

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2019 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, co następuje:

1.1. wskazanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia maksymalnej ilości odpadów, które wykonawca będzie zobowiązany odebrać w okresie obowiązywania umowy,

1.2. wskazanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szacunkowej ilości osób, od których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady objęte przedmiotem zamówienia,

1.3. opisanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szacunkowej masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować z domków letniskowych, a także szacunkowej liczby i lokalizacji domków letniskowych,

1.4. zdefiniowanie w pkt VI.8.c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pojęcia nieruchomości wielorodzinnych osiedlowych i wielorodzinnych innych niż osiedlowe,

1.5. uregulowanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków świadczenia usługi, gdy dojazd do punktu odbioru jest utrudniony oraz wykreślenie z postanowienia pkt VI. 11.b) wymagania świadczenia, gdy dojazd jest uniemożliwiony,

1.6. określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia okoliczności uzasadniających brak akceptacji harmonogramu przez Zamawiającego lub wykreślenie tego postanowienia,

1.7. opisanie w § 1 ust.9 pkt 3 usługi porządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami lub wykreślenia tego postanowienia,

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. Kosztami postępowania obciąża Gminę Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz 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 Koszalinie.

Przewodniczący.....

Sygn. akt: KIO 1423/19

#### Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej ustawą Pzp prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe oraz innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe jedynie przez część roku, znajdujących się na terenie gminy i miasta Sianów oraz zapewnienie pojemników i worków na wszystkie odpady komunalne w roku 2020-2023”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2019 roku pod numerem 2019/S 135-332510.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia Odwołujący: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin w dniu 24 lipca 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności podjętych przez Zamawiającego i zaniechał przez Zamawiającego czynności w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

art. 31 c ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie zamieścił informacji o

zastosowaniu dialogu technicznego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dotyczył dialog techniczny,

art. 96 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż informacja o zastosowaniu dialogu technicznego i o podmiotach, które w nim uczestniczyły, oraz o wpływie dialogu na opis przedmiotu zamówienia powinna znaleźć się w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, a Zamawiający nie sporządził i nie przekazał protokołu uczestniczącemu w nim Odwołującemu,

art. 29 ust. 1 ustawy Pzp gdyż:

- w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazał ilości odpadów, które wykonawca będzie zobowiązany odebrać,

- nie wskazał ilości osób, od których wykonawca będzie zobowiązany odebrać odpady, t.j. objętych przedmiotem zamówienia,

- nie wskazał masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować z domków letniskowych w ramach umowy i w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe, a także liczby i lokalizacji domków letniskowych,

- nie wskazał instalacji, do której Wykonawca będzie zobowiązany dostarczać odpady od dnia 1 stycznia 2021 roku,

- w punkcie VI.7 OPZ wskazał godziny odbioru odpadów w zabudowie jednorodzinnej jako 7.00 - 21.00, zaś w projekcie umowy § 1 ust. 4 znajdują się godziny 7.00 - 20.00. W przypadku zabudowy wielorodzinnej godziny odbioru odpadów w ogóle nie zostały przez Zamawiającego wskazane.

- w pkt VI.8. wprowadził podział nieruchomości na wielorodzinne osiedlowe i wielorodzinne inne niż osiedlowe oraz uzależnił częstotliwość odbioru odpadów od rodzaju nieruchomości przy czym OPZ nie zawiera definicji ani wykazu tych nieruchomości,

- wprowadził zapis: „Niezależnie od podanych wyżej częstotliwości wywozu odpadów winny one być zgodne z przepisami prawa obowiązującego w trakcie realizacji zamówienia”,

- w pkt VI.8.c) wprowadził zapis: „w przypadku przepelnienia się pojemników Wykonawca dokonuje odbioru odpadów w terminie 3 dni od zgłoszenia lub w tym samym terminie wyposaża altankę śmietnikową / wyznaczone miejsce w dodatkowy pojemnik”,

- w pkt VI. 11.b) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca realizował przedmiot zamówienia również wtedy, gdy dojazd jest utrudniony lub uniemożliwiony np. przez remont dróg lub trudne warunki atmosferyczne.

- W pkt VI.11.d) Zamawiający wprowadził zapis: „W przypadku trzykrotnego nieuzyskania akceptacji ze strony Zamawiającego, prawo do zaplanowania harmonogramy przechodzi na Zamawiającego”.

- naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust 1 i 4 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający wymaga wyposażenia wszystkich pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia w kamery rejestrujące trasy poszczególnych pojazdów oraz ilości wystawiony i opróżnionych pojemników i odebranych worków przez cały okres realizacji zamówienia.

- naruszenie art. 29 ust 3a ustawy Pzp, gdyż SIWZ nie obejmuje wymogu

zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia,

- naruszenie art. 140 ustawy pzp, gdyż:

- § 1 ust. 3.4 jest sprzeczny z punktem VI.3 OPZ - Zamawiający wymaga wyposażenia w pojemniki (worki) w terminie do dwóch tygodni od dnia wejścia umowy w życie, a w OPZ w terminie do dwóch tygodni od dnia podpisania umowy,

- w § 1 ust. 9 pkt 3) Zamawiający nie doprecyzował zasad realizacji usługi porządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami,

- § 1 ust. 10 zawiera informację odnośnie nieruchomości niezamieszkałych, zgodnie z którą „szczegółowe ustalenia w zakresie świadczenia usług na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe lub z innych nieruchomości wykorzystywanych nas cele rekreacyjno - wypoczynkowe jedynie przez część roku, strony dokonywać będą w trakcie realizacji umowy w drodze protokołów uzgodnień”,

- brak § 2 w projekcie umowy,

- w § 4 ust. 2 Zamawiający wymaga, aby na etapie zawierania umowy Wykonawca wskazał wszystkie instalacje, do których przekazane zostaną odebrane odpady komunalne,

- w § 6 ust. 5 i 6 Zamawiający wprowadził do projektu umowy nieprecyzyjne zapisy odnośnie zmiany wysokości wynagrodzenia,

- § 6 ust. 5 punkt 4) jest sprzeczny z §6 ust. 6 punkt 4)

naruszenie art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż odwołanie również można wnieść w formie pisemnej w postaci papierowej, tymczasem Zamawiający w rozdziale XIV ust. 3 SIWZ wskazał, że odwołanie wnosi się w formie elektronicznej, co zawęża ustawowe uprawnienia wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie przedmiotowego postępowania oraz wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Koszalinie.

Ponadto, Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. załącznik nr 1 - Informacja, o zamiarze prowadzenia dialogu technicznego z dnia 8 maja 2019 roku - na okoliczność, że Zamawiający przeprowadził dialog techniczny, a informacji o nim nie umieścił o ogłoszeniu o zamówieniu,
2. załącznik nr 2 - zaproszenie do udziału w Dialogu technicznym z dnia 15 maja 2019 roku skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego - na okoliczności jak w pkt 1,
3. wydruk z poczty elektronicznej J. K. obejmujący zaproszenie do udziału w Dialogu technicznym skierowane do Odwołującego - na okoliczność, jak w pkt 1,
4. pismo Odwołującego z dnia 27 maja 2019 roku skierowane do Zamawiającego obejmujące pytania i uwagi do OPZ i projektu umowy na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy i Miasta Sianów oraz zapewnienie pojemników i worków na wszystkie odpady komunalne w roku 2020-2023,
5. dowodu z przesłuchania świadka J. K. - pracownika Odwołującego, wezwanie na adres Odwołującego na okoliczność, iż Zamawiający przeprowadził dialog techniczny poprzedzający udzielenie ogłoszenie o przetargu, że Odwołujący w nim uczestniczył oraz że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie umieścił informacji o przeprowadzonym

dialogu.

W swoim odwołaniu w zakresie objętym sporem Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania w OPZ ilości odpadów, ilości osób, w sytuacji, gdy są to dane niezbędne do sporządzenia oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w OPZ wskazał jedynie dane historyczne podając łączną masę odebranych odpadów z nieruchomości zamieszkałych w gminie w 2018 roku, co jest to niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

W powyższej mierze Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 22 października 2018 roku sygn. akt: KIO 2030/18 w którym „Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie odrębnie dla każdej części zamówienia maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia przewidzianego za realizację danej części zamówienia. Należy podkreślić, iż ww. dane nie są aktualnie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawiera jedynie dane historyczne, które mogą być jedynie pomocne przy sporządzaniu oferty, nie są jednak objęte zobowiązaniem wykonawcy. ... Dokonując zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia Zamawiający jest oczywiście uprawniony do wprowadzenia podobnej zmiany w odniesieniu do części 4, której przedmiotem zamówienia jest prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów. Jednocześnie Zamawiający powinien uzupełnić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia o postanowienia określające konsekwencje przekroczenia ilości odpadów, do odbioru i zagospodarowania których wykonawca będzie zobowiązany w ramach zawartej umowy. Konsekwencje, o których mowa powyżej, mogą w szczególności polegać na przyznaniu wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia (w takim przypadku powinny zostać

określone zasady ustalania wysokości dodatkowego wynagrodzenia) lub uznaniu umowy za wykonaną. Podjęcie decyzji w powyższym zakresie lżba pozostawia Zamawiającemu.”.

Odwołujący zauważył również, że Zamawiający naruszył przepis art. 29 Pzp, gdyż nie wskazał masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie Wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować w ramach umowy w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe.

Zarzucił, że nie wskazał on ponadto masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie

6

Wykonawca będzie zobowiązany przyjąć na PSZOK w ramach umowy i w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe, nie wskazał masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie Wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować z domków letniskowych w ramach umowy i w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe, a także liczby i lokalizacji domków letniskowych, nie wskazał instalacji, do której Wykonawca będzie zobowiązany dostarczać odpady od dnia 1 stycznia 2021 roku, a zatem Wykonawca nie ma możliwości sporządzenia rzetelnej kalkulacji kosztów transportu odpadów.

Zaznaczył również, że Zamawiający nie wprowadził stosownych zapisów, które mówiłyby o przyznaniu Wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia w przypadku przekroczenia maksymalnej określonej masy odpadów lub uznaniu umowy za wykonaną.

Wyjaśnił przy tym, że Zamawiający wprowadził jedynie w § 6 ust. 5 i 6 umowy mało precyzyjne przesłanki zmiany wysokości wynagrodzenia, które i tak obarczone są ryzykiem braku akceptacji przez Zamawiającego wniosku o zmianę ceny, co oznacza, iż Zamawiający przerzucił na Wykonawcę całe ryzyko realizacji umowy nie podając podstawowych danych do kalkulacji oferty, a także ryzyko braku zgody na zmianę ceny przez 3 kolejne lata realizacji umowy.

Odwołujący wskazał również, że w punkcie I OPZ znajduje się zapis o treści: „Zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone Wykonawca będzie przekazywał do wskazanej przez Zamawiającego regionalnej instancji do przewarzenia odpadów komunalnych (dalej RIPOK). Co najmniej do końca roku 2020 będzie to R1POK w Sianowie, przy ul. Łubuszan 80. Zamawiający dopuszcza składanie uwag Wykonawcy obejmujących kalkulacje cenowe, w procesie wyboru RIPOK na okres po roku 2020”.

Zdaniem Odwołującego - sformułowanie „Zamawiający dopuszcza składanie uwag Wykonawcy obejmujących kalkulacje cenowe” narusza przepisy art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z obowiązującymi przepisami nie ma możliwości wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w sposób inny, aniżeli wskazany w umowie.

Odwołujący przyznał, że w projekcie umowy, w § 6 ust. 6 ppkt 5, Zamawiający wprowadza co prawda możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian związanych z kosztem transportu w przypadku zmiany RIPOK, jednakże pozostawia sobie możliwość zakwestionowania zasadności żądania zmiany ceny, co oznaczałoby konieczność realizacji umowy za wynagrodzeniem nieadekwatnym do ponoszonych przez Wykonawcę kosztów.

Odwołujący wskazał, że właściwym byłoby takie ukształtowanie obowiązków stron w umowie, które zapewnią Wykonawcy możliwość zmiany ceny przy jednoczesnym zachowaniu uprawnienia Zamawiającego do kontrolowania wzrostu ceny wykonanej usługi.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający powinien ponadto tak sformułować zapisy w SIWZ by Wykonawca - zgodnie z art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - mógł wskazać RIPOK w złożonej przez siebie ofercie.

Dalej, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wprowadził zapis: „Niezależnie od podanych wyżej częstotliwości wywozu odpadów winny one być zgodne z przepisami prawa obowiązującego w trakcie realizacji zamówienia”, przy czym biorąc pod uwagę możliwość zmiany regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy i Miasta Sianów wprowadzającej zwiększenie częstotliwości wywozu odpadów Zamawiający nie wskazał w projekcie umowy jasnej i przejrzystej metodologii zmiany wysokości wynagrodzenia.

W związku z tym stwierdził, że Wykonawca nie ma zagwarantowanej możliwości zmiany wynagrodzenia pomimo tego, że znacznie mogą ulec podwyższeniu koszty realizacji usług. Zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów winno oznaczać obligatoryjną zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wymaga wyposażania nieruchomości w pojemniki i worki nie podając jednocześnie jaką ilość poszczególnych rodzajów worków Wykonawca miałby dostarczyć.

Wskazał, że zgodnie z dotychczasową praktyką zamawiający na ogół nie wymagają dostarczania worków, gdyż właściciele nieruchomości dysponują workami z okresu obowiązywania poprzedniej umowy, a nowe otrzymują na wymienną na zasadzie „worek za worek”.

Odwołujący dostrzegł potrzebę doprecyzowania czy Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia worków, jeśli tak to jakich i w jakich ilościach.

Wyjaśnił również, że Zamawiający w pkt VI.8 OPZ wprowadził podział nieruchomości na wielorodzinne osiedlowe i wielorodzinne inne niż osiedlowe oraz uzależnił częstotliwość odbioru odpadów od rodzaju nieruchomości przy czym OPZ nie zawiera definicji ani wykazu tych nieruchomości, zatem Wykonawca nie może sporządzić rzetelnej kalkulacji.

Wskazał, że zasadnicza różnica istnieje bowiem pomiędzy odbieraniem odpadów raz

8

w tygodniu i dwa razy w tygodniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt VI.8.c) OPZ wprowadził zapis: „w przypadku przepełnienia się pojemników Wykonawca dokonuje odbioru odpadów w terminie 3 dni od zgłoszenia lub w tym samym terminie wyposaża altankę śmietnikową / wyznaczone miejsce w dodatkowy pojemnik”.

Zdaniem Odwołującego - jest to kolejny wymóg niemożliwy do skalkulowania na etapie składania oferty, w żaden sposób nie sparametryzowany i nie dający podstaw do żądania dodatkowego wynagrodzenia.

To Zamawiający - w opinii Odwołującego - powinien zgłosić zapotrzebowanie na taką ilość pojemników, aby zagwarantować mieszkańcom możliwość ciągłego pozbywania się odpadów, a nie przerzucać odpowiedzialność i ryzyko na Wykonawcę.

Wskazał, że w pkt VI.11.b) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca realizował przedmiot zamówienia również wtedy, gdy dojazd jest utrudniony lub uniemożliwiony np. przez remont dróg lub trudne warunki atmosferyczne.

Według Odwołującego - w sytuacjach wyjątkowych, takich jak remonty dróg czy skrajnie niekorzystne warunki atmosferyczne Wykonawca powinien być zwolniony z obowiązku realizacji umowy lub powinny być ustalone tymczasowe zmiany w sposobie

odbioru odpadów np.: poprzez wyznaczenie tymczasowego miejsca odbioru odpadów.

Odwołujący dostrzegł konieczność rozszerzenia zapisu, o postanowienia na mocy których w przypadku braku utrzymania dróg przez jego właściciela według obowiązujących standardów (odsnieżanie, łagodzenie skutków oblodzenia) Wykonawca będzie zwolniony z obowiązku, odebrania odpadów komunalnych.

Zwrócił uwagę, że koniecznym jest również dopisanie, że w przypadku planowania remontu dróg dojazdowych Zamawiający uprzedzi Wykonawcę o takich pracach i wskaże podmiot realizujący budowę tak, aby Wykonawca mógł ustalić drogę dojazdową i dostępność do pojemników z odpadami, co pozwoli na zachowanie ciągłości odbioru odpadów i nie spowoduje wzrostu kosztów.

W dalszej kolejności zaznaczył, że w pkt VI. 1 .d) Zamawiający wprowadził zapis: „W przypadku trzykrotnego nieuzyskania akceptacji ze strony Zamawiającego, prawo do zaplanowania harmonogramy przechodzi na Zamawiającego”.

W związku z tym Odwołujący podniósł, że jest to zbyt daleko idące uprawnienie Zamawiającego naruszające zasadę równości stron w umowie.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie wskazał żadnych kryteriów na podstawie których miałby odmawiać akceptacji harmonogramu.

Ponadto, wskazał, że zaplanowanie przez Zamawiającego harmonogramów wywozu może odbyć się bez uwzględnienia wymogu optymalizacji tras przejazdu i powodować znaczny wzrost kosztów realizacji zamówienia, czego Wykonawca nie mógł przewidzieć na etapie składania oferty.

Zdaniem Odwołującego - taki zapis narusza przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego i nie powinien znaleźć się w projekcie umowy.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający wymaga wyposażenia wszystkich pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia w kamery rejestrujące trasy poszczególnych pojazdów oraz ilości wystawionych i opróżnionych pojemników i odebranych worków przez cały okres realizacji zamówienia.

Wykonawca, który nie posiada takiego wyposażenia i zobowiązany jest do dokonywania zakupów w trybie ustawy Pzp może nie być w stanie spełnić tego wymogu, gdyż okres, jaki upłynie od dnia podpisania umowy na realizację niniejszego zamówienia do dnia 1 stycznia 2020r. jest zbyt krótki.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający winien odstąpić od tego wymogu lub wprowadzić zapis, na podstawie którego Wykonawca od podpisania umowy będzie miał 6 miesięcy na przystosowanie pojazdów do rejestracji tras za pomocą kamer.

Tym samym, zarzucił, że Zamawiający narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który konstruuje zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowiącą o konieczności takiego formułowania warunków udziału, by były one jednakowe w stosunku do każdego z wykonawców.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie może wymagać wyposażenia wszystkich pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia w kamery rejestrujące trasy poszczególnych pojazdów na moment składania ofert.

Może jedynie wymagać, aby wykonawcy dowiedli, że będą dysponowali określonymi

osobami na moment realizacji zamówienia.

Dalej, Odwołujący podniósł, że w przypadku braku takiego wyposażenia wszystkie reklamacje będą rozpatrywane na korzyść Zamawiającego, co jest niezgodne z przepisem art. 353<sup>1</sup> K.c.

Odwołujący wskazał również, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 140 ustawy Pzp, na podstawie którego zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że przepis art. 144 ustawy Pzp zakazuje jakichkolwiek 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.

Nie ma więc żadnej możliwości na etapie zawierania umowy, zmiany jej nawet w najdrobniejszej kwestii.

Tymczasem Zamawiający w szeregu zapisów projektu umowy w sposób nieprecyzyjny lub wadliwy opisuje zobowiązanie wykonawcy, co może wywołać skutek polegający na tym, że umowa zawarta w treści odpowiadającej projektowi będzie nieważna.

W szczególności Odwołujący zauważył, że § 1 ust. 3.4 umowy jest sprzeczny z punktem VI.3 OPZ - raz Zamawiający wymaga wyposażenia w pojemniki (worki) w terminie do dwóch tygodni od dnia wejścia umowy w życie, a raz w terminie do dwóch tygodni od dnia podpisania umowy.

Dodatkowo, zarzucił, że w ust. § 1 ust. 9 pkt 3) Zamawiający nie doprecyzował zasad realizacji usługi porządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami.

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia i zobowiązanie wykonawcy wynikające z umowy winny być precyzyjnie określone.

Dalej, wyjaśnił, że § 1 ust. 10 projektu umowy zawiera informację odnośnie nieruchomości niezamieszkałych, zgodnie z którą „szczegółowe ustalenia w zakresie

11

świadczenia usług na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe lub z innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno - wypoczynkowe jedynie przez część roku, strony dokonywać będą w trakcie realizacji umowy w drodze protokołów uzgodnień”.

Zdaniem Odwołującego - niedopuszczalne jest ustalanie zasad świadczenia usług w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia bez dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia w

SIWZ.

W związku z tym, Odwołujący zawniósł o usunięcie tego zapisu i podanie niezbędnych danych umożliwiających sporządzenie kalkulacji.

Wskazał również na brak § 2 w projekcie umowy.

Zwrócił uwagę, że w § 4 ust 2 Zamawiający wymagał, aby na etapie zawierania umowy Wykonawca wskazał wszystkie instalacje, do których przekazane zostaną odebrane odpady komunalne, podczas gdy umowa dotyczy odbioru 37 rodzajów odpadów, a na etapie jej podpisywania nieznane mogą być instalacje, do których odpady będą trafiać.

W 4-letnim okresie realizacji umowy mogą one wielokrotnie zmieniać się, co będzie wymagało zmiany umowy.

Zdaniem Odwołującego - umowa nie powinna zawierać zapisu o instalacjach, do których będą przekazywane odpady.

Wskazał również, że w § 6 ust. 5 i 6 Zamawiający wprowadził do projektu umowy nieprecyzyjne zapisy odnośnie zmiany wysokości wynagrodzenia, a § 6 ust 5 punkt,4) jest sprzeczny z § 6 ust. 6 punkt 4) projektu umowy.

Zaznaczył, że Zamawiający w Rozdział XIV ust. 3 SIWZ wskazał jako jedyną dopuszczalną formę wniesienia odwołania formę elektroniczną, gdy stosownie do treści art. 180 ust. 4 ustawy Pzp odwołanie również można wnosić w formie pisemnej w postaci papierowej. Tym samym Zamawiający zawęził ustawowe uprawnienie wykonawcy do złożenia odwołania również w formie pisemnej w postaci papierowej.

Wobec faktu polegającego na niemożliwości sensownego nakazania poprawienia danych naruszeń przepisów, Odwołujący wnosil o unieważnienie postępowania o udzielenie w/w zamówienia.

W szczególności, Odwołujący wskazał na fakt, iż Zamawiający w żaden sposób nie opisał tej części przedmiotu zamówienia, która odnosi się do odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe oraz innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe jedynie przez część roku, znajdujących się na terenie Gminy i Miasta Sianów.

W ocenie Odwołującego - nie sposób bowiem przyjąć, by Odwołujący czy Izba miała wskazać jaką ilość odpadów, z jaką częstotliwością Zamawiający zamierza przekazać do odbioru i zagospodarowania. Tylko Zamawiający jest w posiadaniu danych umożliwiających takie opisanie tej części przedmiotu zamówienia by odpowiadały jego potrzebom.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że Zamawiający uwzględni zarzut dotyczący naruszenia art. 31 c ustawy Pzp (zarzut nr 1), art. 96 ust. 2a ustawy Pzp (zarzut nr 2) oraz zarzut naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy Pzp (zarzut nr 14) i w pozostałym zakresie wnoszący o oddalenie odwołania.

W związku z tak złożonym oświadczeniem pełnomocnik Odwołującego oświadczył, iż cofa powyższe zarzuty jako bezprzedmiotowe.

Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego oświadczył również, że dodatkowo uwzględni oprócz zarzutów nr 1, 2 i 14 zarzut nr 7 dotyczący godzin odbioru odpadów, zarzut nr 15 dotyczący terminu wyposażenia w pojemniki (worki), a także zarzut nr 22, dotyczący pouczenia odnośnie możliwości wniesienia odwołania również w postaci papierowej.

W związku z tak złożonym oświadczeniem Odwołujący wycofał również zarzut nr 7, 15 i 22, obok wcześniej wycofanego zarzutu 1, 2 i 14.

Nadto, na rozprawie Odwołujący wycofał zarzut nr 9 dotyczący zapisu „Niezależnie od podanych wyżej częstotliwości wywozu odpadów winny one być zgodne z przepisami prawa obowiązującego w trakcie realizacji zamówienia” oraz zarzut nr 18 odnoszący się do braku § 2 w projekcie umowy.

Ostatecznie, pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że deklaruje wykreślenie w SIWZ postanowienia w § 1 ust. 10 zaczynającego się do słów „przy czym szczegółowe ustalenia w tym zakresie strony dokonywać będą w trakcie realizacji umowy w drodze protokołów uzgodnień”.

W związku z tak złożonym oświadczeniem Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa zarzut nr 17 dotyczący protokołów uzgodnień.

Mając na uwadze okoliczność wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów, Izba doszła do przekonania, wobec braku przedmiotu sporu w tym względzie, że należało uznać zarzuty te za bezprzedmiotowe do rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 29 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający powinien uregulować treść ogłoszenia i SIWZ w sposób objęty zarzutami odwołania.

Jedną z podstawowych dyrektyw odnoszących się do procedury przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została określona w przepisie art.29 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Analizując treść ogłoszenia i SIWZ w zakresie objętym niektórymi zarzutami odwołania, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający uchybił w części powyższymi regułom przetargu publicznego.

Według zapatrywania Izby zasadnym było wskazanie przez Zamawiającego w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia maksymalnej ilości odpadów,

które wykonawca będzie zobowiązany odebrać w okresie obowiązywania umowy(zarzut nr 3).

Powyższa informacja, zdaniem Izby - pozwoli Odwołującemu na bardziej precyzyjne oszacowanie oferty i umożliwi mu na poprawne jej złożenie.

Izba podzieliła również argumentację Zamawiającego, że charakter zamówienia nie pozwala na podanie konkretnej ilości osób, od których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady, jednak uznała, że wskazanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szacunkowej ilości osób, od których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady objęte przedmiotem zamówienia jest uzasadnione(zarzut nr 4).

Powyższe dane - w ocenie Izby - są istotne przy sporządzaniu oferty i kalkulowaniu ceny, tym bardziej, że w załączniku nr 1 do SIWZ - formularzu oferty Zamawiający przewidział ryczałt miesięczny brutto za osobę miesięcznie.

Dalej, Izba stwierdziła zasadność opisaną przez Zamawiającego w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szacunkowej masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować z domków letniskowych, a także szacunkowej liczby i lokalizacji domków letniskowych(zarzut nr 5).

W powyższym zakresie, w przekonaniu Izby - za niezbędne należało potraktować powyższe informacje, jako dające Odwołującemu wiedzę umożliwiającą poprawne sporządzenie oferty.

Nie potwierdził się zarzut nr 6 niewskazania przez Zamawiającego instalacji, do której wykonawca będzie zobowiązany dostarczać odpady od dnia 1 stycznia 2021 r.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego przyznał, że w przypadku przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów to wykonawca wybiera instalacje.

Wobec tego Izba uznała za prawdziwą argumentację Zamawiającego, że nie jest pewne, jakie w przyszłości będą koszty utylizacji odpadów w instalacji w odległości do 50 km od Sianowa i wobec tego, biorąc pod uwagę interes ekonomiczny, zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego, nie konieczne zawarcie takiej informacji, zaś narzucenie konkretnej instalacji mogłoby być w przyszłości niekorzystne dla obydwu stron.

Mogłoby się w przyszłości okazać, że lokalizacja instalacji wskazanej przez Zamawiającego będzie znajdowała się w odległości dalszej od Sianowa niż inna nie wybrana lokalizacja, co generowałoby zwiększone koszty przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie zarzutu nr 8 dotyczącego braku zdefiniowania w pkt VI.8.c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pojęcia nieruchomości wielorodzinnych osiedlowych i wielorodzinnych innych niż osiedlowe pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że jeżeli chodzi o pojęcie osiedlowy, to normatywne jego znaczenie ma charakter zwyczajowy.

Wyjaśnił on również, że, że nie widział potrzeby doprecyzowania tych pojęć, pomimo że jak twierdzi podział na nieruchomości wielorodzinne osiedlowe i wielorodzinne inne niż osiedlowe ma istotne znaczenie.

Uznając zatem, że zwyczajowe rozumienie przez Zamawiającego pojęć nieruchomości wielorodzinnych osiedlowych i wielorodzinnych innych niż osiedlowe może nie mieścić się w praktyce działalności Odwołującego, Izba uznała, że powinny być one jednoznacznie zdefiniowane.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego z zarzutu nr 10 dotyczącego pkt VI.8.c) SIWZ o następującej treści: „w przypadku przepełnienia się pojemników Wykonawca dokonuje odbioru odpadów w terminie 3 dni od zgłoszenia lub w tym samym terminie wyposaża altankę śmietnikową / wyznaczone miejsce w dodatkowy pojemnik”, przyjmując, że powyższe wymaganie mieści się w granicach uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Według zapatrywania Izby - powyższy obowiązek jest wykonalny i w sferze organizacyjnej Odwołującego leży należyte zapewnienie jego realizacji poprzez terminowy odbiór odpadów lub wyposażenie w dodatkowy pojemnik w razie przepełnienia pojemników.

Izba postanowiła również nakazać Zamawiającemu uregulowanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków świadczenia usługi, gdy dojazd do punktu odbioru jest utrudniony oraz wykreślenie z postanowienia pkt VI.11.b) wymagania świadczenia, gdy dojazd jest uniemożliwiony (zarzut nr 11).

Powyższy nakaz wykreślenia z postanowienia pkt VI.11.b) wymagania świadczenia, gdy dojazd jest uniemożliwiony jest uzasadniony oczywistą i logiczną konsekwencją treści przepisów art.475 § 1 kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli świadczenie stało się niemożliwe skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, zobowiązanie wygasa, a także art.485 § 1 kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze

stron odpowiedzialności nie ponosi, strona, która miała to świadczenie spełnić, nie może żądać świadczenia wzajemnego, a w wypadku, gdy je już otrzymała, obowiązana jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, a zatem wprowadzenie takiej regulacji na gruncie SIWZ było bezprzedmiotowe.

Natomiast, szczegółowego uregulowania i doprecyzowania w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymaga zagadnienie odbioru odpadów, gdy dojazd do punktu odbioru jest utrudniony poprzez między innymi zobowiązanie Zamawiającego do wskazania alternatywnych dróg dojazdowych czy zastępczych punktów odbioru odpadów.

Izba za trafny uznała zarzut Odwołującego odnoszący się do postanowienia pkt VI. 11 .d), że „W przypadku trzykrotnego nieuzyskania akceptacji ze strony Zamawiającego, prawo do zaplanowania harmonogramy przechodzi na Zamawiającego” i z tego powodu nakazała mu określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia okoliczności uzasadniających brak akceptacji harmonogramu przez Zamawiającego lub wykreślenie tego postanowienia (zarzut nr 12).

Powyższa okoliczność - zdaniem Izby - wpływa na sporządzenie przez Odwołującego oferty.

Izba nie uznała zarzutu nr 13 związanego z wymaganiem Zamawiającego wyposażenia wszystkich pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia w kamery rejestrujące trasy poszczególnych pojazdów oraz ilości wystawionych i opróżnionych pojemników i odebranych worków przez cały okres realizacji zamówienia, jako, że Odwołujący jako podstawę prawną sformułowanego zarzutu wskazał przepis uchylonego już art.22 ust.4 ustawy Pzp.

Natomiast powołany przy tym zarzucie przepis art.22 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, bowiem zaskarżony wymóg nie dotyczy warunków podmiotowych.

Odwołujący nie wykazał również, że powyższy wymóg naruszałby zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, o której mowa w art.7 ust.1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności, Izba przyjęła, że zasadnym jest żądanie Odwołującego opisanie przez Zamawiającego w § 1 ust.9 pkt 3 usługi porządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami lub wykreślenia tego postanowienia, z tego powodu, że brak doprecyzowania tego postanowienia mógłby doprowadzić do nienależytego wykonania umowy(zarzut nr 16).

Izba nie uwzględniła również zarzutu nr 19 z § 4 ust. 2 projektu umowy, gdzie Zamawiający wymaga, aby na etapie zawierania umowy Wykonawca wskazał wszystkie instalacje, do których przekazane zostaną odebrane odpady komunalne.

W przekonaniu Izby Zamawiający ma prawo wiedzieć jakie podmioty unieszkodliwiają jego odpady, a nawet skontrolować ich obrót w tej mierze.

Ostatecznie, Izba nie znalazła dostatecznych podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 20 dotyczącego § 6 ust. 5 i 6 projektu umowy, w którym Zamawiający wprowadził - jak twierdzi Odwołujący - nieprecyzyjne zapisy odnośnie zmiany wysokości wynagrodzenia, a także § 6 ust. 5 punkt 4) jako sprzecznego z §6 ust. 6 punkt 4) - zarzut nr 21.

W tej materii - zdaniem Izby - Odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji uzasadniającej te zarzuty.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....