

WYROK
z dnia 3 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2020 r. przez wykonawcę **REMONDIS Bydgoszcz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Inwalidów 45, 85749 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85102 Bydgoszcz**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **REMONDIS Bydgoszcz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Inwalidów 45, 85749 Bydgoszcz** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **REMONDIS Bydgoszcz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Inwalidów 45, 85749 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od odwołującego **REMONDIS Bydgoszcz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Inwalidów 45, 85749 Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego **Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85102 Bydgoszcz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Bydgoszcz, ul. Grudziądzka 9-15, Bydgoszcz wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, mieszanych i niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszcz, w sektorze IV w okresie od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2023 r.«.

23.09.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 185-446960.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

05.10.2020 r. wykonawca Remondis Bydgoszcz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Inwalidów 45, 85-749 Bydgoszcz (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej „SIWZ”).

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie:

a) braku wskazania przez zamawiającego minimalnej ilości odbieranych odpadów, w szczególności w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych, gdzie zamawiający z uwagi na brzmienie art. 6c ust. 2c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. dobrowolność przystąpienia tych nieruchomości do gminnego systemu odbioru odpadów) zastrzegł w SIWZ brak po stronie wykonawcy jakichkolwiek roszczeń związanych z ograniczeniem ilości obsługiwanych nieruchomości lub obniżenia wielkości strumienia odpadów, a jednocześnie zamawiający żąda w SIWZ poniesienia przez wykonawcę przed rozpoczęciem realizacji usługi kosztów prac przygotowawczych (m.in. sprzętowych i organizacyjnych) związanych także z obsługą nieruchomości niezamieszkałych, które to koszty mogą zostać niepokryte przez zamawiającego wobec ustalenia wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o ryczałtową cenę jednostkową brutto za 1 Mg odbieranych odpadów i ilość faktycznie odebranych odpadów w trakcie realizacji umowy,

b) braku wskazania przez zamawiającego minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia, przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawcy w pkt VI.25 i 26 OPZ do ustalenia przez wykonawcę wielkości pojemników, które mają być dostarczone właścicielom nieruchomości,

c) braku określenia maksymalnej liczby inwentaryzacji, o której mowa w pkt VI.35 OPZ:

– taki opis przedmiotu zamówienia jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z nieoszacowaniem przez zamawiającego ilości odpadów do odbioru, w szczególności z nieruchomości niezamieszkałych, a także koniecznych do realizacji zamówienia pojemników i worków na odpady, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i charakteru przyjętego modelu wynagrodzenia (brak osobnej ceny za podstawienie pojemników lub dostarczenie worków i konieczność skalkulowania wszystkich kosztów i ryzyka w łącznej cenie za odbiór odpadów danej frakcji), ograniczonej możliwości zmiany umowy oraz licznych i wysokich kar umownych za niedochowanie wymogów SIWZ, co stanowi o naruszeniu art. 353(1) Kc w zw. z art. 14 Pzp, – taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert i braku proporcjonalności i przejrzystości, a więc narusza także art. 7 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ przez:

- 1) wskazanie w SIWZ informacji na temat liczby nieruchomości niezamieszkałych, które na mocy art. 6c ust. 2c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przystąpiły do systemu odbioru odpadów komunalnych zorganizowanego przez Miasto Bydgoszcz, z jednoczesną zmianą w § 16 wzoru umowy w taki sposób, aby wykonawca miał zapewnioną możliwość zmiany wynagrodzenia w sytuacji zwiększenia się liczby nieruchomości niezamieszkałych przystępujących do systemu odbioru odpadów w trakcie realizacji umowy lub
 - 2) zmianę SIWZ przez wyłączenie z przedmiotu zamówienia nieruchomości niezamieszkałych, lub
 - 3) zmianę SIWZ przez podanie w SIWZ minimalnej, gwarantowanej ilości odpadów odbieranych w ramach wykonania zamówienia, łącznie z nieruchomościami niezamieszkałymi oraz jednocześnie,
 - 4) mając na względzie powyższe, stosowną zmianę SIWZ w zakresie wymagań sprzętowych, organizacyjnych i technicznych, adekwatnie do poprawnie określonej przez zamawiającego wielkości strumienia odbieranych odpadów uwzględniających także objęte systemem nieruchomości niezamieszkałe;
 - 5) wskazanie w SIWZ informacji na temat liczby pojemników do zbierania odpadów komunalnych, ich wielkości, rodzaju i przeznaczenia na poszczególnych nieruchomościach, także niezamieszkałych (chyba że zamawiający wyłączy z przedmiotu zamówienia nieruchomości niezamieszkałe), których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia, oraz częstotliwości opróżnień;
 - 6) wskazanie w SIWZ maksymalnej liczby inwentaryzacji, o której mowa w pkt VI.35 OPZ.
- Żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Argumentacja odwołującego

Przedmiotem zamówienia jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, mieszanych i niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy, w sektorze IV w okresie od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2023 r. w zakresie i na warunkach określonych w SIWZ z załącznikami oraz załącznikach wymienionych w pkt III.1 Instrukcji dla wykonawców (dalej IDW) Zał. Nr 4 – Charakterystyka sektora pod kątem typu nieruchomości:

Zamawiający w Zał. Nr 4 podał:

Nieruchomość mieszkalna – 2177, niemieszkalna – 992, mieszana – 695.

Zał. nr 7 – Prognozowana ilość odpadów do odbioru i transportu.

W tabelarycznym zestawieniu zamawiający określił kody odpadów objętych przedmiotem zamówienia oraz prognozowaną ilość tych odpadów w Mg w poszczególnych latach świadczenia usługi (2021, 2022, 2023). Pod tym zestawieniem zamawiający zastrzegł jednak, że:

»Z związku z objęciem zakresem zamówienia świadczenie usług na rzecz właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, oraz brzmieniem art. 6c ust. 2c ustawy o czystości i porządku w gminach (dalej ucpg), kreującym dobrowolność przystąpienia ww. kategorii podmiotów do systemu odbioru odpadów komunalnych zorganizowanego przez Miasto Bydgoszcz, zamawiający informuje, że ww. dane ilościowe mogą ulec zmianie również ze względu na wystąpienie ww. zjawiska. Powyższe nie rodzi po stronie wykonawcy, jakichkolwiek roszczeń, w szczególności o zapewnienie obsługi nieruchomości niezamieszkałych czy też roszczenia odszkodowawczego, w tym ze względu na ograniczenie ilości obsługiwanych nieruchomości lub obniżenia wielkości strumienia odbieranych odpadów«.

Zał. Nr 8 – Ilość i rodzaj pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych

W tabelarycznym zestawieniu zamawiający określił 12 rodzajów pojemników na odpady zmieszane, papier, tworzywa sztuczne, szkło i biodegradowalne objętych przedmiotem zamówienia oraz ilość tych pojemników na podstawie inwentaryzacji. W dokumencie tym zamawiający zastrzegł jednak, że:

nad zestawieniem:

»Informacje zamieszczone w poniższym zestawieniu nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu przedmiotu zamówienia. Mogą one jedynie zostać wykorzystane przy opracowaniu oferty, którą wykonawcy złożą w ramach prowadzonego postępowania zamówienia z wolnej ręki na „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy”.

pod zestawieniem:

»Z związku z objęciem zakresem zamówienia świadczenie usług na rzecz właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, oraz brzmieniem art. 6c ust. 2c ucpg, kreującym dobrowolność przystąpienia ww. kategorii podmiotów do systemu odbioru odpadów komunalnych zorganizowanego przez Miasto Bydgoszcz, zamawiający informuje, że ww. dane ilościowe mogą ulec zmianie również ze względu na wystąpienie ww. zjawiska. Powyższe nie rodzi po stronie wykonawcy, jakichkolwiek roszczeń, w szczególności o zapewnienie obsługi nieruchomości niezamieszkałych czy też roszczenia odszkodowawczego, w tym ze względu na ograniczenie ilości obsługiwanych nieruchomości lub obniżenia wielkości strumienia odbieranych odpadów«.

Takie zastrzeżenia zamawiający powtórzył w pkt IV OPZ przy szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

Wykonawca zgodnie z OPZ zobowiązany jest w ramach tzw. prac przygotowawczych przed rozpoczęciem realizacji usługi odbioru i transportu odpadów (14 dni od zawarcia umowy):

- a) zapewnić wymaganą flotę pojazdów niezbędnych do realizacji usług odbioru i transportu odpadów, wyposażonych w wymagane przez zamawiającego urządzenia (w tym rejestratory zdjęć) i posiadających wymaganą normę emisji spalin,
- b) zapewnić bazę magazynowo-transportową spełniającą wymagania postawione przez zamawiającego,
- c) sporządzić prawidłowe harmonogramy, o których mowa w Rozdziale V ust. 1 OPZ,
- d) zapewnić prawidłowo działający system informatyczny do wymiany danych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą (w zakresie, w jakim realizacja tego obowiązku obciąża wykonawcę),
- e) dostarczyć zamawiającemu dane dostępu lub oprogramowania, umożliwiającego zalogowanie do systemu RFID oraz systemu rejestracji zdjęć wykonawcy przez sieć Internet,
- f) zapewnić kompletu wymaganych pojemników, wyposażonych w transpondery oraz odpowiednie oznaczenia (naklejki),
- g) zapewnić komplet wymaganych worków na przeprowadzenie pierwszego wyposażenia właścicieli nieruchomości w worki,
- h) zatrudnić odpowiednią liczbę osób niezbędnych do właściwej realizacji usługi w tym w wymaganym zakresie na podstawie umowy o pracę.

Zgodnie z pkt VI OPZ „Obowiązki wykonawcy w zakresie dostarczenia pojemników, kontenerów i worków przeznaczonych do gromadzenia odpadów”:

»25. Wielkość pojemników na zmieszane odpady komunalne dostarczanych właścicielom nieruchomości

zamieszkałych ustali wykonawca, na podstawie deklarowanej ilości osób zamieszkujących na terenie nieruchomości i normatywu dotyczącego minimalnej pojemności pojemników w przeliczeniu na jednego mieszkańca, przy częstotliwości wywozu jeden raz w tygodniu, ustalonego w Regulaminie.

Pojemność i liczba pojemników oraz worków do zbierania odpadów poszczególnych frakcji z danej nieruchomości zamieszkałej powinna pozwalać na zbieranie całości strumienia każdej z tych frakcji odpadów powstających na tej nieruchomości i zbieranej w pojemnikach tak, by nie dochodziło do ich przepełnienia.

W uzasadnionych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych przypadkach, na wniosek zamawiającego, wykonawca wyposaży nieruchomości w pojemnik na zmieszane odpady w większy lub mniejszy niż to wynika z zastosowania ww. algorytmu określania wielkości pojemnika.

Prognozowana ilość pojemników potrzebnych do gromadzenia odpadów komunalnych, z podziałem na sektory i asortyment przedstawiona jest w załączniku nr 8 (pod nazwą: Ilość i rodzaj pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych) opisu przedmiotu zamówienia.

26. Wielkość pojemników na zmieszane odpady komunalne dostarczanych właścicielom nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych ustali wykonawca, na podstawie deklarowanej ilości i pojemności pojemników na zmieszane odpady oraz częstotliwości ich odbioru zgłoszonej w deklaracji składanej w siedzibie zamawiającego i na podstawie deklarowanej ilości osób zamieszkujących na terenie nieruchomości i normatywu dotyczącego minimalnej pojemności pojemników w przeliczeniu na jednego mieszkańca, przy częstotliwości wywozu jeden raz w tygodniu, ustalonego w Regulaminie.

Pojemność i liczba pojemników do gromadzenia odpadów selektywnie zbieranych z danej nieruchomości niezamieszkałej powinna pozwalać na zbieranie całości strumienia każdej z frakcji pozostałych odpadów selektywnie zbieranych powstających na tej nieruchomości i zbieranej w pojemnikach tak, by nie dochodziło do ich przepełnienia. Ilości i pojemność pojemników i częstotliwość ich odbioru powinna wynikać ze zgłoszenia właściciela nieruchomości niezamieszkałej.

Prognozowana ilość pojemników potrzebnych do gromadzenia odpadów komunalnych, z podziałem na sektory i asortyment przedstawiona jest w załączniku nr 8 (pod nazwą: Ilość i rodzaj pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych) opisu niniejszego przedmiotu zamówienia.

35. Wykonawca zobowiązany jest do zinventaryzowania PW (PW wg słowniczka OPZ – to punkt wywozowy, tj. miejsce gromadzenia odpadów, w którym wykonawca zobowiązany jest umieścić pojemniki i worki na odpady komunalne w celu ich odbioru przez wykonawcę) i wprowadzenia wyników inwentaryzacji do własnego systemu RFID oraz umożliwienie ich pobrania do systemu RFID zamawiającego.

Inwentaryzacja powinna zawierać ID klienta, nazwę PW, adres PW, ilość i pojemność pojemników lub worków do gromadzenia poszczególnych frakcji odpadów wraz z częstotliwością ich odbioru oraz typ nieruchomości (zgodnie z danymi przekazanymi przez zamawiającego). W inwentaryzacji powinny zostać uwzględnione wszystkie pojemniki, worki, kontenery, dzwony, prasokontenery oraz pojemniki podziemne i półpodziemne, z których realizowana jest usługa odbioru odpadów komunalnych. W przypadku inwentaryzowania worków do gromadzenia odpadów selektywnie zbieranych należy przyjąć ilość worków dla danego PW równą 1, zaś w przypadku worków do gromadzenia zmieszanych odpadów komunalnych oraz bioodpadów należy przyjąć pojemność pojemnika zgłoszonego w deklaracji dla danej nieruchomości niezamieszkałej.

Inwentaryzacja jest obowiązkiem wykonawcy i będzie przeprowadzana co najmniej 2 razy w okresie realizacji przedmiotu zamówienia w terminach uzgodnionych pisemnie z zamawiającym, nie przekraczających 3 miesięcy liczonych od dnia jej zlecenia przez zamawiającego.

W pkt IX OPZ zamawiający opisał wymagany potencjał techniczny, niezbędny do wykonania zamówienia:

»1. Baza transportowomagazynowa zgodna z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122), wyposażona w zalegalizowaną wagę najazdową.

2. Pojazdy – wykonawca powinien dysponować:

1)co najmniej pięcioma pojazdami bezpylnymi ciężarowymi typu śmieciarka przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych;

2)co najmniej pięcioma pojazdami bezpylnymi ciężarowymi typu śmieciarka pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych;

3)co najmniej jednym pojazdem ciężarowym z urządzeniem HDS o udźwigu min. 1t przy max wysięgu i min. długości wysięgnika 5m;

4)co najmniej jednym pojazdem ciężarowym z urządzeniem hakowym przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych z kontenerów o pojemnościach zgodnych z prawem miejscowym;

5)co najmniej jednym Pojazdem przystosowanym do mycia pojemników;

6)co najmniej jednym pojazdem przystosowanym do odbioru przeterminowanych leków.

Wszystkie pojazdy bezpylne, o zabudowie bębnowej, hakowce i kontenerowce z HDS winny spełniać wymogi normy emisji spalin nie niższą niż EUR05, zgodnie z treścią Rozporządzenia (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r.«.

Zgodnie z pkt XII ust. 1 IDW Opis sposobu obliczenia ceny – cenę należy obliczyć w sposób uwzględniający m.in. (...):

»1)wykonanie wszelkich zobowiązań wynikających z SIWZ i załączników do SIWZ;

2)formę wynagrodzenia kosztorysowego, ustalonego na podstawie ryczałtowych cen jednostkowych zawartych w ofercie wykonawcy oraz ilości ton (Mg) odpadów komunalnych odebranych i dostarczonych w trakcie obowiązywania umowy do instalacji wskazanej przez zamawiającego RIPOK;

3)układ i sposób obliczenia ceny podany w formularzu oferty i załączniku do oferty dot. sektora IV w celu uzyskania od wykonawców ofert w formie umożliwiającej ich porównanie, ceny jednostkowe brutto obliczone w sposób uwzględniający wszelkie nakłady niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ z załącznikami należy wprowadzić do załącznika do oferty i postępując zgodnie z zawartymi tam wskazaniem, wyliczyć cenę ofertowa na sektor IV w całym okresie realizacji zamówienia i kwotę tę przenieść do formularza oferty«.

Zgodnie z załącznikiem do oferty należy podać 8 cen jednostkowych brutto za 1 Mg danego rodzaju odpadu. Cena ofertowa brutto za okres od 01.01.2021 do 31.12.2023 r. jest wynikiem mnożenia cen jednostkowych brutto i prognozowanej ilości odpadów do odbioru.

Tak dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 29 Pzp. Zamawiający

bowiem nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

I. Kwestia nieruchomości niezamieszkałych

Zgodnie z charakterystyką sektora IV (OPZ Załącznik nr 4) nieruchomości niezamieszkałych jest 992, zamieszkałych – 2.177, a mieszanych – 695. Brak jakichkolwiek bardziej szczegółowych informacji na temat tych nieruchomości.

Zgodnie z art. 6c ust. 2c ucpg przystąpienie właściciela nieruchomości, na której nie zamieszkują mieszkańcy, do zorganizowanego przez gminę systemu gospodarowania odpadami komunalnymi jest dobrowolne i następuje na podstawie zgody właściciela nieruchomości wyrażonej w formie pisemnej.

W związku z powyższym dobrowolność przystąpienia właścicieli nieruchomości niezamieszkałych do systemu zorganizowanego przez Miasto Bydgoszcz ma bardzo duży wpływ na wartość zamówienia, biorąc pod uwagę podaną liczbę nieruchomości niezamieszkałych w odniesieniu do pozostałych nieruchomości (zamieszkałych i mieszanych) – szacunkowo ok. 26%. Tymczasem ryzyko poniesienia ewentualnych strat z tego tytułu zostało przerzucone przez zamawiającego w całości na wykonawcę, bez możliwości dochodzenia jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych. Zamawiający podaje jedynie prognozy dotyczące ilości odpadów, zastrzegając jednocześnie możliwość wpływu „zjawiska” z art. 6c ust. 2c ucpg na ilość odpadów do odbioru („ograniczenie ilości obsługiwanych nieruchomości lub obniżenia wielkości strumienia odbieranych odpadów”).

Przepis art. 6c ust. 2c ucpg został dodany ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw i wszedł w życie 6 września 2019 r. Zamawiający przed zorganizowaniem przetargu mógł i powinien zebrać pisemne oświadczenia właścicieli nieruchomości niezamieszkałych o przystąpieniu do gminnego systemu gospodarowania odpadami, aby prawidłowo opisać przedmiot zamówienia.

Wykonawca musi bowiem mieć pewność co do tego, w jakim zakresie zostanie mu zlecona usługa. Wykonawca musi bowiem skalkulować koszty odbioru odpadów także z nieruchomości niezamieszkałych w całym okresie realizacji zamówienia (3 lata) w cenie jednostkowej brutto podanej w ofercie za 1 Mg poszczególnych rodzajów odpadów (8 rodzajów) do odbioru. Ceny jednostkowe za 1 Mg odpadów do odbioru muszą przy tym objąć wszystkie koszty realizacji usługi, związane w szczególności z opisanymi wyżej pracami przygotowawczymi, w tym zorganizowaniem przez wykonawcę przed rozpoczęciem realizacji usług wymaganego potencjału technicznego, przede wszystkim:

–14 pojazdów o emisji spalin nie mniejszej niż EURO 5 do obsługi sektora IV (Rozdziale V ust. 2 pkt 3c IDW),

–podstawienie pojemników i dostarczenie worków na odpady także na nieruchomościach niezamieszkałych.

Wykonawca nie ma możliwości skalkulowania tych kosztów w cenie, gdyż nie ma zagwarantowanego choćby minimalnego zakresu przedmiotu zamówienia, który mu zostanie udzielony, w szczególności w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych.

Przewidziane w SIWZ regulacje dotyczące nieruchomości niezamieszkałych wpływają na niepewność wykonawcy co do zakresu zleconych prac i tym samym nie są wystarczające do skalkulowania przez wykonawcę w cenie jednostkowej za 1 Mg odbieranych odpadów kosztów gotowości do świadczenia tych usług, ponieważ brak jest możliwości odniesienia tych kosztów do realnego zakresu zamówienia w przyszłości. Skala tej niepewności jest ogromna, co odwołujący obrazuje w załącznikach do odwołania – zestawieniach kosztów, które muszą być poniesione przez wykonawcę w związku z wykonaniem zamówienia i w konsekwencji wycenione w cenie jednostkowej za 1 Mg odbieranych odpadów.

W szczególności wykonawca musi ponieść przed przystąpieniem do realizacji usług koszty zatrudnienia na umowę o pracę odpowiedniej liczby osób, dysponowania odpowiednią liczbą pojazdów wyposażonych w wymagane przez zamawiającego systemy, odpowiednią liczbą pojemników wraz chipami i naklejkami. Koszty te wykonawca musi ponieść niezależnie od tego, czy w ogóle będzie odbierał jakiegokolwiek odpady z nieruchomości niezamieszkałych. Zamawiający bowiem sformułował wymagania, m.in. sprzętowe, przy założeniu odbioru odpadów ze wszystkich nieruchomości, także niezamieszkałych (łącznie 3.864) przy prognozowanym strumieniu odpadów z tych nieruchomości na poziomie 59.396,94 Mg odpadów.

Cena jednostkowa brutto za 1 Mg odpadów musi być tymczasem wyceniona przez wykonawcę na poziomie maksymalnie realnym. Aby jednak takiej wyceny dokonać, wykonawca musi mieć wiedzę odnośnie co najmniej szacunkowej ilości odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, które będą objęte przedmiotem zamówienia. Nie wiadomo bowiem, jaka jest obecnie czy jaka będzie w trakcie realizacji umowy skala zjawiska opisanego przez zamawiającego w SIWZ, wynikająca z regulacji z art. 6c ust. 2c ucpg. Nie wiadomo także, jaki obecnie strumień odpadów jest związany z nieruchomościami niezamieszkałymi. Zamawiający bowiem operuje w SIWZ ilością odpadów bez rozdzicia na nieruchomości zamieszkałe, mieszane i niezamieszkałe.

Wykonawca zdaje sobie sprawę, że nie jest możliwe podanie ostatecznej ilości odpadów objętej przedmiotem zamówienia, która będzie odebrana. Ilość ta ulega pewnym wahaniom, w związku z tym istnieje pewne ryzyko związane z brakiem możliwości dokładnego przyjęcia i zaplanowania prac. W ocenie odwołującego, ryzyko to należy jednak ograniczyć do minimum, ponieważ, jak zauważyła Izba w wyroku z 27 sierpnia 2019 r., KIO 1555/19, im większe jest ryzyko, tym wyższy jest jego koszt, który poniesie przecież zamawiający.

Takiej gwarancji nie ma wykonawca w szczególności w odniesieniu do odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, czy w ogóle takie odpady będą, a jeżeli tak, to na jakim poziomie.

Na tej zasadzie zamawiający powinien w ramach prawidłowego OPZ poinformować wykonawców, ilu właścicieli nieruchomości niezamieszkałych złożyło pisemną zgodę na objęcie ich gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi w Bydgoszczy, a w konsekwencji, jakie pojemniki są przypisane do danej nieruchomości (o czym jeszcze szerzej poniżej), jaki strumień odpadów wiąże się z tymi nieruchomościami. Jeżeli zamawiający nie jest jednak w stanie doprecyzować w ten sposób OPZ, powinien w ogóle wyłączyć z zakresu tego zamówienia nieruchomości niezamieszkałe. Konsekwentnie zamawiający powinien w SIWZ odpowiednio skorygować wymagania, w szczególności sprzętowe, odpowiednio do szacowanego strumienia odpadów do odbioru w ramach zamówienia. Zamawiający może wprowadzić do katalogu dopuszczalnych zmian w umowie (§ 16 – Zał. Nr 13 do SIWZ „Wzór umowy”) możliwość zwiększenia wielkości strumienia odbieranych odpadów w razie przystępowania do systemu gminnego nieruchomości niezamieszkałych.

Zamawiający alternatywnie może zagwarantować wykonawcom w SIWZ minimalną ilość odpadów do odbioru w ramach przedmiotu zamówienia, aby umożliwić oszacowanie ceny jednostkowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów i tym samym doprowadzić do porównywalności ofert (i jednocześnie odpowiednio skorygować wymagania kadrowe, sprzętowe, organizacyjne niezbędne do realizacji zamówienia, adekwatnie do gwarantowanej w SIWZ ilości odpadów). W ocenie odwołującego, to ostatnie rozwiązanie wydaje się jednak być dla Zamawiającego najdroższe.

II. Pojemniki i worki, w tym inwentaryzacja miejsc gromadzenia odpadów

Jak wynika z podanych wyżej postanowień SIWZ, ilość odpadów objęta przedmiotem zamówienia do odbioru i transportu z podziałem na asortyment i przypisany mu kod, jest jedynie prognozowana. Mało tego prognozowana ilość odpadów odnosi się do wszystkich nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia, bez przypisania strumienia odpadów do poszczególnych typów nieruchomości, co nabiera szczególnego znaczenia w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych, gdzie zamawiający wprost wskazał, że nie jest w stanie zapewnić obsługi przez wykonawcę tych nieruchomości. Zamawiający nie wie więc, jaka będzie wielkość strumienia odbieranych odpadów, w szczególności z nieruchomości niezamieszkałych.

Zamawiający wyraźnie to podkreśla w Zał. Nr 8 dot. pojemników, gdzie wprost zamawiający wskazuje, że informacje dot. pojemników „nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu przedmiotu zamówienia”. Zamawiający co prawda podaje rodzaje pojemników i ich ilość w podziale na frakcje odpadów, jednak jednocześnie czyni zastrzeżenie, że z uwagi na art. 6c ust. 2c ucpg (dot. nieruchomości niezamieszkałych) dane ilościowe mogą ulec zmianie i nie rodzi to po stronie wykonawcy jakichkolwiek roszczeń.

Zamawiający nie tylko nie określił w SIWZ ilości i rodzajów pojemników na poszczególnych nieruchomościach w oraz częstotliwości opróżnień, ale narzuca zgodnie z pkt VI. 25-26 OPZ na wykonawcę obowiązek doboru pojemników wg deklarowanej liczby osób lub ilości pojemników na odpady zmieszane (w przypadku nieruchomości niezamieszkałych) zgodnie z obowiązującymi uchwałami Rady Miasta Bydgoszcz.

Takim zachowaniem zamawiający pomija w SIWZ istotne elementy opisu przedmiotu zamówienia, czym narusza art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Warto przy tym zaznaczyć, że sam zamawiający wielokrotnie podkreśla w SIWZ, że w toku realizacji zamówienia zmianie może ulec zarówno ilość odbieranych odpadów, jak i ilość obsługiwanych nieruchomości, co oczywiście będzie przekładać się na ilość niezbędnych do realizacji zamówienia pojemników i worków.

Powyższe pokazuje, jak wiele zmiennych odnoszących się do ilości wymaganych pojemników i worków może pojawić się w toku wykonywania zamówienia – zmiennych, których wystąpienia wykonawca nie może przewidzieć, a które przy takich postanowieniach SIWZ jak obecnie będą mieć wpływ na zakres świadczenia wykonawcy bez prawa do pokrycia kosztów, które wykonawca zmuszony jest ponieść w związku z koniecznością zrealizowania po zawarciu umowy, a przed przystąpieniem do jej realizacji, „prac przygotowawczych” szczegółowo opisanych w SIWZ i w załącznikach do odwołania.

Przyznać należy, że także sam zamawiający nie ma wiedzy, jaki będzie strumień odpadów do odbioru w ramach umowy, w jaki sposób w związku z tym będzie zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki i worki, w szczególności ile nieruchomości niezamieszkałych wejdzie do systemu i tym samym będzie objętych przedmiotem zamówienia. Brak wiedzy zamawiającego w tym zakresie nie może jednak stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy ze względu na wymagania SIWZ, mowa jest tu o bardzo dużych kosztach i ryzyku (vide załączniki do odwołania).

Jest to w tej sprawie o tyle zadziwiające, że zamawiający powinien dysponować danymi z bazy RFID, którą ma prowadzić obecny operator usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych. Z bazy tej powinno wynikać, jakie pojemniki znajdują się na jakiej posesji, jaka jest częstotliwość odbioru odpadów z tych pojemników. Zamawiający powinien zatem w ramach OPZ przedstawić dane z tej bazy.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie przewiduje w SIWZ osobnego rozliczenia z wykonawcą za dostawę pojemników w zakresie podstawowym – koszty związane z wykonaniem tego zakresu zamówienia, wykonawca musi ująć w kosztorysowych cenach jednostkowych za odbiór odpadów poszczególnych frakcji, które mają obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami. Zamawiający nie przewiduje przy tym możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady. Co potwierdza tezę, że ryzyko gospodarcze, o którym jest tu mowa, w całości zostało przerzucone na wykonawcę, co jest rozwiązaniem niedopuszczalnym.

W tej sytuacji, czyniąc zadość wymaganiom art. 29 Pzp, obowiązkiem zamawiającego było wskazanie w SIWZ maksymalnej (a nie jedynie przewidywalnej, „nie odzwierciedlającej rzeczywistego stanu” – vide Zał. Nr 8) ilości pojemników poszczególnych rodzajów i worków, których dostawa leży w zakresie obowiązków wykonawcy, przypisanej do poszczególnych nieruchomości, w tym nieruchomości niezamieszkałych, wraz informacją o częstotliwości opróżnień. Tylko wprowadzenie takiej informacji do OPZ pozwoli na jednoznaczne ustalenie przez wykonawców zakresu ryzyka, jakie w związku z umową przyjmują na siebie, a w konsekwencji na złożenie przez nich porównywalnych ofert. Brak wskazania w SIWZ, jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy w zakresie dostawy pojemników, w szczególności w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych i pojemników na odpady zmieszane (vide obowiązek z pkt VI. 25-26 OPZ doboru pojemników przez wykonawcę), prowadzić będzie do pełnej dowolności wykonawców przy ustaleniu ryzyka i kosztów związanych z dostawą pojemników, a więc będzie skutkowało złożeniem przez wykonawców ofert nieporównywalnych.

Wymogi wynikające z art. 29 Pzp nie pozwalają na określenie jedynie „przewidywalnej” ilości pojemników i worków niezbędnych do wykonania zamówienia, jeżeli z OPZ (a tak jest w tej sprawie) jednoznacznie wynika, że przewidywane ilości mogą ulec zmianie w toku wykonywania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych w związku z dobrowolnością właścicieli tych nieruchomości do przystąpienia do gminnego systemu odbioru odpadów komunalnych. W takiej sytuacji obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie w SIWZ maksymalnej ilości worków i pojemników danego rodzaju koniecznych do dostarczenia przez wykonawcę z jednoczesną możliwością zmiany wynagrodzenia wykonawcy (automatyczną lub wymagającą aneksu), gdy ilości podane w SIWZ okażą się niewystarczające. Tylko tak ukształtowany opis przedmiotu zamówienia spełnia wymagania art. 29 Pzp i gwarantuje porównywalność złożonych ofert.

Na tej samej zasadzie zamawiający powinien w SIWZ określić maksymalną liczbę inwentaryzacji, o której mowa w pkt VI.35 OPZ. Zamawiający zastrzegł bowiem, że wykonawca ma przeprowadzić inwentaryzację co najmniej 2 razy w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Inwentaryzacja obejmuje w szczególności ilość i pojemność wszystkich pojemników, częstotliwość odbioru oraz typ nieruchomości, a następnie wprowadzenie tych danych do własnego systemu RFID. To oznacza więc konieczność poniesienia przez wykonawcę znacznych kosztów, na które składają się wynagrodzenie pracowników wraz z pochodnymi, koszty pojazdów, w tym koszty paliwa. Tym samym dla wyceny, określenia ceny ofertowej konieczne jest udzielenie z SIWZ informacji, ile maksymalnie inwentaryzacji będzie przeprowadzonych w trakcie realizacji umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający uchybił regułom przygotowania postępowania określonych w art. 29 ust. 1 Pzp. Na tej zasadzie odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 05.10.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4

Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 6.10.2020 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie 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.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp – przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia

w zakresie: [a] braku wskazania przez zamawiającego minimalnej ilości odbieranych odpadów, w szczególności z nieruchomości niezamieszkałych, gdzie zamawiający – z uwagi na art. 6c ust. 2c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i dobrowolności przystąpienia tych nieruchomości do gminnego systemu odbioru odpadów – zastrzegł

w SIWZ o braku po stronie wykonawcy jakichkolwiek roszczeń związanych z ograniczeniem ilości obsługiwanych nieruchomości lub obniżenia wielkości strumienia odpadów, a jednocześnie zamawiający żąda w SIWZ poniesienia przez wykonawcę przed rozpoczęciem realizacji usługi kosztów prac przygotowawczych (m.in. sprzętowych i organizacyjnych) związanych także z obsługą nieruchomości niezamieszkałych, które to koszty mogą zostać niepokryte przez zamawiającego wobec ustalenia wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o ryczałtową cenę jednostkową brutto za 1 Mg odbieranych odpadów i ilość faktycznie odebranych odpadów w trakcie realizacji umowy, [b] braku wskazania przez zamawiającego minimalnej i maksymalnej liczby pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności) oraz worków, których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia, przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawcy w pkt VI.25 i 26 OPZ do ustalenia przez wykonawcę wielkości pojemników, które mają być dostarczone właścicielom nieruchomości, [c] braku określenia maksymalnej liczby inwentaryzacji, o której mowa w pkt VI.35 OPZ, a [-] taki opis przedmiotu zamówienia wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z nieoszacowaniem przez zamawiającego ilości odpadów do odbioru, w szczególności z nieruchomości niezamieszkałych, a także liczby koniecznych do realizacji zamówienia pojemników i worków na odpady, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego,

w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i charakteru przyjętego modelu wynagrodzenia (brak osobnej ceny za podstawienie pojemników lub dostarczenie worków

i konieczność skalkulowania wszystkich kosztów i ryzyka w łącznej cenie za odbiór odpadów danej frakcji), ograniczonej możliwości zmiany umowy oraz przewidywania licznych i wysokich kar umownych za niedochowanie wymogów SIWZ, co stanowi o naruszeniu art. 353(1) Kc w zw. z art. 14 Pzp oraz [-] taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert i braku proporcjonalności i przejrzystości, a więc narusza także art. 7 Pzp – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Generalnie Izba stwierdza, że odwołujący postawił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Art. 29 ust. 1 Pzp brzmi »Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych

#x200ei zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty«, a art. 29 ust. 2 Pzp brzmi »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję«. Na kanwie tego zarzutu odwołujący zażądał aby zamawiający [1] wskazał w SIWZ informacje na temat liczby nieruchomości niezamieszkałych, których właściciele na mocy art. 6c ust. 2c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przystąpili do systemu odbioru odpadów komunalnych zorganizowanego przez zamawiającego z jednoczesną zmianą § 16 wzoru umowy w taki sposób, aby wykonawca miał zapewnioną możliwość zmiany wynagrodzenia

#x200ew sytuacji zwiększenia się liczby nieruchomości niezamieszkałych przystępujących do systemu odbioru odpadów w trakcie realizacji umowy lub [2] zmienił SIWZ przez wyłączenie nieruchomości niezamieszkałych z przedmiotu zamówienia, lub [3] zmienił SIWZ przez podanie minimalnej, gwarantowanej ilości odpadów odbieranych w ramach wykonania zamówienia, łącznie z nieruchomościami niezamieszkałymi oraz jednocześnie [4] zmienił SIWZ w zakresie wymagań sprzętowych, organizacyjnych i technicznych, adekwatnie do poprawienia określonej przez zamawiającego wielkości strumienia odbieranych odpadów uwzględniających także objęte systemem nieruchomości niezamieszkałe, [5] wskazał

#x200ew SIWZ informacje na temat liczby pojemników do zbierania odpadów komunalnych, ich wielkości, rodzaju i przeznaczenia na poszczególnych nieruchomościach, także niezamieszkałych (chyba że zamawiający wyłączy z przedmiotu zamówienia nieruchomości niezamieszkałe), których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia, oraz częstotliwości opróżnień; [6] wskazał w SIWZ maksymalną liczbę inwentaryzacji, o której mowa w pkt VI.35 OPZ. Odwołujący zażądał również, aby zamawiający dokonał zmian w SIWZ jako konsekwencje konkretnych zmian wskazanych wyżej, choć nie określonych szczegółowo w odwołaniu.

Izba stwierdza, że zamawiający odpowiedzialnie nie może przedstawić wykonawcom więcej informacji niż sam posiada i jednocześnie do których to informacji zamawiający ma pewność, że nie wprowadzą wykonawców w błąd ze względu na ulotność tych informacji czy uzyskanie ich z niepewnego źródła bądź w okolicznościach, które mogą wpływać na rzetelność tych informacji. Zamawiający wykazał, że nie może z wystarczającą dozą pewności przedstawić informacji o liczbie nieruchomości niezamieszkałych, z których wykonawca będzie odbierać odpady – ze względu na przepis art. 6c ust. 2c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który brzmi

»Przystąpienie właściciela nieruchomości, na której nie zamieszkują mieszkańcy, z wyłączeniem właściciela nieruchomości, o której mowa w art. 6j ust. 3b, do zorganizowanego przez gminę systemu gospodarowania odpadami komunalnymi jest dobrowolne i następuje na podstawie zgody właściciela nieruchomości wyrażonej w formie pisemnej«. Właściciele tych nieruchomości będą mogli w trakcie wykonywania zamówienia przystępować do systemu komunalnego odbioru odpadów lub występować z tego systemu i zlecać odbieranie odpadów z nieruchomości niezamieszkałych innym podmiotom. Będzie to, jak wskazywały strony na rozprawie, reakcją przede wszystkim na jakość świadczenia usługi, a także na cenę usługi. Dlatego zamawiający poza wskazaniem ogólnej liczby nieruchomości niezamieszkałych – 992 – nie może obecnie odpowiedzialnie wskazać jakiegokolwiek liczby tych nieruchomości, które będą uczestniczyć w komunalnym systemie odbioru odpadów, gdyż będzie to w znaczącej mierze zależęć od wykonawcy usługi – jakości i ceny usługi. Zamawiający stwierdza, że w momencie przystąpienia większej liczby nieruchomości niezamieszkałych do systemu komunalnego zwiększy się tonaż odbieranych odpadów co wpłynie na zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy.

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający nie narusza żadnego przepisu nie podając informacji na temat liczby nieruchomości niezamieszkałych, których właściciele na mocy art. 6c ust. 2c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przystąpili do systemu odbioru odpadów komunalnych zorganizowanego przez zamawiającego, gdyż jest to informacja zbyt efemeryczna i zależna od czynników, na które zamawiający ma minimalny wpływ.

Dalej odnośnie § 16 wzoru umowy w zakresie poszerzenia możliwości wprowadzenia zmian w umowie Izba musi zauważyć, że zamawiający będąc gospodarzem postępowania zamówieniowego może proponować dowolne rozwiązania umowne byle nie były sprzeczne z przepisami, a w rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał działań zamawiającego sprzecznych z przepisami.

Także zdaniem Izby idea zamawiającego objęcia całego obszaru sektora IV Bydgoszczy, którego dotyczy rozpoznawane zamówienie, jednolitym systemem odbioru odpadów bez rozróżnienia nieruchomości zamieszkałych, mieszanych i niezamieszkałych nie została przedstawią przez odwołującego, jako działanie naruszające jakiegokolwiek przepisy. Podobnie odwołujący nie wykazał jakie przepisy miałby naruszyć zamawiający nie zobowiązując się do odbierania w ramach wykonania zamówienia (łącznie z nieruchomościami niezamieszkałymi) jakiegokolwiek minimalnej, gwarantowanej ilości odpadów.

Również odwołujący nie wykazał, że wymagania wykazania dysponowania przez wykonawców określonym sprzętem technicznym jest wymaganiem naruszającym jakiegokolwiek przepisy, a zamawiający przedstawił, że z dotychczasowego doświadczenia i uprzedniego wymagania tylko 4 pojazdów do wykonania usługi wynika, że nowa liczba wymagania 14 pojazdów jest właściwa, a wykonawcy mogą ten wymóg spełnić bez ponoszenia nadmiernych nakładów finansowych i w związku z tym warunek ten nie narusza również żadnych przepisów.

Odnośnie braku wykazania w SIWZ informacji o liczbie pojemników i worków do zbierania odpadów komunalnych, ich wielkości, rodzaju i przeznaczenia na poszczególnych nieruchomościach (także niezamieszkałych) oraz częstotliwości opróżnień zamawiający wskazał, że nie dysponuje obecnie miarodajnymi danymi, gdyż właśnie musiał rozwiązać umowę z dotychczasowym wykonawcą i nie może przedstawić rzetelnych danych innych niż zamawiający przedstawił i za które może wziąć odpowiedzialność. Dlatego zamawiający przedstawił – w załączniku nr 8 do SIWZ – zagregowany wykaz poszczególnych pojemników, ich pojemności i przeznaczenia bez wykazu częstotliwości ich opróżniania

i z zastrzeżeniem braku wzięcia odpowiedzialności przez zamawiającego za te dane. Również w tym zakresie odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego konkretnych przepisów.

Ponadto odnośnie podania przez zamawiającego tylko minimalnej liczby inwentaryzacji (dwóch) podczas wykonywania całego zamówienia – Izba wzięła pod uwagę niezaprzeczone przez odwołującego oświadczenie zamawiającego wypowiedzianego do protokołu podczas rozprawy, cyt. »Większa liczba inwentaryzacji będzie związana z nieprawidłowym wykonywaniem usługi. Wszystkie pojemniki są „zachipowane” w związku z czym inwentaryzacja jest w rzeczywistości na bieżąco składana i nie wymaga w zasadzie jakiegoś nakładu pracy, a jej zarządzanie może wystąpić ze względu na złą jakość wykonywania usługi, a 2 inwentaryzacje w skali całej umowy są liczbą do przyjęcia«. Ponadto odwołujący nie wskazał jaki przepis mógłby zostać naruszony przez zamawiającego tym postanowieniem SIWZ.

Na finalne pierwsze w zarzucie sformułowane skonstatowanie przez odwołującego o przeliczeniu ryzyka gospodarczego przez zamawiającego na wykonawcę Izba może tylko stwierdzić, że ogólnie wiadomo, że przeliczenie ryzyka w przypadku niedoprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia może powodować wyższe wycenienie ofert przez bardziej doświadczonych wykonawców i niższe wyceny przez bardziej ryzykownych wykonawców, ale nie narusza to żadnych przepisów, gdyż to od indywidualnej decyzji czy taktyki danego wykonawcy zależy bardziej lub mniej zachowawcze bądź ryzykowne zaproponowanie ceny ofertowej. Ponadto odwołujący w niczym nie dowiódł, że zamawiający w SIWZ nie biorąc na siebie ryzyko uchybił zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353(1) Kc, który to przepis brzmi »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« i jest stosowany zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«.

Wreszcie na drugie w zarzucie sformułowane stwierdzenie przez odwołującego, że taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert również nie może być zaaprobowane przez Izbę. Zdaniem odwołującego zamawiający przedstawiając ulomy opis przedmiotu zamówienia narusza art. 7 Pzp. Art. 7 ust. 1 Pzp, który przytacza odwołujący w uzasadnieniu odwołania, brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia

w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«. Jednak zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, że zamawiający przez sformułowania OPZ lub SIWZ naruszył uczciwą konkurencję lub równe traktowanie wykonawców, zwłaszcza że zamawiający wykazał, że w OPZ przedstawił tylko informacje, za które może wziąć odpowiedzialność, że są rzetelne, a do brania odpowiedzialności za ryzyko zamawiającego nie można zmusić,

o czym wyżej. Odwołujący także nie wykazał na czym mogą polegać spowodowane przez OPZ różnice ofert i ich nieporównywalność.

Izba zauważa, że odwołujący podczas rozprawy do protokołu zmodyfikował swój wniosek z odwołania, ale jego rozpatrzenie nie jest możliwe ze względu na to, że modyfikacja nastąpiła po upływie terminu składania odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba musi stwierdzić, że odwołanie na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp jest niezasadne. Odwołujący złożył na rozprawie dowód nr:

- 1)OD1 – opinia prawną kancelarii prawnej na potwierdzenie możliwości podjęcia działań celem oszacowania liczby właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, którzy chcą być objęci systemem miejskiej gospodarki odpadami;
- 2)OD2 – zrzuty ekranu obrazujące, jakie są możliwości programu SMOK odnośnie generowania informacji dotyczących m.in. pojemników;
- 3)OD3 – umowę z wykonawcą K, gdzie w § 7 ust. 47 są odniesienia do konieczności stosowania systemu RFID;
- 4)OD4 (ABCD) – na okoliczność wykazania różnic w cenach na rynku komercyjnym i w systemie gminnym (miejskim);
- 5)OD5 – tabela własna odwołującego sporządzona na okoliczność oszacowania przez odwołującego prognozy rentowności i wskazania procentowej ilości odpadów, która mogłaby nie zostać odebrana w stosunku do szacowanej przez zamawiającego ilości odpadów, która powinna determinować możliwość zmiany umowy.

Izba stwierdza, że z dowodu:

- 1)nr OD1 nie wynika konieczność opracowania innego OPZ w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym, szczególnie że dowód był opracowany na wykazanie innych okoliczności niż poruszane w odwołaniu, bo opinia była opracowana dla Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami w sprawie terminu początkowego obowiązywania mechanizmu dobrowolności uczestnictwa właścicieli nieruchomości niezamieszkałych [...]
- 2)nr OD2 wynika zobrazowanie, jakie są możliwości programu SMOK odnośnie generowania informacji dotyczących m.in. pojemników, ale z dowodu tego nie wynika konieczność prawidłowego i obligatoryjnego stosowania tego programu oraz przedstawiania takich wydruków, szczególnie gdy zamawiający nie ma pewności co do właściwego stosowania programu i rzetelności danych
- 3)nr OD3 nie wynika, że wykonawca K na pewno stosował się prawidłowo do systemu RFID, a właśnie zamawiający był zmuszony do rozwiązania umowy z wykonawcą K ze względu na złe prowadzenie usługi, sprawozdawczości, a w tym i RFID, i w związku z tym zamawiający nie może przedstawić rzetelnych danych innych niż przedstawił, za które może wziąć odpowiedzialność
- 4)nr OD4 (ABCD) wynika tylko, że na rynku komercyjnym i w systemie gminnym (miejskim) mogą istnieć różne ceny przedmiotowej usługi
- 5)nr OD5 wynika, że ze względu na różną liczbę nieruchomości niezamieszkałych w miejskim systemie odbioru odpadów mogą zajść nawet znaczące różnice w kosztach, ale dowód nie pokazuje, że któreś z wykazanych opcji muszą zajść, szczególnie te ekstremalne – dlatego Izba nie mogła wziąć pod uwagę tych dowodów.

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 uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....