrzu – rozpoczął radca prawny – takie rozwiązanie może być niemożliwe, bo może się okazać niezgodne z prawem. W analizowanym przypadku przedmiotem zamówienia była usługa polegająca na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie gminy, która miała się odbywać zgodnie z ustalonym w SIWZ harmonogramem. Wobec powyższego uznać należy, że zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych w drodze aneksu do umowy stanowi wyjście poza pierwotnie określony przedmiot zamówienia. Gdyby zamawiający i wykonawca zdecydowa-

li się na zawarcie aneksu do umowy, w którym zwiększono by częstotliwość świadczenia usług odbioru odpadów, wówczas umowa w tej części mogłaby zostać uznana za nieważną.

– Możemy zwiększyć wynagrodzenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów poprzez zamówienie dodatkowe lub uzupełniające – kontynuował wypowiedź burmistrz.

– Z tym też może być poważny problem – zauważył radca prawny.

– Dlaczego? – zapytał burmistrz.

– Strony w umowie zastrzegły że są świadome tego, iż rzeczywiste ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów na podstawie umowy mogą się różnić od ilości odpadów komunalnych, która stanowiła podstawę do skalkulowania ceny ofertowej. W naszej ocenie udzielenie zamówienia dodatkowego na odbiór odpadów w zwiększonej częstotliwości nie jest w przedmiotowej sytuacji dopuszczalne. Nie zostały bowiem spełnione przesłanki warunkujące zastosowanie trybu zamówienia dodatkowego – odpowiedział radca prawny.

– Może zastanówmy się nad zamówieniem uzupełniającym – zasugerował radca prawny wykonawcy.

– Wydaje się, że dzięki temu uda się nam dojść do porozumienia.

■ Etap III Co na to sąd

– Nie wyrażamy zgody na przyznanie wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia – stwierdził przedstawiciel zamawiającego. Umowa nie przewidywała w okresie jej obowiązywania podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy za świadczone usługi – wyjaśnił. – W przypadku uchylania się od świadczenia usług odbioru odpadów w zwiększonej częstotliwości naliczone zostaną w stosunku do wykonawcy kary umowne za nienależyte wykonywanie umowy – dodał. – W ocenie zamawiającego uchwała nr 2 jako akt prawa miejscowego obowiązuje wszystkie podmioty, świadczące usługi na obszarze działania organów, które uchwałę wydały. W praktyce zatem postanowienia uchwały nr 2 modyfikują z mocy prawa postanowienia umowy – uzupełnił swój wywód.

– Aktualnie taka sprawa jak nasza – wtrącił się

radca prawny – oczekuje na rozpoznanie przez Sąd Najwyższy, który udzielił odpowiedzi na pytanie prawne, czy zmiana uchwały rady gminy określająca szczegółowe zasady świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych i ich zagospodarowania wpływa bezpośrednio na treść umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego i tym samym zmienia prawa i obowiązki stron wynikające z umowy.

– To mamy kłopot – powiedział radca prawny. – Uchwała podjęta przez radę może się zdaniem sądu okazać niewiążąca dla wykonawcy. – Oznacza to – kontynuował radca prawny urzędu – że usługi prowadzone ze zwiększoną częstotliwością nie miałyby odpowiedniej podstawy prawnej, gdyż sama uchwała nr 2 rady miasta takiej podstawy nie stanowi, natomiast umowy nie zmieniliśmy. Co gorsza, nawet odwrotna sytuacja, gdy sąd uzna uchwałę za wiążącą, także może być kłopotliwa. Jako akt prawa miejscowego może stanowić źródło roszczenia wykonawcy. Sytuacja ta jest trudna dla obu stron, może wróćmy do negocjacji – zaproponował radca prawny.

PODSUMOWANIE

Gmina łączy cechy władzy lokalnej, podmiotu prawa prywatnego oraz jednostki finansów publicznych. Jako przedsiębiorca świadczy usługi komunalne bezpośrednio lub przez zakłady i spółki komunalne. Jednocześnie rada gminy jako organ władzy publicznej stanowi akty prawa miejscowego, niezbędne dla regulacji wykonywanych przez nią zadań.

Te dwie role, mimo że są ze sobą związane, nie mogą się przenikać. Gmina, realizując zadania własne, dokonuje czynności prawnych jako podmiot prawa publicznego, a także prywatnego, co wynika z jej osobowości prawnej. Ale tylko czynności publicznoprawne charakteryzują się władczością. Można się zatem ograniczyć do wskazania wyłączności odpowiedzialności regulacji prawa prywatnego lub publicznego jako właściwych dla poszczególnego stosunku prawnego z udziałem gminy. Ta podwójna płaszczyzna prawnego funkcjonowania gminy jest kluczowa dla sprawy.

Powyższe rozważania dotyczą także spółek z udziałem gminy, których status z punktu widzenia u.g.k. jest dwojaki. Realizacja zadań własnych gminy przez utworzoną w tym celu spółkę nie stanowi powierzenia tych zadań w trybie art. 3 u.g.k. Taka spółka, realizując zadania gminy zgodnie ze swoją działalnością statutową, pomimo odrębności prawnej działa jako przedsiębiorca publiczny. Reprezentuje w takiej sytuacji interesy gminy jako podmiotu publicznego. W niniejszej sprawie kluczową kwestię stanowi rozdzielenie relacji prawa administracyjnego (publicznego) i cywilnego. Próba poprawiania relacji cywilnych poprzez stanowienie aktów prawa miejscowego jest obciążona ryzykiem ich nieskuteczności, w szczególności gdy ingeruje w sferę zastrzeżeń publicznych. To, co wymaga podkreślenia, to kolejność poszczególnych czynności: najpierw regulacje publicznoprawne, potem umowa, w szczególności poprzedzona przetargiem odwołującym się do aktów prawa miejscowego. Z drugiej strony, szanując autorytet władzy lokalnej wyposażonej w konstytucyjny przywilej stanowienia aktów prawa miejscowego, nie można odmówić jej prawa regulacji. W takiej sytuacji warto jednak zważyć interes przedsiębiorców, którzy w trakcie realizacji umowy muszą rozwiązać nowe warunki jej wykonywania i rozliczania.

w sytuacji, gdy spełnione są łącznie wszystkie przesłanki na to pozwalające. Przesłanki te należy interpretować ściśle, co oznacza, że nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca.

Zamówienie dodatkowe to zamówienie nieobjęte zamówieniem podstawowym, to nowe zamówienie (umowa), którego przedmiot wykracza poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ dla zamówienia podstawowego. Dlatego dokonując oceny, czy realizację danej usługi można powierzyć dotychczasowemu wykonawcy usług z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 5) p.z.p., w pierwszej kolejności należy się odnieść do opisu przedmiotu zamówienia. W SIWZ tymczasem dokładnie wskazano zarówno rodzaj usługi realizowanej przez wykonawcę (odbiór odpadów), jak i jej częstotliwość. W uchwale z 10 maja 2012 r. KIO wskazała, że przy zamówieniach dodatkowych, w przeciwieństwie do zamówień uzupełniających, przesłanką ich udzielenia jest nieprzewidywalność na etapie postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego konieczności wykonania zamówienia dodatkowego (uchwała KIO z 10 maja 2012 r., sygn. akt KIO/KD 46/12). Podobnie w uchwale z 9 stycznia 2015 r. KIO przyjęła, że elementem niezbędnym zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a niemożliwość ta powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, że nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności. Istotną jest pierwotna nieprzewidywalność konieczności wykonania robót dodatkowych i niezbędność ich wykonania, by zamówienie podstawowe mogło być wykonane (sygn. KIO/KD 119/14).

Strony w umowie zastrzegły natomiast, że są świadome tego, iż rzeczywiste ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów na podstawie umowy mogą się różnić od ilości odpadów komunalnych, która stanowiła podstawę do skalkulowania ceny ofertowej. Udzielenie zamówienia dodatkowego na odbiór odpadów w zwiększonej częstotliwości nie było w przedmiotowej sytuacji dopuszczalne. Nie zostały bowiem spełnione przesłanki warunkujące zastosowanie trybu zamówienia dodatkowego.

4 RADA PRAWNIKA Zamówienia uzupełniające

Czym innym niż zamówienia dodatkowe są natomiast zamówienia uzupełniające. W analizowanym stanie faktycznym zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość

udzielenia zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Stanowią one dodatkowy rodzaj zamówień, których udzielenie jest możliwe w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zostaje ono udzielone po negocjacjach z wykonawcą, na rzecz którego udzielono zamówienia podstawowego. Przepisy p.z.p. limitują wartość zamówień uzupełniających na poziomie 50 proc. wartości zamówienia podstawowego w przypadku robót budowlanych i usług. Także w zapisach SIWZ wskazano, że wartość zamówień uzupełniających nie może przekroczyć 50 proc. wartości zamówienia podstawowego. Zamówienie uzupełniające zawsze jest następstwem wcześniej udzielonego zamówienia, nazywanego w ustawie zamówieniem podstawowym, które powinno zostać udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. Zamówienia uzupełniające mogą być udzielone w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Przez dzień udzielenia zamówienia podstawowego należy rozumieć dzień zawarcia umowy. Trzyletni okres limitujący korzystanie z zamówień uzupełniających odnosi się do najpóźniejszego momentu udzielenia takiego zamówienia, a nie do okresu wykonywania umowy w sprawie zamówienia uzupełniającego. KIO w uchwale z 29 lipca 2014 r. wskazała, że „jak wynika z treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z 29 stycznia 2004 r.

– Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), poza wymogami odnoszącymi się do terminu udzielenia zamówienia uzupełniającego (w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego), jego określonego zakresu (nieprzekraczającego 50 proc. wartości zamówienia podstawowego) oraz zachowania identyczności podmiotowej (co do wykonawcy dotychczas realizującego zamówienie), musi zachodzić tożsamość objawiająca się powtórzeniem tego samego rodzaju zamówień oraz zgodność z przedmiotem zamówienia podstawowego (sygn. KIO/KD 68/14). W analizowanym stanie prawnym powierzenie Wykonawcy świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych z większą częstotliwością, aniżeli pierwotnie zakładana na etapie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, możliwe było w trybie zamówienia uzupełniającego.

5 RADA PRAWNIKA Ekwiwalentność świadczeń

Analizując dopuszczalność zmiany umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, nie sposób nie odnieść się także i do takiej sytuacji, kiedy Zamawiający, żądając zwiększenia częstotliwości świadczenia usług przez Wykonawcę, odmawia Wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest łączącą przedsiębiorców umową cywilnoprawną, wzajemną, która opiera się na zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Ekwiwalentność świadczeń jest to cecha

zobowiązań z umów wzajemnych, stanowiących odmianę umów dwustronnie zobowiązujących, czyli takich, w których obowiązek świadczenia ciąży na obu stronach. W tego rodzaju umowach każda ze stron jest dłużnikiem i wierzycielem drugiej strony, zaś świadczenie każdej ze stron stanowi równoważnik (ekwiwalent) tego, co sama otrzymuje.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego – wykonawcy za zrealizowaną zgodnie z Umową usługę należy się umówione w umowie wynagrodzenie. W sytuacji znacznego zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów (na podstawie uchwały nr 2) z jednej strony oraz przy braku jednoczesnej możliwości podniesienia wynagrodzenia należącego wykonawcy uznać należy, że usługa świadczona przez przedsiębiorcę w części wynikającej z zastosowania Uchwały nr 2 jest nieekwiwalentna, ponieważ wykonawca nie otrzyma proporcjonalnie zwiększonego wynagrodzenia. Powyższe czyni dodatkowe usługi wykonawcy nieodpłatnymi, czego ten nie mógł przewidzieć na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i składania ofert. W konsekwencji stwierdzić należy, że zwiększenie częstotliwości wywozu odpadów komunalnych może narażać wykonawcę na stratę i uczynić działalność prowadzoną w ramach wygranego przetargu na terenie gminy nieopłacalną z ekonomicznego punktu widzenia. W oparciu o zasadę ekwiwalentności świadczeń oraz wyrażoną w k.c. zasadę rebus sic stantibus, która przewiduje możliwość zamiany przez sąd treści stosunku prawnego łączącego strony umowy, z uwagi na nadzwyczajną zmianę okoliczności, której nie można było przewidzieć podczas zawierania umowy, w naszej ocenie istnieje możliwość zmiany zakresu Umowy oraz wynagrodzenia należącego wykonawcy przez sąd.

Stanowiący przedmiot analizy stan faktyczny został poddany ocenie przez sąd, który uznał, że „Również Uchwała 1, jak i Uchwała 2, regulują częstotliwość odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy miejskiej, a podstawę ich uchwalenia stanowi art. 6r ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jednak nie kształtują wprost stosunków cywilno-prawnych na terenie gminy. Zmiana umowy nawet w powołaniu na Uchwałę nr 2 wymaga zgody stron umowy, bez takiego konsensu umowa obowiązuje w pierwotnym brzmieniu. (...) W żadnym razie nie można też zgodzić się z twierdzeniem, by zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów odbywało się w oparciu o uchwałę nr 2 rady miejskiej. Przedmiotowa uchwała jest aktem adresowanym do organu wykonawczego gminy i w jej wykonaniu właściwy organ zasadnie domagał się w oparciu o umowę zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów. Zatem o zwiększeniu częstotliwości odbioru dla wykonawcy nie decyduje bezpośrednio uchwała, a tylko umowa stron”.