Sygn. akt: KIO 55/19

WYROK
z dnia 1 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r. przez **Wykonawcę – PZOM STRACH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Konopiskach przy ul. Przemysłowej 7 (42-274 Konopiska) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiających: Gminę Ciasną (pełnomocnik)**, ul. Nowa 1A (42-793 Ciasna), **Gminę Kochanowice**, ul. Wolności 5 (42-713 Kochanowice), **Gminę Konopiska**, ul. Lipowa 5 (42-274 Konopiska), **Miasto Kalety**, ul. Żwirki i Wigury 2 (42-660 Kalety), **Gminę Pawonków**, ul. Zawadzkiego 7 (42-772 Pawonków), **Gminę Woźniki**, ul. Rynek 11 (42-289 Woźniki)

orzeka:

1 **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację zapisów ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie ustalonych kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie kryterium – *dodatkowy sprzęt/waga 30* i odpowiednią modyfikację wag pozostałych kryteriów.**
W pozostałym zakresie zarzutów nie uwzględnia.

2 Kosztami postępowania obciąża pełnomocnika Zamawiających - Gminę Ciasna i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę PZOM STRACH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Konopiskach tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie.**

Przewodniczący:……
Członkowie: .....
.....

Sygn. akt: KIO 55/19

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Grupę Zamawiających: Gminę Ciasna, Gminę Kochanowice, Gminę Konopiska, Miasto Kalety, Gminę Pawonków, Gminę Woźniki na *świadczenie usług odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie 6 (sześciu) Gmin w Województwie Śląskim* (nr postępowania: RGK.GK.271.1.2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4.01.2019 r., 2019/S 003-003418, wobec czynności polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), Wykonawca PZOM STRACH Sp. z o.o. sp. k. z/s w Konopiskach (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 14 stycznia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 55/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 22 ust. 1a, art. 22 ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez wskazanie minimalnych warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej z naruszeniem zasad proporcjonalności do przedmiotu zamówienia i nie dającym możliwości realizacji zamówienia, prowadzących jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji – wskazania minimalnej ilości sprzętów: 2 szt. samochodu ciężarowego bezpylnego typu śmieciarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony przeznaczonym do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120l, 240l oraz 1 szt. samochodu przystosowanego do odbioru odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego wyposażonego w urządzenie załadowcze HDS przy równoczesnym zastrzeżeniu, iż wymieniona ilość sprzętu jest ilością minimalną, a faktyczna ilość sprzętu, jaką Wykonawca będzie musiał zastosować będzie wynikała z rzeczywistych potrzeb tak, aby odpady komunalne z terenu Gminy Ciasna, Kochanowice, Konopiska, Kalety, Pawonków, Woźniki były na bieżąco odbierane i zagospodarowane (rozdział XIII ust. 3 pkt 3.3 siwz, sekcja III ust III.1.3 oraz pkt 1 ppkt 1.2 ogłoszenia);

2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 ustawy k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie postanowień sprzecznych z przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym , co nie może być skuteczne gdyż dotknięte jest sankcją nieważności – dopuszczenie przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych niezbędnych do przeprowadzenie rozruchu instalacji do spalarni odpadów określonej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych albo jako ponadregionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych, przed uwzględnieniem tej instalacji w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami (dział III ust. 5 lit. d OPZ – załącznik nr 7 do siwz, dział III str. 4 OPZ);

3) art. 353^1, art. 354, art. 58 § 1 ustawy k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wzoru

umowy w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, wprowadzając wzajemną sprzeczność jej zapisów – w zakresie dotyczącym protokołów odbioru i skutku ich niepodpisania jakim będzie brak wymagalności wynagrodzenia określonego w umowie (§5 ust. 9 wzoru umowy – załącznik nr 8 do siwz) oraz prawa do odstąpienia od umowy i wskazanego różnego terminu jego realizacji tj. 14 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach (§ 8 ust.2 wzoru umowy) i 30 dni od dowiedzenia się o okolicznościach (§ 12 ust. 7 wzoru umowy);

4) art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 4 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe dokonanie opisu kryterium oceny ofert, tj. kryterium jakości jako dodatkowy sprzęt, gdyż jest to kryterium związane z warunkami udziału Wykonawcy, a nie kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, a dodatkowo jako mające dużą wagę w ocenie ofert (30 pkt) może wpływać na uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiać rzeczywistą porównywalność ofert pod kątem kryterium jakości – zamawiający przyzna dodatkowe punkty za 1 dodatkową śmieciarkę (30 pkt), a ilość dodatkowego pojazdu powyżej 1 szt. nie będzie dodatkowo punktowana (sekcja II ust. II.2 pkt II.2.5 ogłoszenia, rozdział XXV ust. 2 pkt 2.2. siwz);

5) art. 353^1 oraz art. 487 § 2 ustawy k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 29 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej wartości oraz w sposób niewyczerpujący oraz sformułowanie wzoru umowy w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego oraz zaburzający wzajemność świadczeń – wymóg zagospodarowania odpadów w roku 2021 oraz 2022 zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są znane poziomy recyklingu, które będą obowiązywały w 2021 roku i kolejnych latach.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w ogłoszeniu i siwz w zakresie wskazanym w przedmiotowym odwołaniu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Ad.1.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymaga dysponowania, jako odpowiednim dla oceny przygotowania wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia - potencjałem technicznym, tj. 2 szt. samochodu ciężarowego bezpylnego typu śmieciarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 t. przeznaczonego do pobierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120l, 240l oraz 1 szt. samochodu przystosowanego do odbierania odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego wyposażonego w urządzenie załadowcze HDS. Równocześnie Zamawiający zastrzegł, iż wymieniona ilość sprzętu jest ilością minimalną, a faktyczna ilość sprzętu, jaką Wykonawca będzie musiał zastosować będzie wynikała z rzeczywistych potrzeb, tak aby odpady komunalne z terenu Gmin: Ciasna, Kochanowice, Konopiska, Kalety, Pawonków, Woźniki były na bieżąco odbierane i zagospodarowane.

W ocenie Odwołującego tak opisany warunek minimalny podnosi ryzyko wyboru wykonawcy obiektywnie niezdolnego do wykonania zamówienia, lub w stosunku do którego może zachodzić uzasadnione prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Uwzględniając zakres usługi, determinowany ilością odbieranych odpadów, ich rodzajem, obszarem na jakim będą wytwarzane, jak również częstotliwość odbioru, Odwołujący przedstawił własne wyliczenie potrzebnych do realizacji zamówienia pojazdów. Uwzględniając wyliczoną w ten sposób liczbę dni: 40/44 dni Odwołujący wskazał, jako konieczną do wykonania usługi ilość pojazdów: bezpylne śmieciarki – 3 szt.; pojazdy przeznaczone do gromadzenia odpadów zgromadzonych w sposób selektywny – 9 szt.; pojazdy do odbierania odpadów wielkogabarytowych wyposażonych w urządzenie załadowcze HDS, urządzenie bramowe lub hakowe – 2 szt.

Zaniżone przez Zamawiającego wymagania godzą w konkurencyjność złożonych w postępowaniu ofert, które w zależności od stopnia profesjonalizmu wykonawcy mogą różnić się w zakresie koniecznych środków technicznych pomiędzy ilością 3 pojazdów – jak wskazuje Zamawiający lub 14 pojazdów – co wynika z rzeczywistych, minimalnych potrzeb zamówienia. Oceny zasadności warunku udziału w postępowaniu oraz jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy dokonywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia. Warunek musi zapewniać należyte wykonanie zamówienia przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę warunku dysponowania potencjałem technicznym na wymóg dysponowania co najmniej: 2 szt. samochodów ciężarowych bezpylnych typu śmieciarka o DMC powyżej 3,5 t przeznaczonych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120l, 240l; 1 szt. samochodu przystosowanego do odbierania odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego wyposażonych w urządzenie załadowcze HDS oraz urządzenie bramowe lub hakowe; 5 szt. samochodów przystosowanych do odbioru worków z selektywnie zebranymi odpadami komunalnymi typu śmieciarka dwukomorowa o DMC powyżej 3,5 t.

Ad. 2

Zastrzeżenie z pkt widzenia naruszenia art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp budzi zapis, w którym Zamawiający dopuścił możliwość przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych niezbędnych do przeprowadzenia rozruchu instalacji do spalarni odpadów określonej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych albo jako ponadregionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych, przed uwzględnieniem tej instalacji w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami (dział III ust. 5 lit. d załącznika nr 7 do siwz – OPZ). Uwzględniając przepisy ustawy o odpadach regulujące zasady, na jakich odbywać może się odbieranie odpadów i ich przetwarzanie, spalarnia odpadów, do jakiej miałyby być przekazywanie zmieszanych odpady komunalne musi być uwzględniona w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki opadami. Postanowienie siwz sprzeczne z przepisem bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Odwołujący wniósł o zmianę zapisów załącznika nr 7 do siwz na: „Dopuszcza się przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych niezbędnych do przeprowadzenia rozruchu instalacji do spalarni odpadów określonej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako ponadregionalna instalacja do obsługi danego regionu w wojewódzkim planie gospodarki odpadami".

Ad. 3

Zarzut naruszenia art. 353^1, art. 354, art. 58 § 1 ustawy k.c. w zw. z art. 14 i 139 ustawy pzp Odwołujący formułował wobec zapisów wzoru umowy, w której w sposób sprzeczny z natura stosunku zobowiązaniowego Zamawiający nadał sobie jednostronne prawo do stwierdzenia wymagalności przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia. Spornymi są zapisy §5 ust. 9 wzoru umowy (załącznik nr 8), w których Zamawiający wskazał, iż podstawą do wystawienia faktury VAT będą podpisane przez obie strony protokoły odbioru usług stwierdzające należyte wykonanie przedmiotu umowy, a brak podpisania protokołów skutkować będzie tym, że wynagrodzenie Wykonawcy nie będzie wymagalne. Sporządzenie protokołu nie ma znaczenia pozwalającego uznać jego datę za równoznaczną z datą wykonania usługi. Brak protokołu w chwili wykonania usługi nie świadczy o tym, że nie doszło (w ogóle lub w konkretnej dacie) do wykonania usługi. Samo zaś sporządzenie i podpisanie protokołu odbioru robót uzasadnia domniemanie, że zostały one wykonane zgodnie z umową. Sporządzenie protokołu stanowi jedynie potwierdzenie wykonania usługi i nie ma wpływu na moment wykonania usługi, a w konsekwencji na początek biegu terminu wystawienia faktury i moment powstania obowiązku podatkowego. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, a co za tym idzie – rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty, wady zaś nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty, co do jakości, rzutując na uprawnienia inwestora, który może domagać się ich usunięcia w wyznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia.

Zamawiający wskazał, iż protokół zostanie podpisany jedynie w sytuacji należytego wykonania usługi, jednocześnie przewidując szereg środków mobilizujących Wykonawcę w postaci kar umownych czy odstąpienia od umowy, które zabezpieczają jego interesy, czyniąc nieuzasadnionym zapis umożliwiający wstrzymanie wymagalności wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu wzoru umowy na: „Podstawą do wystawienia faktur VAT, o których mowa w ust. 8 będą podpisane przez obie strony protokoły odbioru usług stwierdzające wykonanie przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 1, jak też ewentualne terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych przy odbiorze wad i usterek. W przypadku niedotrzymania wyznaczonego przez Zamawiającego terminu usunięcia wad i usterek Wykonawcy zostaną naliczone stosowne kary umowne. Za datę zakończenia czynności odbiorowych uznaje się datę usunięcia wad i usterek i podpisania protokołu".

Ponadto, Odwołujący wskazał na niespójne zapisy § 8 ust. 2 oraz § 12 ust. 7 wzoru umowy, w których określono różny termin na odstąpienie od umowy w przypadku nienależytego wykonania, tj. 14 i 30 dni. Odwołujący wniósł o jednoznaczne ustalenie terminu na 14 dni od dnia dowiedzenia się przez Zamawiającego o okoliczności uzasadniających odstąpienie.

Ad.4

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 4 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy zpzp dotyczy kryterium oceny ofert – jakości, tj. dodatkowego sprzętu o wadze 30 pkt. Zamawiający przyzna 30 pkt za jedną dodatkową śmieciarkę ponad wymaganą w opisie warunku udziału w postępowaniu. Jako powiązane z zaniżonym wymaganiem dotyczącym potencjału technicznego, nie będzie miało wpływu na jakość świadczonej usługi. Ponadto, jako naruszające art. 91 ust. 3 ustawy pzp nie powinno być stosowane (dotyczy wiarygodności technicznej wykonawcy). Odwołujący wniósł o jego usuniecie z zapisów siwz oraz ogłoszenia.

Ad. 5

Zarzut naruszenia art. 353^1 oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1 ustawy pzp, art. 139, art. 29 ust. 1 ustawy pzp dotyczy obowiązku zagospodarowania odpadów w okresie od 01.04.2019 r. do 31.03.2022 r. zgodnie z obowiązującymi w tym okresie przepisami prawa, w sytuacji gdy nie są obecnie znane poziomy recyklingu, jakie będą obowiązywały w roku 2021 oraz 2022. Aktualne przepisy rozporządzeń wyznaczają poziomy recyklingu poszczególnych frakcji odpadów komunalnych do 16 lipca 2020 r. oraz 31 grudnia 2020 r.

Wykonawca nie może zobowiązać się do zagwarantowania poziomu recyklingu, których jeszcze nie ma. Nie znając tych wielkości nie może na chwilę obecną oszacować realności szans na jego osiągnięcie oraz oszacować i uwzględnić w cenie oferty środków, które będzie musiał podjąć w celu ich osiągnięcia.

Odwołujący wniósł o modyfikację wzoru umowy poprzez skrócenie okresu obowiązywania umowy do 31.12.2020 r.

Przed otwarciem rozprawy Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Jednocześnie Zamawiający poinformował o dokonanej w dniu 24 stycznia 2019 r. modyfikacji zapisów załącznika nr 8 do siwz (§ 8 ust. 2 wzoru umowy), w którym ujednolicono termin na odstąpienie od umowy, wynoszący obecnie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie od umowy.

Na posiedzeniu niejawnym poprzedzającym otwarcie rozprawy Odwołujący cofnął zarzut oznaczony w odwołaniu jako 3.2 i podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił.

Na podstawie art. 186 ust. 4a ustawy Pzp odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, a Odwołujący nie wycofał.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Z uwagi na znaczenie zapisów siwz i ogłoszenia kształtujących warunki udziału w postępowaniu, jak również ustalających zakres przedmiotu świadczenia oraz odpowiedzialność kontraktową przyszłego wykonawcy usługi, Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania, którym dąży do zmiany zapisów siwz i ogłoszenia, możliwych skutecznie do wdrożenia na obecnym etapie postępowania. Pozostawienie podważanych zapisów w niezmienionym kształcie mogło stanowić realną przeszkodę dla obrony interesów wykonawcy na etapie ubiegania się o kontrakt jak i jego realizacji. Z jednej strony ustalenie warunków wymaganych wobec zainteresowanych zamówieniem podmiotów, powinno stwarza pole do

konkurencji opartej na przejrzystych dla wszystkich zasadach, pozwalających na złożenie oferty przez zdolnych do wykonania zamówienia wykonawców. Ma to służyć uzyskaniu ofert porównywalnych, pozwalających na wybór oferty najkorzystniejszej, co oznacza ofertę prezentującą najlepszy bilans ceny do oferowanej jakości przedmiotu zamówienia. Stąd uzasadnione jest podejmowanie kroków, które mają na celu doprowadzenie do wyznaczenia wymagań, jakie powinni spełnić wykonawcy składając ofertę, co pozwoli przyjąć, iż są właściwie przygotowani do wykonania przedmiotu umowy, a ich oferta została w sposób rzetelny skalkulowana. Z drugiej strony złożenie oferty oznacza zgodę na zawarcie umowy na warunkach ustalonych w siwz, co może mieć istotne znaczenie dla wykonawcy z punktu widzenia dochodzenia roszczeń przed sądem w sytuacji powstania sporu dotyczącego zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, iż odwołanie, które ma na celu doprowadzenie zapisów siwz do stanu zgodnego z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 1 Ustawy i podlega rozpoznaniu.
Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), ogłoszenia o zamówieniu oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia stanowi usługa odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie 6 (sześciu) Gmin w Województwie Śląskim. W ramach zamówienia od wykonawcy oczekuje się odbioru całego strumienia odpadów komunalnych w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w ramach powierzonego zadania (rozdział III pkt 1 siwz). Zamówienie realizowane będzie w terminie od dnia zawarcia umowy lecz nie wcześniej niż od 01.04.2019 r. do 31.03.2022 r. Zamawiający wymienił rodzaje odpadów (frakcje) odbieranych bezpośrednio z nieruchomości zamieszkałych oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK).

Usługa ma być realizowana w zgodzie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018, poz. 1454), uchwałą Sejmiku Województwa Śląskiego nr V/37/7/2017 z dnia 24 kwietnia 2017 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego na lata 2016-2022", rozporządzenia Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013, poz. 122), ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2018 r., poz. 992 z późn. zm.).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 7 do siwz. Wskazano w nim dane dotyczące Gmin (ilość mieszkańców, liczba nieruchomości z podziałem na budynki jednorodzinne i wielorodzinne, powierzchnia w km^2), częstotliwości odbioru odpadów (dla nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej odpady zmieszane i segregowane – raz w miesiącu; dla nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej odpady zmieszane i segregowane – raz na dwa tygodnie, odpady wielkogabarytowe – raz w roku). Gwarantowana ilość odpadów, które zostaną odebrane to ilość odpadów wymienionych w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do siwz). Zamawiający wskazał minimalną oraz maksymalną ilość odpadów w tonach na okres 36 miesięcy oraz wskazał szacowane ilości odpadów dla poszczególnych zamawiających.

Wykonawca zobowiązany jest przekazać zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. W przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych lub innych przypadkach, o których mowa w art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, uniemożliwiających przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami. Zamawiający dopuścił przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych niezbędnych do przeprowadzenia rozruchu instalacji do spalarni odpadów określonej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami, jako regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych albo jako ponadregionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych, przed uwzględnieniem tej instalacji w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.

W rozdziale XIII siwz pkt 3.3 Zamawiający określił warunki, których spełnianie jest konieczne do wykazania w ramach badania podmiotowego wykonawcy, zgodnie z art. 22 ust. 1b Ustawy. Jako wymaganą zdolność techniczną lub zawodową Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) odpowiednim potencjałem technicznym w celu realizacji zamówienia, tj. przynajmniej: *samochód ciężarowy bezpylny typu śmieciarka o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 t przeznaczony do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120l, 240l – 2 szt.; samochód przystosowany do odbierania odpadów wielkogabarytowych zużytych opon, odpadów budowlanych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego wyposażonych w urządzenie załadowcze HDS – 1 szt. Wyżej wymieniona ilość sprzętu (określona w tabeli) jest ilością minimalną, faktyczna ilość sprzętu, jaką Wykonawca będzie musiał zastosować będzie wynikała z rzeczywistych potrzeb tak aby odpady komunalne z terenu Gmin Ciasna, Kochanowice, Konopiska, Kalety, Pawonków, Woźniki były na bieżąco odbierane i zagospodarowane. W miejscach gdzie nie jest możliwe dojechanie samochodem, Wykonawca ma donieść pojemnik lub worek.* Zamawiający zastrzegł, jako obowiązek Wykonawcy zapewnienie, dla właściwej realizacji przedmiotu umowy, przez cały okres trwania umowy, dostatecznej liczby środków technicznych, gwarantujących terminowe i jakościowe wykonanie zakresu rzeczowego usługi, w liczbie co najmniej takiej, jak w złożonej w postępowaniu przetargowym ofercie (dział III, pkt 4 lit. b OPZ).

Zamawiający przewidział procedurą odwróconą i zgodnie z art. 24aa Ustawy najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym określonych w pkt 3.1, 3.2, 3.3) zostanie wezwany do złożenia dokumentów, w tym m.in. *wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – załącznik nr 6 do siwz. Sprzęt wykazany przez Wykonawcę w załączniku nr 6 do siwz ma zostać wykorzystany i uczestniczyć w realizacji zamówienia.*

W rozdziale XXI (opis sposobu przygotowania ofert) Zamawiający wskazał na sposób złożenia oferty za pośrednictwem formularza dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na minimPortalu. Na ofertę składają się: formularz ofertowy przygotowany wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do siwz podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

formularz cenowy przygotowany wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do siwz podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym; formularz JEDZ składany w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym; oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami zamówienia i załączonymi wzorami umów oraz przyjęciu ich treści bez żadnych zastrzeżeń – na formularzu ofertowym – zgodnie z pkt 8 załącznika nr 1 do siwz.
W formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do siwz) wskazana zostanie cena wynikająca z formularza cenowego (załącznik nr 2 do siwz) za 1 tonę za odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych oraz segregowanych pomnożoną przez minimalną ilość odpadów zmieszanych/segregowanych wytworzonych w ciągu trwania umowy.
W przypadku, gdy ilość odpadów będzie większa, niż określona w formularzu cenowym – Zamawiającemu przysługuje zwiększenie zakresu opisanego w OPZ – załącznik nr 7 do siwz, czyli zwiększenia przedmiotu zamówienia do maksymalnej wartości przedmiotu zamówienia wyliczonej wg wzoru wskazanego w rozdziale XXII pkt 3 siwz. Przy kalkulacji ceny ofertowej oprócz zmiany ewentualnych uwarunkowań winien uwzględnić m.in.: ilość odpadów odbieranych z terenu Gmin Zamawiających w roku 2017-2018, charakterystykę Gmin Zamawiających, możliwy wzrost odbieranych odpadów, możliwy wzrost ilości budynków obsługiwanych oraz wzrost liczby mieszkańców, wymagania co do częstotliwości i sposobu odbierania odpadów, wymagania, co do osiągnięcia poziomów recyklingu, koszty związane z transportem i utylizacja odpadów, w tym m.in. opłaty za korzystanie z dróg krajowych i innych opłat (pkt 13).

W rozdziale XXV Zamawiający opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem ich znaczenia. Są nimi cena (60%), Dodatkowy sprzęt (30%), Aspekt środowiskowy (10%). Kryterium „Dodatkowy sprzęt" będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanej przez Wykonawcę dodatkowej (poza wymaganym minimum) liczby pojazdów typu śmieciarka przeznaczonych do wywozu odpadów z pojemników. Oznacza ono, iż doliczone zostanie 30 punktów za dodatkowy pojazd. Brak wskazania w formularzu ofertowym dodatkowego sprzętu zostanie uznany, jako zamiar spełnienia minimalnych wymagań dotyczących posiadanego sprzętu, a Zamawiający przyzna 0 pkt. Ilość dodatkowego pojazdu powyżej 1 szt. nie będzie dodatkowo punktowana. Pojazd wskazany jako dodatkowy nie może być ponownie wskazany przez Wykonawcę dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Sprzęt wskazany jako dodatkowy ma zostać wykorzystany i uczestniczyć w realizacji zamówienia. W formularzu ofertowym przewidziano do wypełnienia tabelę oznaczoną *KRYTERIUM II*w której należało wskazać dodatkowy sprzęt do wykonania przedmiotu zamówienia – dodatkowy pojazd specjalistyczny (w postaci śmieciarki) opisany nazwą oraz numerem rejestracyjnym lub innymi danymi identyfikacyjnymi (np. nr fabrycznymi). W tabeli *KRYTERIUM III*- „Aspekt środowiskowy" Wykonawca może zobowiązać się do posiadania pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO IV lub wyższą co nastąpi przez wskazanie ilości tych pojazdów, a także nazwy sprzętu oraz numeru rejestracyjnego lub innych danych identyfikacyjnych (np. nr fabryczny VIN).
Kryterium „Aspekt środowiskowy" uwzględnia zastosowanie pojazdu spełniającego normę emisji spalin „Euro IV" lub wyższą i oznacza doliczenie do punktacji 5 pkt za 1 pojazd i 10 pkt za 2pojazdy i więcej. Brak wskazania w formularzu ofertowym pojazdu spełniającego normę emisji spalin „Euro IV" lub wyższą zostanie uznane, że Wykonawca nie posiada takiego pojazdu wobec czego Zamawiający przyzna 0 pkt. Ilość pojazdów powyżej 2 szt. nie będzie punktowana.

W załączniku nr 8 do siwz Zamawiający ujął istotne postanowienia umowy, której wzór stanowi załącznik nr 9 do swiz. W rozdziale XXVII Zamawiający przewidział możliwość zmiany postanowień zawartej umowy, m.in. w przypadku zmiany obowiązujących przepisów, czy też w zakresie terminu, częstotliwości usług i sposobu wykonania umowy, w zakresie zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy i zasad płatności w przypadku zmniejszenia zakresu umowy wykonawczej, zmian wynikających ze zmiany Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gmin oraz innych aktów prawa miejscowego warunkujących realizację przedmiotu umowy. Zamawiający przewidział zapisy umowy generalnej jak i wykonawczych zawieranych z każdym z Zamawiających, tj. uczestnikiem wchodzącym w skład grupy zamawiającej w terminie 3 dni od dnia zawarcia umowy generalnej.
Zgodnie z

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w odniesieniu do części z kwestionowanych zapisów siwz i ogłoszenia, co do których potwierdził się zarzut naruszenia przepisów Ustawy.

Z uwagi na szerokie spektrum zarzutów dotyczących zapisów siwz i ogłoszenia w pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutu uwzględnionego, opisanego w odwołaniu pod nr 4, tj.

- naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 4 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1 Ustawy poprzez ustalenie jako kryterium oceny ofert – *Dodatkowy sprzęt* o wadze 30 pkt.

Wg ustalonych zasad Zamawiający przyzna 30 pkt za jedną dodatkową śmieciarkę ponad wymaganą w opisie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zakwestionowała to kryterium wskazując, iż nie będzie miało wpływu na jakość świadczonej usługi (z uwagi na zaniżone wymagania minimalne, jakie powinni spełniać wykonawcy składając ofertę). Ponadto, jako naruszające art. 91 ust. 3 Ustawy nie powinno być stosowane (dotyczy wiarygodności technicznej wykonawcy). Odwołujący wniósł o jego usuniecie z zapisów siwz oraz ogłoszenia.

Uwzględniając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze treść art. 91 ust. 3 Ustawy, w którym wyłączono możliwość oceny wiarygodności technicznej wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert. Zgodnie z zapisem Ustawy *Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.* W sprawie nie budziło sporu, iż opisany w rozdziale XIII siwz pkt 3.3 siwz sprzęt – pojazdy specjalne (śmieciarki), opisane w ramach warunku udziału w postępowaniu, miały potwierdzać zdolności techniczną wykonawcy do świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych. Zamawiający ustalając na poziomie minimalnym warunek udziału w postępowaniu wymaga dysponowania łącznie trzema pojazdami, które nie muszą spełniać normy emisji spalin Euro IV, co stanowi dodatkowe kryterium oceny oferty opisane jako „Aspekt środowiskowy". Słusznie wskazał Odwołujący, iż przyjęcie jako kryterium oceny oferty, dysponowania dodatkowym pojazdem specjalnym (śmieciarką), prowadziło wprost do naruszenia art. 91 ust. 3 Ustawy, a ponadto faktycznie nie miało przełożenia na ocenę jakości świadczenia usługi. Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób dodatkowy pojazd miałby wpływać na podniesienie standardu przedmiotu zamówienia. Faktycznie ilość sprzętu niezbędnego do wykonania przedmiotu umowy nie została w sposób sztywny narzucona i pozostawiona została do indywidualnej oceny wykonawcy na etapie realizacji umowy, z tym zastrzeżeniem że usługa ma być świadczona w sposób prawidłowy. Przyjmując stanowisko Zamawiającego, w którym przekonywał, iż warunek udziału w postępowaniu uwzględnia minimalną ilość sprzętu potrzebną do wykonania usługi, zaoferowanie dodatkowego pojazdu mogłoby mieć wyłącznie znaczenie na etapie oceny oferty. Jeżeli bowiem w praktyce pojazd ten nie będzie musiał być wykorzystany dla zapewnienia właściwego świadczenia usługi, to rozsądnie kalkulujący koszty wykonawca nie będzie miał potrzeby angażowania dodatkowego

sprzętu, który w tym samym czasie mógłby być skierowany do realizowania innej umowy. Ustalenie kryterium oceny ofert powinno mieć przełożenie na wyższy walor otrzymanego świadczenia. Element związany z infrastrukturą sprzętową, który może mieć realne znaczenie dla podniesienia jakości usługi, został ujęty przez Zamawiającego w kryterium związanym ze spełnieniem normy emisji spalin „Euro IV" lub wyższej. W tym zakresie zapisy siwz nie budziły zastrzeżeń Odwołującego.

Podsumowując stanowisko Izby w tej części należy wskazać, iż błędnym w świetle ograniczeń wynikających z art. 91 ust. 3 Ustawy, było ustanowienie kryterium oceny ofert odnoszącego się do wiarygodności technicznej wykonawcy. Wiarygodność tą Zamawiający ocenia w ramach wyznaczonego warunku udziału w postępowaniu w trybie oceny jego spełniania. Jak wskazano powyżej, istota kryterium oceny ofert powinna sprowadzać się do oceny dokonywanej pod kątem waloru, jakie niesie ono dla przedmiotu zamówienia. Przyjęcie, iż warunki udziału w postępowaniu mają gwarantować udział wykonawców zdolnych do jego realizacji, ich spełnienie stanowi niezależny od oceny oferty element weryfikacji podmiotowej wykonawcy. W świetle powyższego Izba uwzględniał odwołania i nakazała usunięcie z kryterium oceny ofert – *Dodatkowy sprzęt*, co ma dalszy skutek w postaci konieczności zmodyfikowania wag pozostałych kryteriów oceny.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba oddaliła odwołanie.

Ad. 1

Zasadniczo przedmiotem zarzutu były zapisy siwz i ogłoszenia ustalające, w ocenie Odwołującego, zbyt niskie wymagania wobec wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o zamówienie. Warunek dotyczący zdolności technicznej wykonawcy (rozdziale XIII siwz pkt 3.3 siwz), jako iluzoryczny, nieodpowiadający zakresowi prac, prowadzić ma do naruszenia zasady proporcjonalności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wnosił o zwiększenie wymaganej do dyspozycji ilości pojazdów o dodatkowe 5 szt. samochodów przystosowanych do odbioru worków z selektywnie zebranymi odpadami komunalnymi typu śmieciarka dwukomorowa o DMC powyżej 3,5 t., a także zwiększenie wymagań wobec 1 szt. pojazdu wymaganego do odbierania odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego wyposażonych w urządzenie załadowcze HDS oraz urządzenie bramowe lub hakowe.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze cel jakiemu służy opisanie warunków udziału w postępowaniu, który jest niezależny od oceny oferty, w tym przyjętej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający ustalił warunek zdolności technicznej na poziomie minimalnym, jaki uznawał za wystarczający do tego, aby dopuścić podmioty działające na rynku usług odbioru odpadów komunalnych do złożenia oferty. Warunek ten nie był jedynym, jaki pozwalał na ocenę stopnia przygotowania wykonawców do świadczenia usługi, gdyż obok posiadanego sprzętu, Zamawiający oceniać będzie doświadczenie wykonawców w realizacji tego rodzaju usług, jak również dokona sprawdzenia posiadanych uprawnień. Argumentem, jaki miał wskazywać na brak należytej proporcji warunku do zakresu usługi była niedostateczna ilość pojazdów, konieczna do wykonania usługi. W tym zakresie należy zauważyć, iż ustalony jako warunek udziału w postępowaniu, wymóg dysponowania 3 szt. pojazdów specjalistycznych, nie oznaczał, iż tylko takimi pojazdami usługa będzie mogła być świadczona. Zamawiający wskazał bowiem na obowiązek zapewnienie odpowiedniej ilości pojazdów, co będzie wymagane od wykonawcy, z jakim zostanie podpisana umowa o zamówienie publiczne. Na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, w celu zachęcenia szerszego grona podmiotów do złożenia oferty, Zamawiający może odpowiednio ustalić wymagania, tak aby z jednej strony móc stwierdzić, że podmiot może taką usługę świadczyć, a z drugiej strony ułatwić decyzję o samym złożeniu oferty, która nie oznacza automatycznie jej wyboru. Prezentowane w odwołaniu tezy z orzeczeń Izby zasadniczo formułowane były wobec zapisów siwz i ogłoszenia, które stwarzały nadmierne wymagania, czyniąc niemożliwym samo ubieganie się o zamówienie przez podmioty świadczące danego rodzaju usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zasada proporcjonalności, której naruszenia dopatruje się Odwołujący w zapisach określających zbyt niskie wymagania, nie powinna stwarzać bariery do złożenia oferty przez podmioty zdolne do wykonania zamówienia. Ocena tego przygotowania nie zamyka się w tym postępowaniu wyłącznie w ocenie zaplecza sprzętowego, ale dotyczy również doświadczenia, czy też posiadanych zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, czy też gospodarki odpadami. Formułowane wnioski co do nieporównywalności ofert przygotowanych przez wykonawców, którzy mieliby się wykazać niedostatecznym zapleczem, w ocenie Izby nie mają podstaw faktycznej. Przede wszystkim kwestia kalkulacji ceny oferty jest niezależne od wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przy zapisie wskazującym na możliwość wystąpienia potrzeby dysponowania szerszym zapleczem sprzętowym na etapie wykonania umowy. Ponadto Zamawiający pozostawił w gestii wykonawcy opracowanie harmonogramów odbioru odpadów, co pozostawia pewne pole do optymalizacji organizacji usługi przy uwzględnieniu oczekiwanej częstotliwości odbioru raz w miesiącu (zabudowa jednorodzinna), raz na dwa tygodnie (zabudowa wielorodzinna) i raz w roku (wielkogabarytowe). Samo stwierdzenie, iż wskazana minimalna ilość pojazdów – 3 szt. będzie niewystarczająca, nie oznacza iż ilość ta nie może być uznana za minimalną, konieczną do wykazania na etapie ubiegania się o zamówienie. Nie ma żadnej formalnej przeszkody do tego, aby świadczenie usługi odbywało się wykorzystaniem również innych, niespełniających wymagań Zamawiającego pojazdów. Dla oceny spełnienia warunku nie ma zatem konieczność badania całego zaplecza technicznego wymaganego do wykonania usługi, a do tego zasadniczo sprowadzało się żądanie Odwołującego. Podobnie jak przy ocenie doświadczenia wykonawcy, ocena zdolności technicznej stanowi pewną prognozę przygotowania wykonawcy, która nie zawsze stanowi gwarancję należytego wykonania umowy.

W świetle powyższego Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a, art. 22 ust. 1b w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, do którego miało doprowadzić wskazanie minimalnych warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej z naruszeniem zasad proporcjonalności do przedmiotu zamówienia i nie dającym możliwości realizacji zamówienia, prowadzących jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postepowaniu.

Ad. 2

Zarzut dotyczył zapisów OPZ dopuszczających możliwość przekazania na etapie świadczenia usługi zmieszanych odpadów komunalnych niezbędnych do przeprowadzenia rozruchu instalacji do spalarni odpadów określonej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych przed jej uwzględnieniem w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami (dział III ust. 5 lit. d załącznika nr 7 do siwz – OPZ).

Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, iż jego obawy dotyczą funkcjonującej na rynku instalacji działającej jako spalarnia

biomasy, RDF oraz węgla, do której można byłoby dostarczyć odpady komunalne, chociaż nie jest ona uwzględniona w uchwale w sprawie wykonania planu gospodarki odpadami. Odwołujący nie zdecydował się na współpracę ze spalarnią z uwagi na wysokie kary umowne przewidziane za niedostarczenie wymaganej ilości odpadów. Odwołujący przyznał jednocześnie, że w sytuacji, gdy do tej instalacji kierowane są wskazane rodzaje odpadów (biomasa, RDF, węgiel), które nie stanowią przedmiotu zamówienia, może ona działać, co nie narusza przepisów ustawy o odpadach.

Uwzględniając wyjaśnienia Odwołującego dotyczące zasad działania instalacji, w tym oświadczenie, w którym przyznał, iż uwzględnienie instalacji w uchwale w sprawie wykonania planu gospodarki odpadami nie jest uzależnione od tego czy jest ona w budowie, czy też jest instalacją pracującą, Izba uznała, iż kwestia dotycząca możliwości przekazania odpadów komunalnych do instalacji działające w oparciu o przepisy prawa, nie czyni opisu przedmiotu zamówienia niezgodnym z przepisami Ustawy (art. 29 ust. 1 Ustawy). Przede wszystkim ocena, czy przekazanie tych odpadów stanowiłoby o naruszeniu przepisów regulujących zasady gospodarki odpadami nie mieści się w kognicji Izby, która ocenia zgodność działań Zamawiającego z Ustawą. Właściwym do oceny, czy na etapie realizacji umowy dojdzie do naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących są organy właściwe wskazane w przepisach regulujących gospodarkę odpadami. Ponadto oceniając zasadność tezy, iż zapis siwz pozostaje w sprzeczności z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, należy uwzględnić okoliczność, iż odpady, jakie mogłyby być przekazane do spalarni nie są objęte przedmiotem usługi. Tym samym zapis ten pozostaje bez wpływu na kształt oferty, w tym w szczególności nie stoi na przeszkodzie prawidłowemu jej przygotowaniu. Skoro, co przyznała sam Odwołujący, instalacja która nie została wpisana do uchwały w sprawie wykonania plany gospodarki odpadami, może działać w zgodzie z przepisami ustawy, to nie było podstaw do przyjęcia, iż zapis siwz prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zapis siwz w żaden sposób nie zmieniał zakresu usługi podlegającej wycenie, jak również nie prowadził do uprzywilejowania któregoś z działających na rynku podmiotów. Jak wskazał Odwołujący miał on możliwość podpisania umowy na dostawę odpadów do spalarni, z której nie skorzystał z obawy przed wysokimi karami umownymi. Ponieważ Odwołujący nie wykazał aby zapisy siwz były niejednoznaczne lub też utrudniały uczciwą konkurencje pomiędzy podmiotami świadczącymi usługę na danym obszarze, nie było podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Ad. 3

Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 353^1, art. 354, art. 58 § 1 ustawy k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący zapisów wzoru umowy, jako sprzecznych z naturą stosunku zobowiązaniowego, w zakresie dotyczącym protokołów odbioru i skutku ich niepodpisania, jakim będzie brak wymagalności wynagrodzenia określonego w umowie (§5 ust. 9 wzoru umowy – załącznik nr 8 do siwz). Zasadniczym elementem budzącym zastrzeżenie był zapis ustalający, jako podstawę do wystawienia faktury, podpisanie protokołu odbioru usługi.

Zgodnie z § 5 ust. 8 wzoru umowy (załącznik nr 8) podstawą do wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy będzie faktura wraz z protokołem odbioru usługi zawierającym informację o ilościach odebranych odpadów komunalnych, kartami przekazania odpadów i dowodami wagowymi. W ust. 9 Zamawiający wskazał na konieczność uzyskania podpisanych protokołów odbioru usługi stwierdzających należyte wykonanie przedmiotu umowy, co stanowić będzie podstawę do wystawienia faktury. Brak podpisania protokołów skutkować będzie tym, iż wynagrodzenie wykonawcy nie będzie wymagalne.

Odnosząc się do powyższych zasad na jakich dojdzie do wypłaty wynagrodzenia należnego z tytułu świadczonej usługi należy zauważyć, iż zawierają one mechanizm mający zabezpieczać Zamawiającego przed wypłatą wynagrodzenia w przypadku uchybień w realizacji usługi prowadzących do stwierdzenia, iż umowa jest nienależycie wykonywana. Zastrzeżenia co do wprowadzonych zasad zasadniczo są podyktowane obawą braku otrzymania wynagrodzenia nawet w przypadku drobnych uchybień, które mogą zaowocować odmową podpisania protokołu. Jednocześnie Odwołujący nie zgłasza potrzeby dookreślenia zasad, na jakich będzie można rozstrzygnąć, czy uchybienia do jakich może dojść w trakcie świadczenia usługi będą niosły taki ciężar gatunkowy, aby móc stwierdzić, iż umowa jest nienależycie wykonywana. Wskazuje to na brak konsekwencji Odwołującego, która nie powinna uzasadniać odmowy wprowadzenia zapisów mających na celu ułożenie relacji stron w taki istotnym elemencie, jakim są podstawy wypłaty wynagrodzenia. Trudno obronić tezy, iż wymóg podpisania protokołu odbioru ma stać w sprzeczności z naturą stosunku prawnego, czyli umową o świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów. Zamawiający przed dokonaniem zapłaty powinien móc uzyskać potwierdzenie ze strony swoich służb, iż usługa została wykonana należycie. Zapewnienie udziału strony w odbiorze stanowi zabezpieczenie przed arbitralnością oceny, gdyż strona może w takiej sytuacji zgłaszać swoje uwagi zamieszczane w protokole, które powinny pomóc w ustaleniu rzeczywistego stanu świadczonej usługi.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się podstawy do uznania zasadności zarzutu i odwołanie w tym zakresie oddaliła.

Ad. 5

Istota zarzutu naruszenia art. 353^1oraz art. 487 § 2 ustawy k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 29 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy dotyczy wymogu zapewnienia osiągniecia poziomów recyklingu, które na moment złożenia oferty i kalkulowania kosztów nie są znane (dot. lat 2021 i 2022). Aktualne przepisy rozporządzeń wyznaczają poziomy recyklingu poszczególnych frakcji odpadów komunalnych do 16 lipca 2020 r. oraz 31 grudnia 2020 r. Odwołujący wniósł o modyfikację wzoru umowy poprzez skrócenie okresu obowiązywania umowy do 31.12.2020 r.

Oddalając odwołanie w zakresie tego zarzutu Izba miała na uwadze całokształt zapisów wzoru umowy, w których nie zostały zawarte klauzule wskazujące na możliwość naliczenia kar umownych z tytułu nieosiągnięcia poziomów recyklingu, czy też żądania od wykonawcy zapłaty kar nałożonych na Zamawiającego za ich niedotrzymanie. Zamawiający oczekuje od wykonawcy aby ten dążył do osiągnięcia obowiązujących w trakcie umowy poziomów recyklingu, bez nakładania odpowiedzialności finansowej za ich niedotrzymanie. Tym samym kwestionowany zapis, odsyłający do przepisów obowiązujących w trakcie świadczenia usługi, ma na celu osiągnięcie efektów, których obecnie nie można przewidzieć. Należy zauważyć, iż Zamawiający w rozdziale XXVII przewidział możliwość zmiany postanowień zawartej umowy, m.in. w przypadku zmiany obowiązujących przepisów, które pozostawiają pewną furtkę dla zniwelowania efektów, jakie dla wykonawcy wiązałyby się ze zmienionymi uwarunkowaniami prawnymi. Żądanie ograniczenia czasu trwania umowy do okresów dla których przewidziano aktualnie poziomy recyklingu nie niweluje ryzyka ich zmiany w okresie wcześniejszym, niż przyjęty w rozporządzeniach wskazanych przez Odwołującego. Podobnie jak to dotyczy rzeczywistej ilości odpadów, Zamawiający nie może określić konkretnej ich ilości i wskazuje

minimalny poziom odpadów jakie zostaną przekazane, tak w odniesieniu do poziomu recyklingu, aktualne poziomy powinny być traktowane jako minimalne dla całego okresu świadczonej usługi.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. i obciążyła nim Zamawiającego.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……...