

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 sierpnia 2017 r.** w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2017 r. przez wykonawcę **R. Sp. z o.o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miejska Żory, Al. Wojska Polskiego 25, 44-240 Żory**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **E. M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna, (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **R. Sp. z o.o., (...)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. Sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 933) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

I. Zamawiający Gmina Miejska Żory, Al. Wojska Polskiego 25; 44-240 Żory wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta Żory« (dalej: »Postępowanie«).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15.07.2017 r. pod nrem 2017/S 134-274634.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920, 2260 oraz z 2017 r. poz. 933) (dalej w skrócie »Pzp« lub »ustawa« bez bliższego określenia).

II. Wykonawca R. sp. z o.o. z siedzibą w W., (...), zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 25.07.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) treść ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej »SIWZ«);
- 3) zmianę treści SIWZ.

IIIa. Zamawiający przed otwarciem rozprawy uwzględnił część zarzutów odwołania dotyczących naruszenia (numeracja zarzutów niezmieniona w stosunku do pierwotnej treści odwołania):

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 1 Pzp oraz art. 22 ust. 1a Pzp, przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim zamawiający wymaga posiadania przez wykonawcę aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów wydane przez właściwe organy w odniesieniu do części I i II zamówienia oraz wymaga jego posiadania na etapie składania ofert (ust. 5.A pkt 1 lit. b SIWZ);
- 2) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w

3

zakresie w jakim w SIWZ oraz w załączniku nr 4 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim:

- a) w załączniku nr 4 do SIWZ (str. 3) zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zamawiający żąda na etapie składania ofert w zakresie części I zamówienia, wskazania instalacji, w szczególności RIPOK, do których przekazywane będą odebrane od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne i odpady zielone oraz odpady selektywnie zebrane, a wskazania instalacji należy dokonać zgodnie z pkt 4 Formularza Ofertowego; wskazanie instalacji innych niż RIPOK lub niewypełnienie tabeli będzie podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
 - d) zamawiający zastrzega sobie prawo do zmian, w trakcie realizacji zamówienia uchwał regulujących zasady funkcjonowania systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Miasta Żory; o planowanych zmianach wykonawca zostanie powiadomiony z odpowiednim wyprzedzeniem; obowiązkiem wykonawcy będzie dostosowanie się do wprowadzonych zmian; szczegółowy sposób i termin wprowadzenia zmian zostanie ustalony z wykonawcą (SIWZ, str. 2),
 - f) w załączniku nr 4 do SIWZ oraz w § 4 ust. 2 projektu umowy dla części I zamówienia wskazano, że właściciele nieruchomości powinni otrzymać harmonogram odbierania odpadów w wersji papierowej 7 dni przed rozpoczęciem okresu jaki obejmuje (załącznik nr 4 do SIWZ, str. 7);
 - g) zamawiający wymaga, żeby na koniec dnia roboczego pojazdy były parkowane wyłącznie na terenie bazy magazynowo-transportowej wykonawcy (załącznik nr 4 do SIWZ, str. 9),
- 3) art. 353 i Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie projektu umowy w ramach części I i II zamówienia, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:
 - c) w § 10 ust. 1 pkt 4 projektu umowy dla części II zamówienia zamawiający przewidział, że wykonawca zapłaci rażąco wygórowaną karę umowną za przekazanie nierzetelnego sprawozdania, o którym mowa w § 3 ust. 5 pkt 2 projektu umowy, nie precyzując przy tym jakie okoliczności spowodują, że przedstawione przez wykonawcę sprawozdanie zostanie uznane za nierzetelne,
 - d) w § 4 ust. 2 pkt 4 projektu umowy dla części I zamówienia zamawiający wskazał, że wykonawcę obciąża obowiązek osiągnięcia, zgodnie z art. 3b ust. 1 i art. 3c ust. 1 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie i

4

rozporządzeniami wykonawczymi do tej Ustawy, założonych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia, odzysku innymi metodami odpadów komunalnych określonych frakcji odpadów (analogicznie w pkt 7 i 8, str. 11 załącznika nr 4 do SIWZ) oraz w jakim w § 11 ust. 1 lit. f projektu umowy zamawiający przewidział karę umowną za każdą tonę brakującej masy

odpadów komunalnych obliczonej w odniesieniu do masy odebranych odpadów, a wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania, w wysokości stanowiącej iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 Pzp z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, a także w pkt 15 (str. 19) załącznika nr 4 do SIWZ w odniesieniu do części II zamówienia, zamawiający wskazał, że wykonawca podczas realizacji zamówienia zapewni osiągnięcie poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych;

- bez jednoczesnego doprecyzowania w stosunku do jakiego strumienia odpadów będą wyliczane poziomy recyklingu (strumienia odpadów z całej gminy czy tylko ze strumienia odbieranego przez wykonawcę) oraz przy przerzuceniu na wykonawcę całego ryzyka związanego z nieosiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu,

- e) w § 11 projektu umowy na część I zamówienia oraz w § 10 projektu umowy na część II zamówienia zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia.

IIIb. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie i zamawiający nie uwzględnił zarzutów w zakresie naruszenia (numeracja zarzutów niezmieniona w stosunku do pierwotnej treści odwołania):

- 2) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w

5

zakresie w jakim w SIWZ oraz w załączniku nr 4 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim:

- b) w § 7 ust. 5 projektu umowy dla części I zamówienia oraz w § 8 ust. 5 projektu umowy dla części II zamówienia oraz w ust. 13 pkt 2 SIWZ zamawiający wskazuje, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową, jest ona stała i niezmienna, a wykonawca nie będzie żądać podwyższenia wynagrodzenia, gdyż obejmuje ono wszystkie koszty wykonania przedmiotu umowy, nawet jeżeli w chili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów usługi,
- c) w ramach części nr II zamówienia wykonawca zobowiązany jest zorganizować, prowadzić i utworzyć Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej PSZOK) na terenie Miasta Żory od 1.10.2017 r. (część 2 załącznik nr 4 do SIWZ),
- e) zamawiający określił, że wskazanym jest, aby RIPOK posiadał kilka separatorów optycznych dla wydzielenia frakcji surowcowej, gwarantującej osiągnięcie wysokich poziomów odzysku wybranych frakcji odpadów komunalnych (str. 4 SIWZ),
- h) zamawiający nie wskazał w SIWZ ani w załącznikach do SIWZ liczby, rodzaju (typ frakcji) ani pojemności pojemników znajdujących się na poszczególnych nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia;
- 3) art. 353 i Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie projektu umowy w ramach części I i II zamówienia, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:
- a) w § 4 ust. 2 pkt 11 projektu umowy dla części nr I zamówienia zamawiający nie wskazał jakie działania będzie podejmował w celu zdyscyplinowania właścicieli nieruchomości do przestrzegania obowiązku segregowania odpadów w

przypadku stwierdzenia przez wykonawcę braku realizacji tego obowiązku przez mieszkańców oraz jakie ryzyko w tym zakresie wykonawca powinien uwzględnić w złożonej ofercie,

- b) w § 10 ust. 1 pkt 2 projektu umowy dla części nr II zamówienia zamawiający przewidział, że wykonawca zapłaci rażąco wygórowaną karę umowną w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania przedmiotu umowy, określonego w § 3 projektu umowy bez jednoczesnego dookreślenia jakie sytuacje zostaną uznane przez zamawiającego za „nienależyte wykonanie umowy”,
- f) w § 11 projektu umowy na część I zamówienia oraz w § 10 projektu umowy na część II zamówienia zamawiający nie przewidział procedury reklamacyjnej

6

umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na wykonawcę kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy.

Iva. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ, a zamawiający uwzględniając zarzuty zobowiązał się do (numeracja żądań niezmieniona w stosunku do pierwotnej treści odwołania):

- 1) wykreślenia ust. 5.A pkt 1 lit. b SIWZ oraz wskazania w SIWZ, że wykonawca zobowiązany jest posiadać i przedstawić zamawiającemu aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów wyłącznie dla części II zamówienia (obowiązek ten nie będzie dotyczył części I zamówienia) w dniu uruchomienia PSZOK, a nie jak obecnie na etapie złożenia oferty, a także odpowiednie zmodyfikowanie treści ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia:
 - a) zmiany załącznika nr 4 do SIWZ (str. 3) oraz formularza ofertowego przez dopuszczenie możliwości wskazania przez wykonawcę w ofercie innych niż RIPOK instalacji do których wykonawca może przekazywać odpady segregowane oraz innych podmiotów zbierających odpady, którym będą przekazywane niewielkie ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegające przekazaniu do RIPOK, jak również wykreślenie z ww. dokumentów zastrzeżenia, że „w przypadku wskazania instalacji innych niż RIPOK lub niewypełnienie powyższej tabeli zamawiający uzna, że wykonawca nie przewiduje przekazywania odebranych odpadów do żadnej regionalnej instalacji przetwarzania odpadów, co jest niezgodne z wymogami SIWZ i będzie podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp”,
 - d) wykreślenia obowiązku wykonawcy dostosowania się do wprowadzonych przez zamawiającego zmian w zakresie Uchwał regulujących zasady funkcjonowania systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Miasta Żory,
ewentualnie wskazanie, że w przypadku wprowadzenia przez zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia zmian uchwał regulujących zasady funkcjonowania systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Miasta Żory, które będą miały wpływ na zakres lub sposób realizacji obowiązków wykonawcy wynikających z umowy, Strony ustalą sposób i termin ich wprowadzenia oraz ewentualne koszty związane z ich wprowadzeniem i jeżeli będzie to konieczne odpowiednio zmodyfikują wynagrodzenie przysługujące wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia (str. 2 SIWZ),

7

-
- f) zmiany załącznika nr 4 do SIWZ oraz § 4 ust. 2 projektu umowy dla części I zamówienia przez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia właścicielom nieruchomości harmonogramu w formie papierowej w terminie 1 miesiąca od daty zaakceptowania harmonogramu przez zamawiającego oraz do zamieszczenia go na swojej stronie internetowej w ciągu 3 dni od dnia zaakceptowania harmonogramu przez zamawiającego, ponadto wskazanie, że pierwszy harmonogram przedstawiony przez

wykonawcę będzie obejmował okres 2017-2018 r., a harmonogramy na kolejne lata będą dostarczane przez wykonawcę do właścicieli nieruchomości do 15 grudnia roku poprzedniego;

- g) zmiany załącznika nr 4 do SIWZ, str. 9 przez dopuszczenie możliwości parkowania pojazdów poza terenem bazy magazynowo-transportowej w wyjątkowych przypadkach np. w sytuacji awarii pojazdu,

3) w zakresie wzoru umowy:

- c) zmiany § 10 ust. 1 pkt 4 projektu umowy dla części nr II zamówienia polegającej na: obniżeniu kary umownej z 5.000,00 zł do 1.000,00 zł oraz wprowadzeniu zastrzeżenia, że nałożenie kary przewidzianej w tym przepisie będzie możliwe po bezskutecznym uprzednim wezwaniu wykonawcy do poprawienia sprawozdania w odpowiednim terminie, nie krótszym niż 3 dni robocze, przy czym w wezwaniu zamawiający przedstawi szczegółowe uzasadnienie dlaczego i które elementy przedstawionego przez wykonawcę sprawozdania uznaje za nierzetelne,
- d) zmiany w odniesieniu do części nr I i II zamówienia odpowiednich postanowień projektu umowy (w szczególności § 4 ust. 2 pkt 4 projektu umowy dla części I i § 11 ust. 1 lit. f) oraz załącznika nr 4 do SIWZ (w szczególności pkt 7 i 8, str. 11 oraz pkt 15 str. 19) przez wskazanie, że obowiązek zapewnienia odpowiednich poziomów recyklingu odnosi się do strumienia odpadów odbieranego przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia tj. że poziomy recyklingu osiąganego przez wykonawcę będą wyliczane w odniesieniu do strumienia odbieranych odpadów przez wykonawcę, a nie w stosunku do całego strumienia odpadów powstających na terenie gminy oraz zmiany projektu umowy w zakresie kar umownych przez wskazanie, że wyliczenie poziomów recyklingu będzie następowało w odniesieniu do strumienia odpadów odebranego przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, a wykonawca zapłaci karę umowną wyłącznie w sytuacji, gdy dojdzie do nieosiągnięcia poziomów recyklingu w ramach strumienia odpadów odbieranego przez wykonawcę w ramach realizacji

przedmiotu zamówienia oraz w przypadku gdy kara została faktycznie zapłacona przez zamawiającego,

- e) wprowadzenia odpowiednio w § 11 projektu umowy na część I zamówienia oraz w § 10 projektu umowy na część II zamówienia ograniczenia wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w całym okresie realizacji zamówienia na poziomie maksymalnie 30% łącznej kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy.

IVb. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania (zamawiający nie uwzględnił odpowiednich zarzutów) i nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ, czyli wniósł (numeracja żądań niezmieniona w stosunku do pierwotnej treści odwołania):

2) w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia:

- b) o zmianę § 7 ust. 5 projektu umowy dla części I zamówienia oraz § 8 ust. 5 projektu umowy dla części II zamówienia, jak również ust. 13 pkt 2 SIWZ zamawiający przez wskazanie, że pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, w toku realizacji zamówienia wykonawca może żądać podwyższenia w przypadku zmiany opłaty za wynagrodzenia zagospodarowanie odpadów niesegregowanych i zielonych; w takiej sytuacji wykonawca o przedstawi zamawiającemu wniosek podwyższenie wynagrodzenia wraz z kalkulacją uwzględniającą rynkowy poziom cen, koszty transportu i poziomy recyklingu; zamawiający w ciągu 14 dni przedstawi stanowisko w zakresie przedstawionego przez wykonawcę wniosku informujące o jego zaakceptowaniu lub odmowie zaakceptowania wniosku. W przypadku odmowy zaakceptowania wniosku, zamawiający zobowiązany jest przedstawić wyczerpujące uzasadnienia tym zakresie. W przypadku zaakceptowania przez zamawiającego wniosku, strony w ciągu 14 dni zawrą aneks do umowy modyfikujący wynagrodzenie przysługujące wykonawcy z tytułu realizacji

przedmiotu zamówienia; ponadto odwołujący wnosi o wykreślenie „wykonawca nie będzie żądać jego podwyższenia, gdyż obejmuje ono wszystkie koszty wykonania przedmiotu umowy, nawet jeśli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów usługi”,

- c) o wskazanie w odniesieniu do części II zamówienia, że punkt PSZOK ma zostać zorganizowany w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy ewentualnie nieodpłatnie lub za z góry ustaloną jednakową dla wszystkich potencjalnych wykonawców opłatą udostępnienie wykonawcy terenu, na którym obecnie prowadzony jest PSZOK wraz z całym wyposażeniem,

9

- e) o wykreślenie postanowienia SIWZ, zgodnie z którym wskazanym jest aby RIPOK posiadał kilka separatorów optycznych dla wydzielenia frakcji surowcowej, gwarantującej osiągnięcie wysokich poziomów odzysku wybranych frakcji odpadów komunalnych (str. 4 SIWZ),
- h) o wskazanie w SIWZ liczby, rodzaju (typ frakcji) oraz pojemności pojemników znajdujących się na poszczególnych nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia, w szczególności w zakresie tych nieruchomości, w stosunku do których zgodnie z § 2 uchwały nr 39/XXXII/17 Rady Miasta Żory z dnia 25 maja 2017 r. w sprawie określenia sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Żory i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, zamawiający przejął obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki;

3) w zakresie wzoru umowy:

- a) o zmianę § 4 ust. 2 pkt 11 projektu umowy dla części nr I zamówienia przez wskazanie jakie działania będzie podejmował zamawiający w celu zdyscyplinowania właścicieli nieruchomości do przestrzegania obowiązku segregowania odpadów w przypadku stwierdzenia przez wykonawcę braku realizacji tego obowiązku oraz jakie ryzyko w tym zakresie wykonawca powinien uwzględnić w złożonej ofercie (liczbę przypadków, które mogą wystąpić w ciągu roku świadczenia usług których możliwość wystąpienia wykonawca powinien uwzględnić w ofercie),
- b) o wykreślenie § 10 ust. 1 pkt 2 projektu umowy dla części nr II zamówienia,
- f) o zmianę § 11 projektu umowy na część I zamówienia oraz w § 10 projektu umowy na część II zamówienia przez wprowadzenie postanowienia zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przestanków naliczenia kar umownych.

Argumentacja odwołującego

A. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu – posiadanie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej

1. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien kierować się celem, jakim zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom

10

zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 roku (KIO/KU 83/10)

„Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu

wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, że wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byłoby w stanie wykonać zamówienie”.

- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2010 r. (KIO 1947/10): „Izba podkreśla, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakiego służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie”.
2. Z przywołanego powyżej orzecznictwa które pozostaje aktualne na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wynika, że warunki udziału w postępowaniu powinny być tak postawione, aby wykonawca wybrany na podstawie warunków dawał rękojmię należytego wykonania umowy. W stosunku do wymogu posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności zamawiający postawił wymagania nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.
3. Zgodnie z ust. 5.A pkt 1 lit. a SIWZ zamawiający uzna warunek określony w ust. 5 pkt 2 lit. a SIWZ za spełniony, jeżeli wykonawca złoży aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów wydane przez właściwy organ na podstawie Pzp z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach – warunek dotyczy części I i II zamówienia.

11

-
4. Warunek posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów zarówno w zakresie części nr I jak i nr II zamówienia oraz posiadania go na etapie składania ofert jest warunkiem nadmiernie rygorystycznym i w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję.
 5. Przedmiot zamówienia w zakresie części I zamówienia nie obejmuje zbierania odpadów, dlatego też wymóg posiadania przez wykonawcę aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów jest wymogiem nadmiernym i nieuzasadnionym.
 6. W zakresie części II zamówienia podmiot prowadzący PSZOK jest posiadaczem odpadów w rozumieniu Pzp z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów, a zatem musi posiadać odpowiednie zezwolenie. Niemniej jednak żądanie posiadania tego zezwolenia już na etapie składania ofert należy uznać za nadmierne i nieuzasadnione, gdyż jego uzyskanie wymaga dysponowania nieruchomością a której będzie prowadzony PSZOK jeszcze przed złożeniem ofert. Warunek ten w nieuzasadniony sposób ogranicza zatem konkurencję, gdyż uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie w należyty sposób zrealizować zamówienia, ale na dzień składania ofert nie dysponują tytułem prawnym do nieruchomości, na której będzie prowadzony PSZOK. Jedyne podmiot obecnie świadczący w tym zakresie usługi na rzecz zamawiającego będzie mógł wykazać posiadanie tego zezwolenia już na etapie składania ofert.

B. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

1. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 Pzp, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie.

2. Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 września 2014, KIO 1786/14 „Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis

12

przedmiotu zamówienia tak samo. Zgodnie z 29 ust 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tak wysokie wymagania w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia mają na celu zarówno wskazanie wykonawcom, czego dokładnie oczekuje zamawiający, jak i umożliwienie zamawiającemu na etapie oceny ofert weryfikację, czy złożone oferty są zgodne z przygotowanym opisem”,

- b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2015, KIO 897/15: „Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia przez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca powinien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ”.
3. Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zawarty w SIWZ oraz w załączniku nr 4 do SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Brak precyzji powoduje, że na jego podstawie nie jest możliwym należyte oszacowanie oferty. Ponadto, opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców.
4. Przekazywanie odpadów do RIPOK
W załączniku nr 4 do SIWZ (str. 3) zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zamawiający żąda na etapie składania ofert w zakresie części I zamówienia, wskazania instalacji, w szczególności RIPOK, do

13

których przekazywane będą odebrane od właścicieli nieruchomości mieszane odpady komunalne i odpady zielone oraz odpady selektywnie zebrane, a wskazania instalacji należy dokonać zgodnie z pkt 4 formularza ofertowego. Wskazanie instalacji innych niż RIPOK lub niewypełnienie tabeli będzie podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Analogiczne zastrzeżenie zostało zamieszczone przez zamawiającego w formularzu ofertowym.

Poczynione przez zamawiającego zastrzeżenie wskazuje, że zamawiający wymaga, aby wszystkie odpady odebrane przez wykonawcę, w tym również odpady selektywnie zbierane były przekazywane do RIPOK wskazanych w uchwale nr V/37/8/2017 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 kwietnia 2017 r. Taki wymóg jest nieuzasadniony, pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach oraz ogranicza konkurencję.

Zgodnie bowiem z art. 9e ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1289) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości:

- 1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;
- 2) zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Stosownie do przepisu art. 6d ust. 4 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Wymóg przekazywania odpadów do RIPOK dotyczy zatem wyłącznie odpadów zmieszanych oraz odpadów zielonych, wyłączone z niego zostały odpady selektywnie zbierane.

Ponadto, wprowadzone przez zamawiającego ograniczenie polegające na konieczności transportu odpadów do RIPOK wskazanych w uchwale pozostaje w również w sprzeczności z przepisem art. 6d ust. 4 pkt 5 Pzp o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w którym w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dopuszczono wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Stosownie do przywołanego przepisu wójt, burmistrz lub prezydent miasta

14

w przypadku sporządzania SIWZ określa w niej w szczególności: »instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady«.

5. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia

W § 7 ust. 5 projektu umowy dla części I zamówienia oraz w § 8 ust. 5 projektu umowy dla części II zamówienia, a także w ust. 13 pkt 2 SIWZ zamawiający wskazuje, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową, jest ona stała i niezmienna, a wykonawca nie będzie żądać jego podwyższenia, gdyż obejmuje ono wszystkie koszty wykonania przedmiotu umowy, nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów usługi.

Przedmiotowe postanowienie wyłącza możliwość dochodzenia przez wykonawcę podwyższenia wynagrodzenia w sytuacjach wyjątkowych, takich jak np. wzrost opłaty za zagospodarowanie odpadów niesegregowanych i zielonych, których wykonawca nie może przewidzieć i na które nie ma wpływu, a także na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym. Wprowadzając przedmiotowe postanowienie zamawiający *de facto* przerzucił na wykonawcę całe ryzyko związane ze wzrostem opłaty za zagospodarowanie odpadów niesegregowanych i zielonych. Wykonawca nie może ponosić ewentualnego kosztu ryzyka, którego nie może zidentyfikować (to nie wykonawca kształtuje ceny zagospodarowania odpadów, tylko podmioty trzecie do których wykonawca dostarcza odpady) i oszacować zwłaszcza w perspektywie umowy, która zostanie zawarta na okres 4 lat. Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów niesegregowanych i zielonych w tak długim okresie.

6. Termin zorganizowania PSZOK

- a) Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części nr 2 zamówienia wykonawca

zobowiązany jest zorganizować, utworzyć i prowadzić PSZOK na terenie Miasta Żory w okresie od 1.10.2017 r. do 30.09.2021 r. Spełnienie tego wymagania jest niemożliwe do osiągnięcia dla żadnego wykonawcy, za wyjątkiem podmiotu obecnie świadczącego te usługi na rzecz zamawiającego.

15

- b) Należy mieć na uwadze, że nie można oczekiwać podjęcia przez wykonawcę nakładów na zorganizowanie PSZOK przed rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia i podpisaniem umowy. Aktualny termin składania ofert to 28.08.2017 r., a założony termin rozpoczęcia wykonywania usługi – 1.10.2017 r. Uwzględniając czas prowadzenia postępowania (badanie i ocena ofert) oraz możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, umowa będzie mogła zostać zawarta najwcześniej na przełomie września i października 2017 r., co nie pozostawia wykonawcy żadnego okresu na przygotowanie się do świadczenia usługi. Inne gminy prowadzące tego typu postępowania, zapewniają wykonawcom dysponowanie odpowiednim okresem przejściowym od momentu zawarcia umowy do czasu uruchomienia PSZOK, tak aby wykonawca miał możliwość dokonać odpowiednich przygotowań (np. R., gdzie odwołujący świadczy podobną usługę, a termin składania ofert wyznaczono był na 12.06.2016 r., zaś rozpoczęcie realizacji usługi przewidziano na 1.01.2017 r.). Zorganizowanie i uruchomienie PSZOK, ze względu na obowiązujące regulacje prawne jest przedsięwzięciem trwającym kilka miesięcy, nawet przy zachowaniu najwyższej staranności po stronie wykonawcy.
- c) Warunkiem uruchomienia PSZOK jest pozyskanie nieruchomości na terenie Gminy Żory i zakończenie przez wykonawcę wszelkich prac związanych z budową lub adaptacją nieruchomości dla potrzeb PSZOK, co powinno zostać potwierdzone uzyskaniem przez wykonawcę stosownych zezwoleń, zgód lub zgłoszeń. Termin pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem funkcjonowania PSZOK powinien być odpowiednio długi, gdyż utworzenie PSZOK wymaga podjęcia szeregu czasochłonnych czynności:

Nieruchomość

Wykonawca, który do tej pory nie prowadził PSZOK na terenie Gminy Żory musi znaleźć nieruchomość odpowiednią do prowadzenia tego typu działalności (a więc musi być to lokalizacja zgodna m.in. z Miejscowym Planem Zagospodarowania Przestrzennego) dodatkowo spełniającą restrykcyjne kryteria narzucone wymaganiami prawnymi. Ponadto stosownie do przepisu art. 3 ust. 2 pkt 6 Pzp o utrzymaniu czystości i porządku w gminie PSZOK muszą być tworzone w taki sposób, by zapewnić łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców. Lokalizacja PSZOK powinna być dobrana w taki sposób, by maksymalnie zminimalizować oddziaływanie punktu na otoczenie. W pkt 3 (str. 16 i 17 załącznika nr 4 do SIWZ) zamawiający wskazał, że punkt powinien być zlokalizowany na terenie Miasta Żory w takim miejscu, aby z każdego zamieszkałego miejsca nie było do niego dalej niż 9 km (linia powietrzna). Po znalezieniu odpowiedniej nieruchomości, wykonawca musi uzyskać do niej tytuł

16

prawny, co jest z kolei warunkiem niezbędnym do uzyskania stosownych zgód, pozwoleń czy decyzji oraz do prowadzenia działalności.

Dodatkowo, zgodnie z pkt 3 (str. 16 i 17 załącznika nr 4 do SIWZ), PSZOK powinien być zlokalizowany na ogrodzonym placu o powierzchni umożliwiającej rozmieszczenie kontenerów oraz swobodny dostęp do nich dla pojazdów odbierających i dostarczających odpady. Ponadto, teren powinien być oświetlony i monitorowany (lub co najmniej zamykany w porze nocnej), zabezpieczony przed dostępem osób nieuprawnionych, spełniający wymagania prawne dot. hałasu i zanieczyszczeń, warunków sanitarnych i budowlanych.

Decyzja środowiskowa

W przypadku tworzenia PSZOK koniecznym może okazać się uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Zgodnie z przepisem art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3

października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. z 2016 r. poz. 353 ze zm.) decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach określa środowiskowe uwarunkowania realizacji przedsięwzięcia. Uzyskanie decyzji jest wymagane dla planowanych:

- a) przedsięwzięć mogących zawsze znacząco oddziaływać na środowisko;
- b) przedsięwzięć mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko [vide: rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz.U. Nr 213, poz. 1397)].

Procedura wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach składa się z następujących etapów:

- weryfikacja kompletności złożonych dokumentów, ustalenie stron postępowania,
- wystąpienie do Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego oraz do Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska o opinię, co do potrzeby przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, a w przypadku stwierdzenia takiej potrzeby, co do zakresu raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko zgodnie z art. 64 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 3 października 2008r. o udostępnieniu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenach oddziaływania na środowisko,
- po uzyskaniu stosownych opinii, wydaje się postanowienie nakładające obowiązek lub nie nakładające obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla planowanego przedsięwzięcia z jednoczesnym określeniem zakresu raportu,
- w przypadku przedsięwzięć mogących zawsze znacząco oddziaływać na środowisko występuje się, zgodnie z art. 77 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. ustawy do

17

-
- Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego o opinię oraz do Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska o uzgodnienie warunków realizacji przedsięwzięcia,
 - w przypadku przedsięwzięć wymagających udziału społeczeństwa, organ właściwy bez zbędnej zwłoki podaje do publicznej wiadomości informację o prowadzonym postępowaniu w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, możliwości zapoznania się z całą dokumentacją sprawy oraz o możliwości składania wniosków i uwag wskazując jednocześnie 21-dniowy termin ich składania,
 - zgodnie z art. 85 ust. 3 ww. ustawy podaje się do publicznej wiadomości informację o wydanej decyzji i o możliwości zapoznania się z jej treścią oraz dokumentacją sprawy, w tym uzgodnieniem dokonany z Regionalnym Dyrektorem Ochrony Środowiska oraz opinią organu, o którym mowa w art. 78 ww. ustawy.

Wydanie decyzji następuje w terminie określonym w art. 35 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którym załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej – nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania, zaś w postępowaniu odwoławczym – w ciągu miesiąca od dnia otrzymania odwołania. Terminy te mogą ulec wydłużeniu, o czym zgodnie z art. 36 KPA organ zobowiązany jest zawiadomić strony.

Na marginesie należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 59 ust. 1 ww. ustawy „Przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wymaga realizacja następujących planowanych przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko:

- a. planowanego przedsięwzięcia mogącego zawsze znacząco oddziaływać na środowisko,
- b. planowanego przedsięwzięcia mogącego potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko, jeżeli obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko został stwierdzony na podstawie art. 63 ust. 1.”.

Tym samym, w przypadku punktu do zbierania lub przeładunku odpadów koniecznym może okazać się przynajmniej przeprowadzenie oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Przygotowanie nieruchomości do utworzenia na niej punktu selektywnej zbiórki odpadów Zamawiający w pkt 3 (str. 16 i 17 załącznika nr 4 do SIWZ), określił stan i sposób

wyposażenia nieruchomości, na której będą prowadzone PSZOK. Teren nieruchomości, na której prowadzone będą PSZOK wymaga dokonania szeregu czasochłonnych czynności w celu przystosowania go do wymagań zamawiającego.

Zezwolenie na zbieranie odpadów

18

Prowadzona przez PSZOK działalność w zakresie gromadzenia odpadów, musi być uznana za zbieranie odpadów w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach. W myśl tej normy prawnej, zbieranie odpadów to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b (czyli czasowe przechowywanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów).

Regułą jest, że działalność związana z gospodarowaniem odpadami jest działalnością reglamentowaną lub regulowaną. W przypadku zbierania odpadów (zatem działalności, jaką ma prowadzić PSZOK) konieczne będzie uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów.

Zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach, prowadzenie zbierania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Zezwolenie to wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów. Z reguły (poza sytuacjami szczególnymi) organem tym jest właściwy starosta. Zezwolenie na zbieranie odpadów wydaje się na wniosek posiadacza odpadów (czyli w przedmiotowym przypadku, podmiotu, który będzie zarządzał PSZOK). W zezwoleniu na zbieranie odpadów określa się:

- c) numer identyfikacji podatkowej (NIP) i numer REGON posiadacza odpadów, o ile został nadany,
- d) rodzaje odpadów przewidywanych do zbierania,
- e) oznaczenie miejsca zbierania odpadów,
- f) wskazanie miejsca i sposobu magazynowania oraz rodzaju magazynowanych odpadów,
- g) opis metody lub metod zbierania odpadów,
- h) dodatkowe warunki zbierania odpadów, jeżeli wymaga tego specyfika odpadów, w szczególności niebezpiecznych lub potrzeba zachowania wymagań ochrony życia lub zdrowia ludzi lub środowiska,
- i) wymagania wynikające z przepisów odrębnych,
- j) czas obowiązywania zezwolenia.
 - i. Zezwolenie może być wydane na maksymalnie 10 lat.
 - ii. W toku postępowania organ administracji zobowiązany jest dokonać weryfikacji wniosku, w szczególności pod kątem zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzi lub dla środowiska, zgodności z planami gospodarki odpadami i zgodności z przepisami prawa miejscowego. Zezwolenie na zbieranie odpadów wydawane jest w terminach określonych, w przywołanym powyżej art. 35 § 3 KPA. Tym

19

samym może ono zostać wydane w terminie 2 miesięcy od daty wszczęcia postępowania, przy czym termin ten może ulec wydłużeniu.

- iii. Warto wskazać, że rozpoczęcie działalności w zakresie zbierania odpadów może się rozpocząć dopiero po uzyskaniu zezwolenia na zbieranie odpadów, co biorąc pod uwagę, że wyżej opisane działania (z zakresu uwarunkowań środowiskowych, prawa budowlanego, wodnego etc.) muszą poprzedzać złożenie wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów, powoduje konieczność poświęcenia znacznego nakładu czasu na zorganizowanie PSZOK.

- d) Reasumując, nawet przy jednoczesnym wszczęciu procedury uzyskania decyzji środowiskowej i zezwolenia na zbieranie odpadów, decyzje administracyjne w tym zakresie, z uwagi na skomplikowanie sprawy, zostaną wydane w okresie około 2-3 miesięcy. Okres ten może ulec wydłużeniu, co powinno zostać uwzględnione przy planowaniu uruchomienia PSZOK. Kolejny okres czasu jest niezbędny na

przygotowanie terenu nieruchomości (zagospodarowanie) i wyposażenie jej w odpowiednie urządzenia i instalacje.

- e) Tym samym realny okres niezbędny na przygotowanie i uruchomienie PSZOK wynosi około 6 miesięcy. Ustanowienie przez zamawiającego terminu uruchomienia PSZOK nie uwzględniającego co najmniej powyższego okresu przygotowawczego narusza konkurencję i preferuje jednego wykonawcę aktualnie świadczącego usługę prowadzenia PSZOK na rzecz zamawiającego. Zamawiający nie pozostawił wykonawcy żadnego okresu na przygotowanie obowiązkowego punktu PSZOK. Zgodnie z § 6 ust. 1 uchwały nr 393/XXXII/17 Rady Miasta Żory z dnia 25 maja 2017 r. w sprawie szczegółowego określenia sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Żory i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi – Gminny Punkt Zbiórki Odpadów Komunalnych oraz Punkt Zbiórki Odpadów Zielonych zlokalizowane w Żorach przy ul. Okrężnej 5 są prowadzone przez Zakłady Techniki Komunalnej sp. z o.o.

Wykonawca ten jako wskazany w uchwale podmiot prowadzący PSZOK znajduje się na uprzywilejowanej pozycji, gdyż nie będzie musiał ponosić nakładów inwestycyjnych na jego uruchomienie.

7. Zmiana przez zamawiającego prawa miejscowego w trakcie realizacji zamówienia
Zamawiający zastrzegł w SIWZ prawo do zmian, w trakcie realizacji zamówienia Uchwał regulujących zasady funkcjonowania systemu gospodarki odpadami

20

komunalnymi na terenie Miasta Żory. O planowanych zmianach wykonawca zostanie powiadomiony z odpowiednim wyprzedzeniem. Obowiązkiem wykonawcy będzie dostosowanie się do wprowadzonych zmian. Szczegółowy sposób i termin wprowadzenia zmian zostanie ustalony z wykonawcą.

Zamawiający nie określił potencjalnego zakresu ani charakteru zmian jakie może wprowadzić, podczas gdy każda zamiana w zakresie np. częstotliwości odbioru odpadów będzie generować po stronie wykonawcy znaczne koszty. Przyznanie zamawiającemu przedmiotowego uprawnienia uniemożliwia wykonawcy oszacowanie ryzyka z tym związanego i uwzględnienie go w cenie oferty. Możliwość oszacowania tego ryzyka jest istotna ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, którego zgodnie z poczynionym przez zamawiającego zastrzeżeniem, wykonawca nie może żądać podwyższenia.

Wykonawca nie może ponosić ewentualnego ryzyka, którego nie może zidentyfikować i oszacować z uwagi na brak o nim informacji w dokumentacji postępowania.

8. Wymóg posiadania przez RIPOK separatorów optycznych

Zamawiający określił w SIWZ, że wskazanym jest, aby RIPOK posiadał kilka separatorów optycznych dla wydzielenia frakcji surowcowej, gwarantującej osiągnięcie wysokich poziomów odzysku wybranych frakcji odpadów komunalnych. Przedmiotowy wymóg jest nadmierny i nieuzasadniony, gdyż żadne przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie nakładają na RIPOK obowiązku posiadania separatorów optycznych. W części RIPOK wydzielenie frakcji surowcowej wykonywane jest ręcznie. Wykonawca nie ma wpływu na stosowaną przez RIPOK technologię wydzielenia frakcji surowcowej z trafiającego do RIPOK strumienia odpadów.

9. Harmonogram odbioru odpadów

W załączniku nr 4 do SIWZ oraz w § 4 ust. 2 projektu umowy dla części I zamówienia wskazano, że właściciele nieruchomości powinni otrzymać harmonogram odbierania odpadów w wersji papierowej 7 dni przed rozpoczęciem okresu, jaki obejmuje (załącznik nr 4 do SIWZ, str. 7). Dostarczenie zwłaszcza pierwszej wersji harmonogramu we wskazanym przez zamawiającego okresie jest niemożliwe, gdyż termin rozpoczęcia realizacji usług został wyznaczony na 1.10.2017 r., a termin składania ofert został wyznaczony na 23.08.2017 r.

Zamawiający wymaga, żeby na koniec dnia roboczego pojazdy były parkowane wyłącznie na terenie bazy magazynowo-transportowej wykonawcy (załącznik nr 4 do SIWZ, str. 9). Przedmiotowy wymóg nie uwzględnia sytuacji wyjątkowych takich jak np. awaria pojazdu, która wymaga zaparkowania go poza terenem bazy.

11. Niewskazanie w SIWZ szczegółowych informacji dot. pojemników.

Zamawiający załączył do SIWZ wykaz nieruchomości objętych zamówieniem, a także wykaz nieruchomości o utrudnionym dostępie, a także wykaz placików gospodarczych wraz z informacją o ilości i pojemności pojemników typu dzwon. Ani w SIWZ, ani w załącznikach do SIWZ zamawiający nie wskazał jednak liczby, rodzaju (typ frakcji) ani pojemności pojemników znajdujących się na poszczególnych nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia. Zgodnie z § 2 uchwały nr 39/XXXII/17 Rady Miasta Żory z dnia 25 maja 2017 r. w sprawie określenia sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Żory i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, zamawiający przejął obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki, tym samym zamawiający powinien posiadać odpowiednie dane w tym zakresie, które może udostępnić wykonawcy. Brak informacji dotyczących liczby, rodzaju (typ frakcji), pojemności pojemników znajdujących się na poszczególnych nieruchomościach uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty.

C. Zarzuty dotyczące projektu umowy w ramach części I oraz II zamówienia

1. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353 ¹ Kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli art. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 października 2010 r. (sygn. akt: KIO/2036/10): „Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na

podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu art. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kodeksu cywilnego, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353 ¹ Kc”.

2. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak KIO w wyroku z 18 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO/459/11): „Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy”.
3. Zamawiający w załączonych do SIWZ projektach umowy zawarł szereg postanowień,

które naruszają przepis art. 353 ¹ Kc w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:

a) Kontrola przestrzegania przez właścicieli nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów

W § 4 ust. 2 pkt 11 projektu umowy dla części nr I zamówienia, zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy monitorowanie obowiązku ciążącego na właścicielu nieruchomości w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych. W przypadku stwierdzenia podczas świadczenia usług, że właściciel nieruchomości nie wywiązuje się z obowiązku segregacji odpadów, w zakresie wynikającym z regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminie, wykonawca będzie zobowiązany do sporządzenia dokumentacji fotograficznej lub video oraz protokołu z zaistnienia takiego zdarzenia. Z dokumentacji musi jednoznacznie wynikać jakiej dotyczy nieruchomości, w jakim dniu i o której godzinie doszło do ustalenia ww. zdarzenia. Ponadto wykonawca zobowiązany jest do pozostawienia ostrzeżenia właścicielowi nieruchomości w formie opaski ostrzegawczej, w miejscu np. na przymocowanej widocznym pojemniku, informującej o wystąpieniu nieprawidłowości. Nadruk na opasce: „Stwierdza się niedopełnienie obowiązku segregacji odpadów. Może to skutkować nałożeniem podwyższonej opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi”.

Formułując przedmiotowy obowiązek po stronie wykonawcy, zamawiający nie wskazał jakie działania będzie podejmował w celu zdyscyplinowania właścicieli

23

nieruchomości do przestrzegania obowiązku segregowania odpadów w przypadku stwierdzenia przez wykonawcę braku realizacji tego obowiązku oraz jakie ryzyko w tym zakresie wykonawca powinien uwzględnić w złożonej ofercie. Nieprzestrzeganie przez właścicieli nieruchomości obowiązku segregowania odpadów wpływa natomiast zarówno na koszty realizacji przedmiotu zamówienia jak i na osiągnięcie przez wykonawcę wymaganych poziomów recyklingu. Brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy ocenę związanego z tym ryzyka i uwzględnienie go w cenie oferty.

b) Kara umowna za „nienależyte wykonanie umowy w ramach części nr II zamówienia

W § 10 ust. 1 pkt 2 projektu umowy dla części nr II zamówienia zamawiający przewidział, że wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 500,00 zł w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania przedmiotu umowy, określonego w § 3 umowy.

Formułując przedmiotowe postanowienie zamawiający nie określił jednak jakie sytuacje będzie uznawał za „nienależyte wykonanie przedmiotu umowy”. Posłużenie się takim ogólnym sformułowaniem powoduje, że na etapie realizacji zamówienia różne stany faktyczne będą mogły być dowolnie interpretowane i oceniane jako należyte lub nienależyte wykonanie umowy.

Ponadto, sformułowanie „nienależyte wykonanie przedmiotu umowy” wypełnia dyspozycję każdego z pozostałych naruszeń za które zostały przewidziane kary umowne w § 10 wzoru umowy. Zamawiający będzie zatem mógł dwukrotnie naliczyć karę umowną za to samo naruszenie, którego dopuścił się wykonawca – raz za konkretne naruszenie przewidziane w innych postanowieniach § 10 ust. 1, drugi raz w ramach ogólnego sformułowania „nienależyte wykonanie umowy” – § 10 ust. 1 pkt 2 projektu umowy.

Takie ukształtowanie postanowień umowy w zakresie kar pozostaje w sprzeczności z ideą kar umownych, które w założeniu mają stanowić narzędzie dyscyplinujące wykonawcę i mobilizujące go do należytego wykonania umowy, a nie dodatkowe źródło dochodu dla zamawiającego.

c) Kara umowna za nierzetelne sprawozdanie (§ 10 ust. 1 pkt 4 projektu umowy dla części nr II zamówienia)

W § 10 ust. 1 pkt 4 projektu umowy dla części nr II zamówienia zamawiający przewidział, że wykonawca zapłaci karę umowną w przypadku przekazania nierzetelnego sprawozdania, o którym mowa w § 3 ust. 5 pkt 2 umowy w wysokości 5000 zł.

Również przedmiotowa kara jest rażąco wygórowana, zwłaszcza jeżeli uwzględnić, że zamawiający nie doprecyzował jakiego rodzaju nieścisłości lub nieprawidłowości występujące w sprawozdaniu spowodują, że zostaną one uznane za nierzetelne. Brak dookreślenia tej kwestii powoduje, że za nierzetelne mogą zostać uznane sprawozdania, w których doszło do omyłki rachunkowej, która została następnie poprawiona przez wykonawcę. Ponadto z żadnego z postanowień umowy nie wynika, że zamawiający musi uzasadnić z jakiego powodu uznał dane sprawozdanie za nierzetelne.

d) Niezapewnienie odpowiednich poziomów recyklingu

Nalożenie na wykonawcę kary umownej w wysokości stanowiącej iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w tonach, w odniesieniu do całego strumienia odpadów powstających w danej gminie nie znajduje uzasadnienia oraz pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. Wykonawca powinien ponosić odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu jedynie w odniesieniu do strumienia odpadów, który odbiera, gdyż tylko w zakresie tych odpadów jest w stanie podjąć działania zmierzające do osiągnięcia wymaganych poziomów.

Do wyliczenia poziomów recyklingu, które zobowiązany jest osiągnąć zamawiający – gmina przyjmowane są nie tylko opady pochodzące ze strumienia odbieranego przez wykonawcę, ale również opady pochodzące z innych źródeł, na które wykonawca nie ma wpływu, a które znacznie obniżają ilość odbieranego „surowca” przez wykonawcę. Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Środowiska wyrażonym w piśmie z 24.11.2016 r. do wyliczenia poziomów recyklingu uwzględniane są m.in. surowce pochodzące z równego rodzaju akcji w szkołach albo pochodzące z punktów skupu. Odpady zebrane w ramach akcji oraz w punkcie skupu stanowią najczystszy rodzaj surowca, który zostaje wyłączony ze strumienia odbieranego przez wykonawcę, co powoduje, że musi on podjąć dużo więcej środków w celu uzyskania odpowiedniego poziomu recyklingu.

Przewidując kary umowne za niedotrzymanie poziomów recyklingu zamawiający *de facto* przerzucił na wykonawcę pełną odpowiedzialność za realizację zadań, które zostały przypisane gminie (zamawiającemu). Przy czym wykonawca ponosi nie tylko ryzyko finansowe nieosiągnięcia poziomów recyklingu, ale również ryzyko związane z możliwością wykreślenia wykonawcy z rejestru działalności regulowanej w danej gminie. Zgodnie bowiem z art. 9j ust. 2 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach (Dz.U. z 2016 r. poz. 250) nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu skutkuje wykreśleniem przedsiębiorcy odbierającego odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości z rejestru działalności regulowanej, w sytuacji gdy w kolejnym roku kalendarzowym wykonawca nie osiągnął poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3b ust. 2 i art. 3c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wykreślenie z rejestru jest równoznaczne z brakiem możliwości prowadzenia przez wykonawcę działalności na terenie danej gminy.

e) Brak ograniczenia wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia

W § 11 projektu umowy na część I zamówienia oraz w § 10 projektu umowy na część II zamówienia zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia. Z uwagi na bark przedmiotowego ograniczenia oraz

wątpliwości, co do tego, w jaki sposób i w jakich okolicznościach zamawiający będzie naliczał poszczególne kary umowne należy zauważyć, że wykonawcy będą zmuszeni ponosić bardzo duże niemożliwe do oszacowania na etapie złożenia oferty ryzyko związane z realizacją zamówienia.

f) Zarzut braku procedury reklamacyjnej

Zarówno w projekcie umowy dla części I jak i w projekcie umowy dla części II zamówienia nie przewidziano procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia kary umownej.

Zamawiający w odniesieniu do części I w pkt 7 (str. 5) załącznika nr 4 do SIWZ wskazał, co prawda, że wykonawca zobowiązany jest do przyjmowania i wyjaśniania skarg oraz reklamacji zamawiającego, a w sytuacji uznania pojedynczego zgłoszenia za „zasadne” do odebrania odpadów w następnym dniu roboczym, z kolei w przypadku uznania go za „niezasadne” do poinformowania o tym fakcie zamawiającego, nie określił jednak czy procedura ta będzie miała każdorazowo zastosowanie przed naliczeniem kar umownych oraz czy w przypadku gdy wykonawca niezwłocznie dokona odbioru również zostanie na niego nałożona kara umowna. Wykonawca powinien mieć możliwość usunięcia ewentualnych uchybień w wykonaniu umowy przed nałożeniem na niego kary umownej przez

26

wprowadzenie postanowienia zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Kary umowne powinny przysługiwać zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 20 marca 1968 r. (sygn. Akt N CR 419/67): „[...] jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się”.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 25.07.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 25.07.2017 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

28.07.2017 r. wykonawca E. M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna, (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 3.08.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie i związanego z tą odpowiedzią pisma zamawiającego oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

27

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości

poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez zamawiającego pismo P. K. z K. (RIPOK) 24.07.2017 r. na wykazanie, że są ustalane stawki zagospodarowania odpadów zmieszanych oraz odpadów zielonych umożliwiających kalkulacje w ofercie na 4 lata.

W ocenie Izby zarzut pkt 2 lit. b odwołania naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez dokonanie OPZ w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim w SIWZ oraz w załączniku nr 4 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w zakresie w jakim w § 7 ust. 5 projektu umowy dla części I zamówienia i w § 8 ust. 5 projektu umowy dla części II zamówienia oraz w ust. 13 pkt 2 SIWZ zamawiający wskazuje, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową, jest ona stała i niezmienna, a wykonawca nie będzie żądać podwyższenia wynagrodzenia, gdyż obejmuje ono wszystkie koszty wykonania przedmiotu umowy, nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów usługi – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający przewidział ryczałtowy sposób rozliczenia zamówienia i wykonawca nie będzie żądać podwyższenia ceny ofertowej, która stanie się ceną wykonania przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów wykonania usługi. Jest to właśnie reguła ryczałtowego regulowania kosztów umowy.

Zgodnie z art. 632 Kc »Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający, ustalając wynagrodzenie ryczałtowe, wyrażnie lub w sposób

28

dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie się domagał zapłaty wynagrodzenia wyższego. Przyjmujący zamówienie nie może bowiem żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. [...] Wykonawca może się domagać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie z zamawiającym, jeżeli wykonanie groziłoby mu rażącą stratą. Nie musi to być jednak strata, która zachwiałaby jego kondycję finansową czy groziłaby upadłością (por. wyr. SN z 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06, Rzeczp. 2006, Nr 289, sF5) « (s. 421 i 422 „Kodeks cywilny Komentarz” pod redakcją Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2011 r.).

Izba musi podkreślić, że to w gestii zamawiającego leży wybór sposobu regulowania kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał naruszenia jakichkolwiek przepisów przez wskazanie w SIWZ (a szczególnie we wzorach umów), że umowy będą rozliczane ryczałtowo i ich ceny nie będą podlegały zmianom mimo wystąpienia okoliczności, które nie były przewidywane w chwili zawierania umowy. Dlatego wykonawcy powinni tak skalkulować cenę, aby skompensować wystąpienie wszelkich ryzyk, a w tym zmianę opłat za usługę RIPOK.

Aby możliwie dać największą liczbę informacji koniecznych do właściwego skalkulowania ryczałtowej ceny za wykonanie całego zamówienia, zamawiający m.in. szczegółowo przedstawił dane dotyczące ilości zebranych odpadów komunalnych w okresie ostatniego półtora roku (załącznik nr 4 do SIWZ).

Ponadto zamawiający przedstawił dowód nr 1 pismo właściciela RIPOK w pobliskim Knurowie pokazujące stawki opłat przyjęcia odpadów do tego RIPOK na lata 2018-20. Wynika z tego, że odwołujący nie wykonał nawet takiego rozeznania lokalnych uwarunkowań

na najbliższe lata, co jak się okazuje jest osiągalne. Odwołujący także nie wykazał, że nie jest możliwe uzyskanie informacji na dalsze lata, a szczególnie na rok 2021, czyli czwarty i ostatni rok wykonania przedmiotowego zamówienia.

W związku z tym, że odwołujący nie wykazał naruszenia jakichkolwiek przepisów przez zastosowanie przez zamawiającego ryczałtowej formy rozliczenia umowy Izba nie może przychylić się do zarzutu pkt 2 lit. b naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby zarzut pkt 2 lit. c odwołania dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie OPZ w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim w SIWZ oraz w załączniku nr 4 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim w ramach części nr II zamówienia wykonawca zobowiązany jest zorganizować, prowadzić i

29

utworzyć Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej PSZOK) na terenie Miasta Żory od 1.10.2017 r. (część 2 załącznik nr 4 do SIWZ) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający przesunął termin rozpoczęcia świadczenia usługi na 1.11.2017 r. co może dać wykonawcy znacznie dłuższy czas na przygotowanie się do świadczenia usługi, a w tym porozumienie czy nawet zawarcie umowy przedwstępnej z odpowiednimi podmiotami gospodarczymi w celu przygotowania się do realizacji świadczenia, a w tym do organizacji PSZOK.

Ze względu na zadeklarowane przez zamawiającego nie branie udziału w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym dotychczasowego podmiotu zawiadującym PSZOK – zorganizowanie i zbudowanie nowego PSZOK będzie zależało od indywidualnej przedsiębiorczości wykonawców. Wykonawcy mogą jeszcze na etapie przygotowania do opracowania i złożenia ofert dokonać rozeznania warunków lokalnych, a nawet pozawierać umowy przedwstępne. To od indywidualnej inicjatywy wykonawców będzie zależało złożenie konkretnej oferty i nie ma jakiegoś przepisu prawa, na którego podstawie można byłoby nakazać zamawiającemu, aby to zamawiający wymógł na niezależnych podmiotach (np. Zakłady Techniki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach) jakieś zachowania.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pkt 2 lit. c odwołania.

W ocenie Izby zarzut pkt 2 lit. e odwołania dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez dokonanie OPZ w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim w SIWZ oraz w załączniku nr 4 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim zamawiający określił, że wskazanym jest, aby RIPOK posiadał kilka separatorów optycznych dla wydzielenia frakcji surowcowej, gwarantującej osiągnięcie wysokich poziomów odzysku wybranych frakcji odpadów komunalnych (str. 4 SIWZ) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający nie postawił warunku konieczności posiadania przez RIPOK separatorów optycznych dla wydzielenia frakcji surowcowej. Zawarte w SIWZ określenie »wskazanym jest« powinno być rozumiane jako ukierunkowanie posiadania przez RIPOK separatora, ale w przypadku zapewnienia przez wykonawcę osiągnięcia wysokich poziomów recyklingu innymi metodami – np. nakładem pracy żywej – nie będzie to stanowiło podstawy do wykluczenia wykonawcy.

W związku z tym zarzut niezasadnego bezwzględnego wymagania posiadania separatorów optycznych przez RIPOK nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

30

W ocenie Izby zarzut pkt 2 lit. h odwołania dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez dokonanie OPZ w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego

traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie w jakim w SIWZ oraz w załączniku nr 4 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim zamawiający nie wskazał w SIWZ ani w załącznikach do SIWZ liczby, rodzaju (typ frakcji) ani pojemności pojemników znajdujących się na poszczególnych nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wskazał w zał. 4 pkt 14 i zał. 3 do OPZ (dyskietka) gdzie znajdują się pojemniki »małe« bądź »duże«. Są to pojemniki wskazanego w SIWZ producenta o dwóch pojemnościach 1,5 m³ i 2,5 m³, a więc wykonawcy będą mogli uzyskać informację o rodzajach odpadów oraz o konkretnych rodzajach i liczbach pojemników stosowanych na terenie Żor.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu pkt 2 lit. h odwołania.

W ocenie Izby zarzut pkt 3 lit. a odwołania dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp – przez sporządzenie projektu umowy w ramach części I i II zamówienia, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim w § 4 ust. 2 pkt 11 projektu umowy dla części nr I zamówienia zamawiający nie wskazał jakie działania będzie podejmować w celu zdyscyplinowania właścicieli nieruchomości do przestrzegania obowiązku segregowania odpadów w przypadku stwierdzenia przez wykonawcę braku realizacji tego obowiązku przez mieszkańców oraz jakie ryzyko w tym zakresie wykonawca powinien uwzględnić w złożonej ofercie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z ogólnie obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zamawiający zadeklarował nadzorowanie gospodarowania odpadami komunalnymi w odniesieniu do właścicieli nieruchomości. Ponadto zamawiający będzie się stosować do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz. U. z 2017 r. poz. 19), co jest obowiązkowe dla wszystkich gmin w Polsce. Wreszcie zamawiający stwierdził, że będzie egzekwować kary w trybie art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Są to jednak aktywności, które mają obowiązek wykonywać wszystkie gminy w Polsce. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający – zgodnie z przepisami – powinien być

31

zobowiązany do zadeklarowania jeszcze jakiś innych działań dyscyplinujących mieszkańców do właściwego i rzetelnego segregowania odpadów.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pkt 3 lit. a odwołania.

W ocenie Izby zarzut pkt 3 lit. b odwołania dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp – przez sporządzenie projektu umowy w ramach części I i II zamówienia, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim w § 10 ust. 1 pkt 2 projektu umowy dla części nr II zamówienia zamawiający przewidział, że wykonawca zapłaci rażąco wygórowaną karę umowną w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania przedmiotu umowy, określonego w § 3 projektu umowy bez jednoczesnego dookreślenia jakie sytuacje zostaną uznane przez zamawiającego za »nienależyte wykonanie umowy« – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, iż użycie wyrazu »nienależyte« bez bliższego doprecyzowania odnośnie nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, co będzie skutkować nałożeniem na wykonawcę kar umownych, narusza jakieś przepisy. W takim przypadku wykonawca może uwzględnić w cenie ofertowej ryzyko nałożenia na wykonawcę kar umownych, nawet dosyć wysokich, bez możliwości wszczynania jakichkolwiek procedur reklamacyjnych. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że w przypadku gdy kara umowna jest rażąco wygórowana – wykonawca może żądać zmniejszenia tej kary, co wynika wprost z art. 484 Kc.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pkt 3 lit. b odwołania.

W ocenie Izby zarzut pkt 3 lit. f odwołania dotyczący naruszenia art. 353¹ Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp – przez sporządzenie projektu umowy w

ramach części I i II zamówienia, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim w § 11 projektu umowy na część I zamówienia oraz w § 10 projektu umowy na część II zamówienia zamawiający nie przewidział procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń, co do zasadności nałożenia na wykonawcę kary umownej i niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył jakikolwiek przepis nie ustanawiający procedury reklamacyjnej, która miałaby zastosowanie przed nałożeniem kar umownych na wykonawcę.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu pkt 3 lit. f odwołania.

32

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

33