Sygn. akt: KIO 1543/20, KIO 1577/20, KIO 1610/20, KIO 1611/20

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6, 10, 13 lipca 2020 roku przez wykonawcę

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu przy udziale wykonawcy Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 1543/20)

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr: 2 odwołania w sprawie KIO 1543/20, 1 i 3 odwołania w sprawie KIO 1577/20, 1 i 3 odwołania w sprawie KIO 1610/20 oraz 1,2,4,5, w sprawie KIO 1611/20 z powodu uwzględnienia zarzutów w tych częściach przez Zamawiającego,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołania,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60.000 zł 00 gr

(słownie: sześćdziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisów od odwołań,

3.2. zasądza od wykonawcy Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu kwotę 14 400 zł 00 gr (słownie: czternastu tysięcy czterystu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w poszczególnych postępowaniach odwoławczych.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1543/20, KIO 1577/20, KIO 1610/20, KIO 1611/20

Ekosystem Sp. z o.o. we Wrocławiu, działająca w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław, zwana dalej „Zamawiającym", prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście, w obrębie Sektora IV - Psie Pole", w obrębie Sektora II - Krzyki, w obrębie Sektora III - Fabryczna.

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniach 12 lutego 2020 r., 3 marca 2020 r., 30 kwietnia 2020 r., pod numerami 2020/S 030-070032 (Sektor I), 2020/S 044-104363 (Sektor IV), 2020/S 085-202008 (Sektor II), 2020/S 085-201987 (Sektor III).

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na opisaniu przedmiotu zamówienia, zapisów SIWZ oraz wzoru umowy wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym", wniósł 6, 10, 13 lipca 2020 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 38 ust. 4, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. i art. 487 § 2 k.c. przez dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia skutkujących jego niejednoznacznością, w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez wprowadzenie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 51, 53 i 57 pismem nr Ldz. AXXZ/MC/982/06/2020/W z dnia 26 lipca 2020 r., które prowadzą do wątpliwości co do minimalnej liczby pojazdów rezerwowych, jaką musi dysponować wykonawca na etapie realizacji umowy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz do wątpliwości, co do etapu, na jakim zamawiający miałby udzielać zgody na wskazanie pojazdu rezerwowego jako podstawowego oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do opisu przedmiotu zamówienia i nadużywający uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, naruszający zasadę równości stron poprzez nadmierne uzależnienie wykonawcy od zamawiającego w zakresie, w jakim zamawiający wymaga, by wykorzystanie pojazdu rezerwowego do obsługi systemu poprzedzał obowiązek uzyskania zgody zamawiającego (sektor I, zarzut nr 1).

2) art. 38 ust. i art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. i art. 487 § 2 k.c. przez udzielenie wyjaśnień do treści SIWZ w sposób skutkujący niejednoznacznością opisu przedmiotu zamówienia i nieuwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz w sposób nieadekwatny do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim ogranicza możliwość wykorzystania w jednym MGO pojemników odbieranych różnymi mechanizmami załadowczymi (Sektory I - zarzut nr 2, IV - zarzut nr 1, II -zarzut nr 1, III - zarzut nr 1),

3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 38 ust. 1 ustawy Pzp przez udzielenie wyjaśnień do treści SIWZ w sposób skutkujący sprzecznościami w opisie przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie górnego limitu worków przekazywanych właścicielom nieruchomości wielolokalowych,

podczas gdy nie został sformułowany obowiązek wyposażenia nieruchomości wielolokalowych w worki do gromadzenia odpadów (Sektory I - zarzut nr 3, IV - zarzut nr 2),

4) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. i art. 487 § 2 k.c. przez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę danej usługi i prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym w sposób naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim określa obowiązek dzierżawy pojemników i przewiezienia ich na bazę magazynowo- transportową poprzedniego wykonawcy dopiero po wymianie wszystkich wydzierżawionych pojemników z terenu Sektora, poprzez wprowadzenie obowiązku dzierżawy, a także poprzez wprowadzenie wymogu przeprowadzania inwentaryzacji pojemników przed upływem okresu dzierżawy pojemników, jak również poprzez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i zakładający nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za pojemniki będące przedmiotem dzierżawy nawet wówczas, gdy uszkodzenia tych pojemników powstały przed rozpoczęciem obsługi sektora a więc zanim na wykonawcę przeszło ryzyko uszkodzenia pojemników (Sektor I - zarzut nr 4, II - zarzut nr 3, sektor III - zarzut nr 2);

5) art. 38 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 29 § 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 113 (Sektor IV), 68 (Sektor II) w sposób odnoszący się do pierwotnego brzmienia treści SIWZ, nieuwzględniający zmiany postanowień SIWZ dokonanej w dniu 15.06.2020 r., co prowadzi do

niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i narusza zasadę przejrzystości

postępowania (Sektor IV -zarzuty nr 3, II - zarzut nr 4, III - zarzut nr 3);

6) art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp i art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1

ustawy Pzp poprzez zaniechanie załączenia zamiennych załączników nr 4, nr 18 oraz nr 19 do SWU, pomimo oświadczenia w treści pisma z dnia 3 lipca 2020 r. L.dz. AXXZ/MC/1025/07/2020/W., że uzyskują one nowe brzmienie (Sektor II - zarzut nr 1).

7) art. 36 ust. 1 pkt 10 i 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie treści formularza oferty w sposób sprzeczny z zapisami SIWZ dotyczącymi opisu sposobu obliczania ceny z uwagi na błędne określenie ceny ofertowej brutto w punkcie 4 formularza oferty (Sektor II - zarzut nr 5);

8) art. 38 ust. 1 p.z.p. i art. 29 ust. 1 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez udzielenie wyjaśnień do treści SIWZ w sposób skutkujący niejednoznacznością opisu przedmiotu zamówienia i nieuwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na

sporządzenie oferty oraz ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz w sposób nieadekwatny do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim udzielając odpowiedzi

na pytanie nr 67 Zamawiający nie dopuszcza użycia jednego samochodu SZOP do

obsługi kilku Sektorów (Sektor II - zarzut nr 6).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ sposób wskazany w uzasadnieniu odwołań.

W uzasadnieniu zarzutu 1) grupy odwołań Odwołujący podniósł, że w wyniku zmian wprowadzonych przez Zamawiającego do treści SIWZ nie jest wiadome, jaką minimalną liczbą pojazdów rezerwowych musi dysponować wykonawca na etapie realizacji umowy. Brak jasności w tym zakresie utrudnia wykonawcy należyte skalkulowanie oferty i prowadzić może do różnic pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert. Z tego względu konieczne jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących pojazdów rezerwowych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Liczba pojazdów wymaganych na etapie realizacji usługi, jaką dysponować musi

wykonawca, stanowi istotny czynnik cenotwórczy. Możliwość dokonywania odmiennej interpretacji zapisów SIWZ przez poszczególnych wykonawców, może w istotny sposób wpływać na zaoferowaną przez nich cenę.

Odwołujący wskazał, że pierwotnie postanowienia rozdziału XIV pkt 7 i 8 SWU miały następujące brzmienie:

„7. Wszystkie samochody służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w ofercie - w załączniku nr IX „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" oraz w „Planie obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście" mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę samochodów zastępczych do prac innych niż obsługa Sektora w sytuacji, gdy samochody zastępcze nie będą służyły do obsługi tego Sektora."

W wyniku zmian wprowadzonych pismem L.dz. AXXZ/MC/971/06/2020/W z dnia 25.06.2020 r. Zamawiający zmienił brzmienie tego zapisu, wskazując, że w pkt 7 w Rozdziale XIV Szczegółowych warunków umowy zmienia się treść „w załączniku nr IX „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" na „w załączniku IV „Wykaz dodatkowych pojazdów".

Z kolei w piśmie L.dz. AXXZ/MC/982/)6/2020/W z dnia 26.06.2020 r., punkt 51, Zamawiający wskazał, że pkt 7 w Rozdziale XIV Szczegółowych warunków umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„7. Wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych" muszą być wskazane, jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora. W przypadku jednak, gdy Wykonawca wskazał pojazdy określone w ofercie w załączniku nr IV „Wykaz dodatkowych pojazdów", wówczas te pojazdy muszą być w pierwszej kolejności wskazane jako podstawowe, z zastrzeżeniem, że Wykonawca może wówczas usunąć z listy pojazdów podstawowych równoważne typy pojazdów wskazane w załączniku nr VI, tak, aby zachowana została minimalna zarówno łączna liczba pojazdów, jak i liczba danego rodzaju pojazdów, wskazana przez Zamawiającego w załączniku nr VI. Usunięte z listy podstawowej pojazdy muszą zostać wskazane jako pojazdy rezerwowe. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę pojazdów rezerwowych do prac innych niż obsługa Sektora w sytuacji, gdy samochody rezerwowe nie będą służyły do obsługi tego Sektora, tj. zgłoszone jako pojazdy podstawowe."

Ponadto na podstawie punktu 53) Zamawiający w Rozdziale XIV Szczegółowych warunków umowy dodał pkt 8 do 10 o następującej treści:

„8. Wykonawca w celu zapewnienia prawidłowej realizacji usługi może wskazać większą ilość pojazdów podstawowych.

9. Wykonawca musi dysponować pojazdami rezerwowymi na wypadek min. awarii któregokolwiek z pojazdów podstawowych, w liczbie gwarantującej prawidłową realizację usługi, tj. minimum 1 pojazd rezerwowy przypadający na trzy pojazdy podstawowe.

10. Wskazanie pojazdu rezerwowego jako podstawowego musi się odbyć za zgodą Zamawiającego."

Odwołujący wskazał, że pierwotnie wymóg dysponowania pojazdami rezerwowymi stanowił rozdział XIX pkt 2 ppkt 2 SWU, który miał następujące brzmienie:

„2. W Planie obsługi systemu Wykonawca zobowiązany jest wskazać co najmniej następujące informacje:

1) (...)

2) w zakresie pojazdów:

a) wykaz wszystkich pojazdów służących do prawidłowej obsługi sektora z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem normy klasy emisji spalin oraz umieszczenie na wirtualnym Dysku zgodnie z Rozdziałem XVIII skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin,

b) wykaz rezerwowych pojazdów umożliwiających prawidłową obsługę Sektora, które

będą dopuszczone do realizacji usługi wyłącznie na wypadek awarii pojazdów określonych w lit. a) z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem normy klasy emisji spalin z zastrzeżeniem, że na trzy pojazdy podstawowe może maksymalnie przypadać jeden pojazd rezerwowy oraz przesłanie drogą elektroniczną skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin."

W wyniku zmian wprowadzonych do SIWZ pismem L.dz. AXX/MC.982/06/2020/W z dnia 16 czerwca 2020 r. pkt 57) postanowienie rozdziału XIX pkt 2 ppkt 2 lit. b) SWU otrzymało następujące brzmienie:

„b) wykaz rezerwowych pojazdów umożliwiających prawidłową obsługę Sektora z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem standardu emisji spalin lub wskazaniem, że są pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym oraz umieszczenie na wirtualnym Dysku zgodnie z Rozdziałem XVIII skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających europejski wymóg standardu emisji spalin lub potwierdzających, że są pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym".

Według Odwołującego analiza powyższych zmian prowadzi do wniosku, że Zamawiający na etapie wprowadzenia zmian do SIWZ w sposób istotny zmienił wymagania w zakresie liczby pojazdów rezerwowych. Przed zmianami Zamawiający wskazywał, że na trzy pojazdy podstawowe może maksymalnie przypadać jeden pojazd rezerwowy (zob. XIX pkt 2 ppkt 2 lit. b SWU), po zmianach zaś Zamawiający stawia warunek dysponowania pojazdami rezerwowymi w liczbie gwarantującej prawidłową realizację usługi, tj. minimum jeden pojazd rezerwowy przypadający na trzy pojazdy podstawowe.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymaga dysponowania 30 pojazdami podstawowymi, to maksymalna liczba pojazdów rezerwowych przed zmianami SIWZ wynosiła 10. Obecnie to minimalna, a nie maksymalna liczba pojazdów dodatkowych wynosi 10 i to wyłącznie jeżeli założyć, że liczba pojazdów rezerwowych powinna być liczona do całkowitej liczby pojazdów podstawowych, a nie w odniesieniu do pojazdów w ramach danej kategorii pojazdów. Jednakże z zapisów SIWZ nie wynika jednoznacznie, jak określić wymaganą minimalną liczbę pojazdów rezerwowych. W wyniku zmian postanowień SIWZ Zamawiający odmiennie określa sposób liczenia pojazdów rezerwowych, którymi dysponować musi wykonawca, jednakże nie czyni tego w sposób jednoznacznie określający minimalną liczbę wymaganych pojazdów. W świetle nowych zapisów SIWZ nie jest wiadomo, czy 1 pojazd rezerwowy ma przypadać na każde 3 podstawowe pojazdy danej kategorii czy też na każde 3 podstawowe pojazdy niezależnie od kategorii pojazdu.

Wydaje się, choć nie wynika to bezpośrednio z treści SIWZ, że intencją Zamawiającego było zapewnienie pojazdów rezerwowych na każde 3 podstawowe pojazdy w danej kategorii. Wskazać jednak należy, że w takim przypadku nie wiadomo, czy istnieje obowiązek zapewnienia pojazdów rezerwowych w przypadku kiedy Zamawiający wymaga mniej niż trzech pojazdów danej kategorii np.: myjek, pojazdów z HDS, ładowarki, czy samochodów osobowych. W tym względzie można przyjąć dwa możliwe warianty. Z jednej strony można przyjąć założenie, że dla każdej kategorii pojazdu wymagany jest co najmniej jeden pojazd rezerwowy (tzw. zaokrąglenie w górę), z drugiej strony można założyć, że zapewnienie pojazdu rezerwowego wymagane jest wyłącznie względem tych kategorii pojazdów, których wymagana przez Zamawiającego liczba jest wyższa lub równa 3 (tzw. zaokrąglenie w dół). Jednocześnie Zamawiający wprowadza wymóg, by pojazdy usunięte z listy podstawowej na skutek zaoferowania przez wykonawcę pojazdów dodatkowych, zostały wskazane jako pojazdy rezerwowe.

Zdaniem Odwołującego brak jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w tej mierze prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, dlatego też zachodzi konieczność wprowadzenia zmian w treści SIWZ, które wyeliminują wątpliwości w tym zakresie.

Odwołujący podniósł, że z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, na jakim etapie zgoda Zamawiającego na wskazanie pojazdu rezerwowego jako podstawowego miałaby zostać udzielona. Przede wszystkim nie jest jasne, czy zgoda ta ma mieć charakter uprzedni, czy też może mieć charakter następczy. Zdaniem Odwołującego zapisy SWU nie określają także, w jakim czasie Zamawiający obowiązany jest ustosunkować się do wniosku wykonawcy o wyrażenie zgody, ani nie wynika z nich, w jakich okolicznościach Zamawiający może takiej zgody nie udzielić. Analiza zapisów SIWZ prowadzić może do wniosku, że każdorazowo w przypadku konieczności zastąpienia samochodu podstawowego samochodem rezerwowym, niezależnie od okresu, przez jaki pojazd rezerwowy będzie wykorzystywany w zamian za pojazd podstawowy, w tym także w przypadku sytuacji incydentalnych, jednorazowego wykorzystania pojazdu rezerwowego do obsługi sektora,

wymagane jest uzyskanie zgody Zamawiającego, by pojazd rezerwowy został wpisany w planie obsługi systemu jako pojazd podstawowy. Uzyskanie takiej zgody byłoby więc konieczne przed rozpoczęciem obsługi sektora przez pojazd, który miał dotychczas status pojazdu rezerwowego.

W świetle postanowienia zawartego w rozdziale XIX pkt 3 SWU: „Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego aktualizowania powyższego Planu w terminie do 3 dni roboczych od pojawienia się zmiany. Zmiany dotyczące składu taboru samochodowego oraz zmiany technologii realizacji usługi mogą odbywać się wyłącznie za zgodą Zamawiającego. (...)". Taka interpretacja zapisów SWU oznaczałaby konieczność uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego na wykorzystanie samochodu rezerwowego do obsługi sektora. Jednakże inne zapisy treści SIWZ, pozwalają na dokonywanie także odmiennej interpretacji. Kara umowna przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. pp projektu umowy w wysokości 1 000,00 zł - za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niepowiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o wszelkich zmianach sprzętu zadeklarowanego do realizacji umowy, najpóźniej w dniu wystąpienia zmiany, za każdy dzień następujący po upływie terminu, sugeruje, jakoby obowiązkiem wykonawcy w tym względzie było informowanie Zamawiającego o zmianie sprzętu najpóźniej w dniu wystąpienia zmiany. Pozwala to na interpretację, że możliwe jest uzyskanie następczej zgody na wykorzystanie pojazdu rezerwowego do obsługi sektora. Zasadność takiej interpretacji zapisów SWU potwierdzać może następująca argumentacja. Przede wszystkim możliwość wykorzystania pojazdu rezerwowego do obsługi Sektora dopiero po uprzednim uzyskaniu zgody Zamawiającego przeczy idei pojazdów rezerwowych, których konieczność wykorzystania do obsługi sektora pojawić się może w sytuacjach nagłych i nieprzewidzianych, jak np. awaria pojazdu, wypadek lub kolizja z udziałem pojazdu. Biorąc pod uwagę brak określenia w rozdziale XIV pkt 10 SWU terminu, w jakim Zamawiający obowiązany jest ustosunkować się do wniosku wykonawcy o wyrażenie zgody na wykorzystanie pojazdu rezerwowego do obsługi Sektora, konieczność oczekiwania na zgodę Zamawiającego w znaczący sposób może utrudnić należyte i terminowe świadczenie usługi przez wykonawcę. Jeżeli zgoda Zamawiającego nie zostanie wydana niezwłocznie po zgłoszeniu takiej potrzeby przez wykonawcę, wykonawca narażony jest na obowiązek zapłaty kar umownych. W świetle zapisów projektu umowy, tj. § 13 ust. 3 - wykonawca zobowiązany jest zapewnić kontakt Zamawiającego z Wykonawcą poprzez pracowników Wykonawcy przez całą dobę, 7 dni w tygodniu, pod stałym numerem telefonu stacjonarnym i komórkowym oraz adresem e-mail przez cały okres obowiązywania umowy. Taki obowiązek nie obciąża jednakże Zamawiającego.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z rozdziałem III pkt 2 ppkt 1 SWU wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów komunalnych zgodnie z opracowanym przez siebie Harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków przy uwzględnieniu określonych przez Zamawiającego częstotliwości. Nieterminowy odbiór odpadów przez wykonawcę, jak i doprowadzenie do przepełnienia pojemników na odpady obwarowane zostały wysokimi karami umownymi. To w interesie wykonawcy jest dysponowanie odpowiednią flotą zapewniającą zabezpieczenie prawidłowej realizacji usługi. Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 ppkt 3 wykonawca zobowiązany jest do opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6:00 do 22:00, a w ścisłym centrum miasta od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6:00 do 24:00 (zob. załącznik nr 6 - Mapa obszaru objętego rozszerzonymi godzinami odbioru odpadów). Wykonawca nie może wykluczyć, że okoliczności skutkujące koniecznością wykorzystania pojazdu rezerwowego do obsługi sektora pojawić się mogą poza godzinami pracy Zamawiającego. Takie ukształtowanie SIWZ zakłada nadmierne obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym, co narusza uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

Według Odwołującego Zamawiający posiada środki mające dyscyplinować wykonawcę w zakresie wykorzystania określonych pojazdów do obsługi Sektora. Ponadto, kary przewidziane za nieterminowy odbiór odpadów oraz kary za przepełnienie pojemników na odpady to wystarczające instrumenty, mające zapewnić ciągłość i terminowość odbioru odpadów. W interesie wykonawcy pozostaje dysponowanie pojazdami w liczbie gwarantującej prawidłową realizację usługi. Zdaniem Odwołującego obecne ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w znaczący sposób narusza równowagę stron stosunku umownego. Nadmiernym jest żądanie, by pojazdy nie wykorzystywane na co dzień do obsługi sektora, mogły zostać wykorzystane jako pojazdy zastępujące pojazdy podstawowe w przypadku awarii, dopiero po uzyskaniu zgody Zamawiającego. Nowo wprowadzone zapisy SIWZ niweczą ideę dysponowania pojazdami rezerwowymi. Zapisy SIWZ nie nakładają bowiem na Zamawiającego obowiązku wyrażenia zgody na wykorzystanie pojazdów rezerwowych niezwłocznie.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z rozdziału XIV pkt 7 SWU sformułowania „tj. zgłoszone jako pojazdy podstawowe."

Odwołujący wskazał, że kwestionuje przyjęty przez Zamawiającego sposób

określania wymaganej liczby pojazdów rezerwowych. Z tego względu Odwołujący wniósł o nadanie następującego brzmienia pkt 9 rozdziału XIV SWU:

„9. Wykonawca musi dysponować pojazdami rezerwowymi na wypadek m.in. awarii któregokolwiek z pojazdów podstawowych, w liczbie gwarantującej prawidłową realizację usługi, z zastrzeżeniem zdania 3 pkt 7 Rozdział XIV SWU".

względnie Odwołujący wniósł o wykreślenie z pkt 9 rozdział XIV SWU sformułowania

„tj. minimum 1 pojazd rezerwowy przypadający na trzy pojazdy podstawowe".

Odwołujący wniósł o nadanie następującego brzmienia pkt 10 rozdziału XIV SWU:

„Wykonawca ma obowiązek informować o każdym wykorzystaniu pojazdu rezerwowego jako pojazdu do obsługi Sektora. W okresie, w jakim pojazd rezerwowy jest wykorzystywany do obsługi sektora, wykonawca nie może wykorzystywać go do obsługi innych zleceń".

W uzasadnieniu zarzutu z pkt 2 odwołania Odwołujący podniósł, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 16 (Sektor I) i 51 (Sektor IV), 12 (Sektor II), 14 (Sektor III): „Rozdz. II, ust. 7 pkt 7 Co Zamawiający rozumie przez sformułowanie „Wykonawca jest zobowiązany do wyposażenia poszczególnych MGO w pojemniki tego samego rodzaju"? Czy pojemniki w danym MGO mają mieć wszystkie jedną pojemność? Co Zamawiający rozumie przez sformułowanie „ten sam rodzaj pojemnika"? wykonawca zwraca się z prośbę o doprecyzowania zapisów w tym zakresie", Zamawiający wskazał, że „poprzez sformułowanie „rodzaj pojemnika" rozumie rozróżnienie pojemników wg urządzeń dedykowanych do ich opróżnienia, tj. pojazdy bezpylne, pojazdy z urządzeniem bramowym, hakowym lub hds i inne. Pojemniki w danym MGO nie muszą mieć jednakowej pojemności."

Odwołujący wskazał, że w rozdziale II pkt 7 ppkt 7 SWU Zamawiający określił, że w ramach wynagrodzenia Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia poszczególnych MGO w pojemniki tego samego rodzaju z zastrzeżeniem, że w przypadku uzyskania zgody Zamawiającego możliwe będzie zastosowanie pojemników różnego rodzaju. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia treści SIWZ udzielone w odpowiedzi na pytanie 16, 51,12 stanowią więc faktyczną zmianę treści SIWZ, choć formalnie Zamawiający takiej zmiany nie dokonał, inaczej niż w przypadku odpowiedzi na część pytań, w których Zamawiający wprost określił, że „zmienia się treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Zdaniem Odwołującego, przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja sformułowania „rodzaj pojemnika" według rodzaju urządzeń dedykowanych do opróżnienia pojemnika powoduje brak jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i skutkuje niemożliwością należytego skalkulowania oferty. Jednocześnie w zakresie w jakim uzależnia możliwość wykorzystania w jednym MGO pojemników rożnego rodzaju od uzyskania zgody Zamawiającego narusza równowagę stron umowy.

Odwołujący podniósł, że odpowiedź na pytanie nr 16 nie koreluje z treścią odpowiedzi na pytanie nr 9 (Sektor I) i 44 (Sektor IV), 6 (Sektor II), 8 (Sektor III) w której Zamawiający

wskazał, że „Wykonawca wyposaży nieruchomości w pojemniki i worki zgodnie z pkt 6

w Rozdziale II Szczegółowych warunków umowy i to w gestii Wykonawcy pozostaje decyzja o realizacji usługi pojemnikami większymi niż 1,1 m^3". Skoro Wykonawca ma swobodę w zakresie określenia pojemności pojemników na odpady w danym MGO, to zapis ten jest nie do pogodzenia z jednoczesnym wymogiem uzyskania zgody Zamawiającego na zastosowanie pojemników różnego rodzaju. Wielkość (pojemność) pojemnika ma bowiem istotny wpływ na konieczność zastosowania określonego mechanizmu załadowczego.

Odwołujący argumentował, że w przypadku wykorzystania w jednym MGO pojemnika KP7 lub KP10 na odpady zmieszane, który standardowo jest opróżniany samochodem typu bramowiec lub hakowiec, pojemniki do zbiórki odpadów selektywnych w celu spełniania obowiązku stawianego przez Zamawiającego w rozdziale II pkt 7 ppkt 7 SWU także musiałyby być odbierane samochodem bramowym lub hakowym. Oznaczałoby to konieczność podstawienia kontenerów również do zbiórki tych odpadów komunalnych. Taki wymóg jest jednakże sprzeczny z zapisami rozdziału II pkt 3, 4 i 5 SWU, w których określone zostały wymagania co do pojemników służących do gromadzenia poszczególnych frakcji odpadów. Przykładowo w przypadku pojemników na bioodpady Zamawiający wskazuje w rozdziale II pkt 4 SWU pojemniki o pojemności maksymalnie do 4 m^3 (pojemniki o pojemności 4m^3 opisane w SWU mogą być opróżniane HDS). Oznacza to, że taki system ogranicza swobodę wykonawcy w doborze pojemników do gromadzenia odpadów w danym MGO i wyklucza zastosowanie kontenerów na odpady zmieszane, choć Zamawiający w załączniku nr 4 przewiduje wykorzystanie 19 pojemników kontenerowych do gromadzenia

odpadów zmieszanych a udzielając odpowiedzi na pytanie 9 wskazuje, że decyzja o realizacji usługi pojemnikami większymi niż 1,1 m^3 leży w gestii wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego kolejna nieścisłość w treści SIWZ spowodowana udzieleniem odpowiedzi na pytanie nr 16 i 51 i 12 polega na tym, że Zamawiający dopuszcza zastosowanie do zbiórki szkła pojemników Zamawiającego typu DZWON. Pojemniki te są opróżniane za pomocą HDS. Ustawienie takich pojemników w MGO wymusza, aby wszystkie pozostałe pojemniki były również opróżniane za pomocą HDS, tymczasem Zamawiający w przytoczonych wyżej zapisach SWU dokładnie wskazuje, jakie pojemniki dla każdej frakcji odpadów mogą być przez wykonawcę wykorzystane na terenie sektora. W przeważającej większości są to pojemniki, których odbiór następuje pojazdem bezpylnym z wykorzystaniem grzebieniowej metody załadunku. Pojazdy te nie opróżniają pojemników 0,12-1,1 m^3 HDS-em.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 26.06.2020 r. w punkcie 46 i 38, 91 dla sektorów I i IV, III wskazał, że:
„46) (38) do Rozdziału II Szczegółowych warunków umowy dopisuje się pkt od 9 do 17 o następującej treści:

(...) 17. Zamawiający na wniosek Wykonawcy może udostępnić pojemniki stanowiące własność Zamawiającego służące do gromadzenia odpadów opakowaniowych ze szkła:

1) Zamawiający jest w posiadaniu 379 (249) sztuk pojemników opróżnianych za pomocą systemu HDS o pojemnościach i rodzajach:

- Kada Bis 2,8 m^3 - 8 szt.,
- Iglo 2,5 m^3- 300 szt.,
- AT 2,5 m^3- 10 szt.,
- Remopap 1,6 m^3 - 17 szt.,
- Remopap 3,2 m^3 - 44 szt. (...)."

Odwołujący podniósł, że pojemniki na szkło Zamawiającego muszą być opróżniane samochodem z HDS-em, ale pozostałe pojemniki na papier, plastik czy odpady zmieszane w danym MGO mogłyby być odbierane przez standardową śmieciarkę, a nie przez samochód z HDS. Ustanowione zostało więc ograniczenie możliwości wykorzystania pojemników Zamawiającego na szkło. Zdaniem Odwołującego zapisy te znacząco utrudniają także odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, w których to właściciele nieruchomości deklarują wybór określonego rodzaju pojemników/kontenerów. Doświadczenie wykonawcy wskazuje, że dokonując wyboru pojemnika właściciele nieruchomości niezamieszkałych nie analizują, czy pojemniki/kontenery mają jednolity system załadunku.

Biorąc pod uwagę, że poszczególne frakcje odpadów zbierane są selektywnie, ich odbiór następuje odrębnym transportem. Zdaniem Odwołującego wymaganie, aby wszystkie pojemniki w danym MGO odbierane były przez pojazdy wyposażone w takie same urządzenia dedykowane do opróżnienia pojemników, jest nieuzasadnione potrzebą Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie pozostaje niejasny, skoro z jednej strony wykonawca po przeprowadzeniu konsultacji z właścicielami nieruchomości obowiązany jest do samodzielnego określenia ilości, rodzaju oraz pojemności pojemników w danym MGO, z drugiej jednak strony jest ograniczony z uwagi na konieczność zapewnienia w jednym MGO pojemników odbieranych z wykorzystaniem jednakowego mechanizmu załadowczego, chyba że uzyska zgodę zamawiającego. Biorąc pod uwagę możliwość uzyskania decyzji odmownej - w SIWZ nie wskazano żadnych kryteriów, którymi kierować się będzie Zamawiający udzielając lub odmawiając udzielenia zgody na zastosowanie pojemników z różnym mechanizmem załadowczym, zasadne jest wprowadzenie zmian do treści SIWZ.

Wobec wprowadzenia selektywnej zbiórki odpadów, odbiór odpadów poszczególnych frakcji następuje odrębnie. Wymóg aby odpady wszystkich frakcji w jednym MGO były zbierane w pojemnikach jednego rodzaju, czyli opróżnianych z wykorzystaniem jednego mechanizmu załadowczego jest nieadekwatny do opisu przedmiotu zamówienia. W związku z tym zdaniem Odwołującego zasadnym jest ograniczenie obowiązku zastosowania pojemników z takim samym mechanizmem załadowczym w jednym MGO do pojemników przeznaczonych na odpady danej frakcji odpadów.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nadanie ppkt 7 pkt 7 rozdział II SWU następującego brzmienia:

„7) wyposażenia poszczególnych MGO w pojemniki tego samego rodzaju dla danej frakcji odpadów z zastrzeżeniem, że w przypadku uzyskania zgody Zamawiającego możliwe będzie zastosowanie pojemników różnego rodzaju.".

W uzasadnieniu zarzutu pkt 3 odwołania Odwołujący podniósł, że w rozdziale II SWU zatytułowanym Wyposażenie nieruchomości obsługiwanych w pojemniki i worki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych Zamawiający wskazał, jak należy wyposażyć nieruchomości wielolokalowe. W rozdziale II pkt 6 ppkt 2 SWU Zamawiający wskazał: „W zakresie wyposażania nieruchomości obsługiwanych Wykonawca będzie kierował się następującymi zasadami:

1) (...)

2) Nieruchomości zamieszkałe o charakterze wielolokalowym:

a) pojemniki o pojemnościach od 1,1 m^3 do 16 m^3 (przeznaczone do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,

b) pojemniki o pojemności od 1,1 m^3 przeznaczone do gromadzenia odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych,

c) pojemniki o pojemności od 1,1 m^3 przeznaczone do gromadzenia odpadów z papieru,

d) pojemniki o pojemności 0,12 m^3, 0,24 m^3, 0,36 m^3 lub w uzasadnionych przypadkach, po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego, pojemniki 1,1 m^3 lub większe, przeznaczone do gromadzenia bioodpadów,

e) pojemniki o pojemności od 1,1 m^3 (lub w pojemniki o mniejszych pojemnościach, w przypadku, gdy nie będzie możliwości wyposażenia nieruchomości w pojemniki o podanych pojemnościach) przeznaczone do gromadzenia odpadów ze szkła,) w uzasadnionych przypadkach za zgodą Zamawiającego dopuszcza się mniejsze pojemności pojemników, jak w przypadku ppkt 1)."

Odwołujący podniósł, że w zakresie wyposażenia nieruchomości wielolokalowych Zamawiający wskazał wyłącznie na konieczność ich wyposażenia w pojemniki. Z żadnego zapisu SIWZ nie wynika obowiązek wyposażenia nieruchomości wielolokalowych w worki do gromadzenia odpadów. Tymczasem w odpowiedzi nr 46 na zapytanie do treści SIWZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca jednorazowo może przekazać właścicielowi nieruchomości (...) o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków".

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający zmienił także treść załącznika nr 4 do SWU - Przewidywana liczba pojemników i worków niezbędna do realizacji zamówienia. Stary załącznik nr 4 określał zdecydowanie mniejsze przewidywane ilości worków niezbędnych do realizacji zamówienia dla poszczególnych frakcji odpadów, niż przewiduje to załącznik nr 4. Porównanie liczby worków określonych w treści starego i nowego załącznika nr 4 dla poszczególnych frakcji odpadów przedstawia poniższa tabela. Obserwowany jest ponad osiemnastokrotny wzrost liczby przewidywanych worków dla frakcji bioodpadów, co świadczyć może o zamiarze wykorzystania worków także dla nieruchomości wielolokalowych i omyłkowym braku modyfikacji postanowień rozdziału II pkt 6 ppkt 2 SWU.

Frakcja odpadu	Liczba worków stary załącznik nr 4	Liczba worków nowy załącznik nr 4
Papier tektura	60 000	120 000
Tworzywa sztuczne	160 000	240 000
Szkło	22 000	45 000
Bioodpady	50 000	930 000

Odwołujący podniósł, że nieruchomości wielolokalowe mają być wyposażane w pojemniki na wszystkie frakcje, a na odpady zielone stosownie do rozdziału V pkt 3 SWU wyposażane są w kontenery. Plastikowe worki same w sobie są dodatkowym odpadem i stanowią duże utrudnienie dla instalacji zagospodarowujących odpady, w szczególności odpady zielone. Poza tym nieruchomości wielolokalowe generują odpady zielone w dużych ilościach w wyniku np. koszenia trawy czy grabienia liści na terenach zarządzanych przez Spółdzielnie Mieszkaniowe, co uzasadnia zastosowanie do ich gromadzenia kontenerów zamiast worków.

Odwołujący zwrócił uwagę, że udzielając odpowiedzi na część pytań, Zamawiający wprost wskazywał, że zmienia się treść SIWZ. Jednakże w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 46 (9) takiego sformułowania nie zawarł, choć de facto dokonał zmiany treści SIWZ poprzez nałożenie maksymalnego limitu liczby worków, które można przekazać właścicielom nieruchomości wielolokalowych. Prowadzi to do wniosku, że podczas gdy w świetle pierwotnego brzmienia SIWZ nie przewidziano obowiązku wyposażenia właścicieli nieruchomości wielolokalowych w worki do gromadzenia odpadów, to odpowiedź na pytanie nr 46 oznacza wprowadzenie takiego obowiązku.

Wobec powyżej przytoczonych okoliczności i faktycznego wprowadzenia obowiązku wyposażenia właścicieli nieruchomości niezamieszkałych w worki Odwołujący wniósł o doprecyzowanie treści SIWZ poprzez wykreślenie z odpowiedzi nr 46 (Sektor I) i 9 (Sektor

IV) sformułowania „a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym

maksymalnie 1000 sztuk worków' i tym samym potwierdzenie, że nie ma obowiązku

przekazywania worków właścicielom nieruchomości wielolokalowych.

W uzasadnieniu zarzutu 4 odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z pierwotnym

brzmieniem rozdziału II pkt 2 SWU w zakresie terminów wyposażenia nieruchomości obsługiwanych położonych wzdłuż ulic w obrębie Sektora, wykonawca zobowiązany jest do:

1) „wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki przeznaczone do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki Wykonawcy.

2) wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki i/lub worki przeznaczone do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, tj. odpadów z papieru, odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych, oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada. swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy,

3) sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego,

4) zaplombowania pojemników podstawionych przed dniem rozpoczęcia realizacji usługi w sposób uniemożliwiający gromadzenie w nich odpadów przez właścicieli nieruchomości do czasu rozpoczęcia realizacji usługi. Ponadto na pojemniku ma być widoczna informacja o terminie rozpoczęcia obsługi.'.

Odwołujący wskazał, że pismem nr L.dz. AXXZ/MC/982/06/2020/W z dnia 26 czerwca 2020 r. Zamawiający w punkcie 27 dokonał zmiany brzmienia w/w zapisów. Punkt 2 w rozdziale II SWU otrzymał następujące brzmienie:

„2. W zakresie terminów wyposażenia nieruchomości obsługiwanych położonych wzdłuż ulic w obrębie Sektora zgodnie z załącznikiem nr 1 - Uchwała nr XXIX/655/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie podziału Wrocławia na sektory odbierania odpadów komunalnych (ze zm.):

1) Zamawiający przekaże protokolarnie Wykonawcy na okres maksymalnie 2 miesięcy do obsługi pojemniki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych wydzierżawione od poprzedniego Wykonawcy, w przypadku gdy Wykonawca będzie wymieniał wszystkie pojemniki służące do obsługi nieruchomości na terenie Sektora,

2) Wykonawca zobowiązany jest do obsługi przekazanych pojemników zgodnie z zapisami SWU,

3) Wykonawca dokona wymiany pojemników wydzierżawionych na pojemniki stanowiące jego własność w terminie maksymalnie 2 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi,

4) wydzierżawione pojemniki, które zostaną wymienione na pojemniki Wykonawcy, Wykonawca zawiezie na własną bazę magazynowo- transportową,

5) Wykonawca zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego drogą elektroniczną o terminie zakończenia wymiany wszystkich pojemników na 10 dni kalendarzowych przed tym faktem,

6) po wymianie wszystkich wydzierżawionych pojemników Wykonawca przetransportuje pojemniki na bazę magazynowo-transportową poprzedniego Wykonawcy położoną w odległości maksymalnie 60 km od Wrocławia, dokładną lokalizację wskaże Zamawiający na wniosek Wykonawcy,

7) Wykonawca zobowiązany jest do wykonania obowiązków w ppkt 6) w terminie maksymalnie 7 dni kalendarzowych po wymianie wszystkich pojemników, jednakże nie później niż w terminie 2 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi,

8) po przetransportowaniu wszystkich pojemników Zamawiający dokona ich protokolarnego odbioru od Wykonawcy,

9) Wykonawca w trakcie użytkowania wydzierżawionych pojemników odpowiada za ich stan techniczny; w przypadku uszkodzenia pojemnika dokona jego wymiany na pojemnik o takich samych parametrach,

10) w przypadku gdy Wykonawca nie będzie wymieniał wszystkich pojemników służących do obsługi nieruchomości na terenie Sektora, Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki przeznaczone do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki Wykonawcy,

11) w przypadku gdy Wykonawca nie będzie wymieniał wszystkich pojemników służących do obsługi nieruchomości na terenie Sektora, Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki i/lub worki przeznaczone do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, tj. odpadów z papieru, odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych, oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy,

12) Wykonawca zobowiązany jest do sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego.”.

Odwołujący wywiódł, że zmiany wprowadzone do SIWZ doprowadziły do sytuacji, w której dzierżawa pojemników przez wykonawcę rozpoczynającego świadczenie usługi ma charakter obligatoryjny. Treść zmiany jest kategoryczna, co oznacza, że wykonawca przez okres maksymalnie dwóch miesięcy ma obowiązek korzystania z wydzierżawionych pojemników, chyba że nowo wybrany wykonawca jest dotychczasowym wykonawcą umowy i to należące do niego pojemniki znajdują się na sektorze w chwili rozpoczęcia świadczenia usługi. Zamawiający daje nowemu wykonawcy czas do 2 miesięcy na wymianę pojemników na Sektorze, przy czym przyjmuje, że jest to okres 8,71 tygodnia (zobacz formularz cenowy - załącznik nr 2 do oferty). W okresie tym wykonawca korzystać może z pojemników wydzierżawionych od poprzedniego wykonawcy. Zamawiający wprowadza także obowiązek zabrania wymienionych pojemników będących przedmiotem dzierżawy na własną bazę magazynowo-transportową a następnie zbiorczego ich dostarczenia na bazę magazynowo-transportową poprzedniego wykonawcy, od którego dzierżawione były pojemniki.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dostosował treść SWU do w/w zmian jedynie w części i do tego w sposób, który budzi wątpliwości i de facto uniemożliwia przeprowadzenie inwentaryzacji pojemników zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego lub uniemożliwia dzierżawę pojemników, choć jednocześnie wprowadza jej obowiązek.

Odwołujący wskazał, że 30 czerwca 2020 r. pismem nr L.dz. AXX/MC/1007/06/2020/W Zamawiający zmienił brzmienie ppkt 6 pkt 5 rozdziału XV SWU nadając mu następujące brzmienie:

„6) Wykonawca w ciągu 7 dni kalendarzowych od otrzymania wyników weryfikacji inwentaryzacji udostępni dane Zamawiającemu w systemie monitoringu pojazdów i identyfikacji pojemników poprzez portal internetowy, o którym mowa w pkt 2, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodów) Transponderów sparowanych z MGO Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 8 tygodni od dnia rozpoczęcia

realizacji usługi."

W dniu 3 lipca 2020 r. pismem nr Ldz. AXXZ/MC/1026/07/2020/W zmienił brzmienie ppkt 4 pkt 5 rozdział XV SWU nadając mu następujące brzmienie:

„4) Wykonawca wyniki inwentaryzacji prześle Zamawiającemu nie później niż w terminie 3 tygodni od dnia zawarcia umowy, w formie tabelarycznej (MS Excel), zgodnie z załącznikami nr 25, 26 oraz 27, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodów) Transponderów sparowanych z MGO zgodnie z załącznikiem nr 26 Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 8 tygodni od dnia rozpoczęcia realizacji usługi".

Odwołujący wskazał, że zapis ppkt 5 pkt 5 rozdział XV SWU pozostał niezmieniony i zakłada, że „Zamawiający zweryfikuje wyniki inwentaryzacji przeprowadzonej przez Wykonawcę i przekaże zweryfikowane dane Wykonawcy w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia otrzymania wyników aktualizacji od Wykonawcy".

Odwołujący argumentował, że Zamawiający dał wykonawcy okres 8 tygodni na przesłanie wyników inwentaryzacji tj. wykazu pojemników przyporządkowanych do danego MGO wraz z numerami chipów poszczególnych pojemników. Jest to sprzeczne z możliwością skorzystania do 2 miesięcy z pojemników dzierżawionych przez Zamawiającego od poprzedniego wykonawcy. Obowiązek przeprowadzenia inwentaryzacji pojemników, w sytuacji gdy przez okres 8 tygodni mogą być rozstawione na Sektorze pojemniki należące do innego wykonawcy budzi zastrzeżenia. Zwłaszcza że pojemniki wykonawcy świadczącego usługę w okresie od 16 maja do 15 listopada 2020 r. rozstawione zostały zaledwie na pół roku a ich pojemność w wielu przypadkach nie odpowiada faktycznemu zapotrzebowaniu. Wykonawca ten podstawił bowiem w większości MGO w zabudowie wielolokalowej zaledwie 1 pojemnik na bioodpady o pojemności 120 l lub 240 l. Inwentaryzacja powinna dotyczyć pojemników danego wykonawcy, który obsługuje rejon, a nie jego poprzednika.

Z tego względu Odwołujący wniósł o zmianę zapisów postanowień rozdziału XV SWU Odwołujący wniósł o nadanie następującego brzmienia ppkt 4 pkt 5 rozdział XV SWU:

„4) Wykonawca wyniki inwentaryzacji prześle Zamawiającemu nie później niż w terminie 3 tygodni od dnia zakończenia wymiany wszystkich pojemników na sektorze na pojemniki będące własnością wykonawcy lub zamawiającego w przypadku wykorzystania pojemników Zamawiającego na szkło, w formie tabelarycznej (MS Excel) zgodnie z załącznikami nr 25. 26 oraz 27, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodów) Transponderów sparowanych z MGO zgodnie z załącznikiem nr 26 Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 8 tygodni od dnia zakończenia wymiany wszystkich pojemników.”.

Odwołujący wniósł o nadanie następującego brzmienia ppkt 6 pkt 5 rozdział XV SWU:
„6) Wykonawca w ciągu 7 dni kalendarzowych od otrzymania wyników weryfikacji inwentaryzacji udostępni dane Zamawiającemu w systemie monitoringu pojazdów i identyfikacji pojemników poprzez portal internetowy, o którym mowa w pkt 2, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodowi Transponderów sparowanych z MGO Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 8 tygodni od dnia zakończenia wymiany wszystkich pojemników.”.

Odwołujący wskazał także, że wykonawca, który będzie korzystał z dzierżawionych przez Zamawiającego pojemników od poprzedniego wykonawcy, jest zobowiązany do wymiany wszystkich uszkodzonych pojemników. Uwzględniając fakt, iż na sektorze znajdują się pojemniki w różnym stanie, które można zakwalifikować do uszkodzonych, ale uszkodzenie nie wpływa na dalszą funkcjonalność pojemnika, wykonawca „przejmując" w użytkowanie pojemniki poprzedniego wykonawcy może zostać postawiony w sytuacji, w której będzie musiał wymieniać pojemniki poprzedniego wykonawcy nawet wówczas, gdy uszkodzenia powstały przed rozpoczęciem obsługi sektora a więc zanim na wykonawcę przeszło ryzyko uszkodzenia pojemników. Tym samym konieczny zapis upoważniający wykonawcę do przejęcia odpowiedzialności za pojemniki dopiero po dokonaniu pierwszego odbioru pojemnika. Inwentaryzacja dzierżawionych pojemników z przeglądem stanu technicznego może odbyć się przy okazji pierwszego odbioru pojemników przez wykonawcę, czyli w okresie 2 tygodni od rozpoczęcia realizacji usługi. W innym przypadku nie będzie możliwe stwierdzenie, które uszkodzenia pojemników powstały w trakcie obsługi wykonawcy, za które odpowiada on materialnie, a za które odpowiedzialny jest poprzedni wykonawca. Odwołujący wskazał, że Sektor I - Stare Miasto i Śródmieście to sektor niebezpieczny, w którym często zdarzają się akty wandalizmu. Z doświadczenia wykonawcy wynika, że nawet do 10% pojemników może być uszkodzonych. Z tego względu zasadnym jest wprowadzenie możliwości zgłoszenia zastrzeżeń co do stanu technicznego pojemnika,

pozwalające na ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy za stan pojemnika do okresu, w którym dokonywać on będzie odbiorów.

Odwołujący wniósł o nadanie ppkt 9 pkt 2 rozdział II SWU następującego brzmienia:

„Wykonawca w trakcie użytkowania wydzierżawionych pojemników odpowiada za ich stan techniczny z zastrzeżeniem możliwości zgłoszenia Zamawiającemu uwag do stanu technicznego dzierżawionych pojemników w terminie 7 dni od dokonania pierwszego odbioru z danego pojemnika. Zgłoszenie zastrzeżeń do stanu technicznego określonego pojemnika wyłącza odpowiedzialność wykonawcy za uszkodzenia pojemnika; w pozostałych przypadkach uszkodzenia pojemnika wykonawca dokona jego wymiany na pojemnik o takich samych parametrach.”.

Odwołujący wskazał także, że w zakresie, w jakim wprowadzono obowiązek dzierżawy pojemników i nie stworzono wykonawcy możliwości wyboru, czy będzie chciał skorzystać z dzierżawy, czy też nie, doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż istnieje ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert przez wykonawców. Dzierżawa wiąże się bowiem z dodatkowymi obowiązkami wykonawcy, generującymi koszty, dla których nie przewidziano odrębnej pozycji w formularzu cenowym. Obligatoryjny charakter dzierżawy naraża wykonawcę dysponującego swoimi pojemnikami i zdolnego do umieszczenia ich na rejonie w pierwotnie wymaganym przez Zamawiającego terminie 30 dni obowiązkami, które generują dodatkowe koszty świadczenia usługi związane z koniecznością zebrania, zmagazynowania i przetransportowania pojemników. Rodzi to niebezpieczeństwo złożenia nieporównywalnych ofert przez wykonawców, gdyż każdy z nich może te koszty skalkulować odmiennie, wrzucając w koszty poszczególnych albo tylko jednej frakcji odpadów, nie przewidziano bowiem odrębnej pozycji cenowej za czynność zebrania wszystkich pojemników poprzedniego wykonawcy, przechowywania ich na własnej bazie magazynowo-transportowej oraz przewiezienia ich na bazę magazynowo-transportową poprzedniego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o dodanie w punkcie 2 rozdział II SWU ppkt 13 o następującej treści:

„13) Wykonawca w terminie 30 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi może złożyć Zamawiającemu oświadczenie, że nie zamierza korzystać z dzierżawy pojemników. W takim przypadku w zakresie obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki stosuje się pkt 10, 11 i 12. Ponadto obowiązany będzie do zaplombowania pojemników podstawionych przed dniem rozpoczęcia realizacji usługi w sposób uniemożliwiający gromadzenie w nich odpadów przez właścicieli nieruchomości do czasu rozpoczęcia realizacji usługi. Na pojemniku ma być widoczna informacja o terminie rozpoczęcia obsługi.’.

Na wypadek uwzględnienia w/w żądania Odwołujący wniósł także o dodanie ppkt 4a oraz ppkt 6a w pkt 5 rozdział XV SWU o następującym brzmieniu:

„4a) Jeżeli zaś wykonawca nie będzie dzierżawił pojemników to wyniki inwentaryzacji prześle Zamawiającemu nie później niż w terminie 3 tygodni od dnia zawarcia umowy, w formie tabelarycznej (MS Excel), zgodnie z załącznikami nr 25, 26 oraz 27, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodów) Transponderów sparowanych z MGO zgodnie z załącznikiem nr 26 Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 8 tygodni od dnia zawarcia umowy.”,

„6a) Jeżeli zaś wykonawca nie będzie dzierżawił pojemników to w ciągu 7 dni kalendarzowych od otrzymania wyników weryfikacji inwentaryzacji udostępni dane Zamawiającemu w systemie monitoringu pojazdów i identyfikacji pojemników poprzez portal internetowy, o którym mowa w pkt 2, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodów) Transponderów sparowanych z MGO Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 8 tygodni od dnia rozpoczęcia realizacji usługi."

Odwołujący wskazał także, że koszty związane z przywiezieniem wymienionych pojemników na bazę magazynowo- transportową wykonawcy, zmagazynowaniem ich do czasu dokonania wymiany wszystkich pojemników, a następnie przetransportowania tych pojemników na bazę magazynowo-transportową poprzedniego wykonawcy to koszty kilkuset tysięcy do ponad miliona złotych. Jest to koszt trudny do oszacowania, gdyż Odwołujący nie ma wiedzy o szczegółowych parametrach technicznych tych pojemników. Jest to więc istotny element kosztotwórczy, którego Zamawiający nie uwzględnił dokonując opisu przedmiotu zamówienia. Jest to koszt zdecydowanie zawyżający koszty świadczenia usługi. Odwołujący wskazał, że większość pojemników dla celów transportu i zmagazynowania na bazie

magazynowo-transportowej wykonawcy wymaga zdemontowania kółek. Odwołujący nie ma wiedzy, czy pojemniki, które będą przedmiotem dzierżawy zostały wyposażone w kółka, które można fabrycznie zdemontować, czy też kółka, które nie podlegają demontażowi bez uszczerbku dla pojemnika. Stąd zasadnym jest przetransportowanie tych pojemników po ich wymianie bezpośrednio na bazę magazynowo- transportową poprzedniego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nadanie ppkt 4 pkt 2 Rozdział II SWU nowego brzmienia o następującej treści:

„wydzierżawione pojemniki, które zostaną wymienione na pojemniki Wykonawcy. Wykonawca zawiezie na bazę magazynowo-transportową poprzedniego Wykonawcy, dokładną lokalizację wskaże Zamawiający na wniosek Wykonawcy."

Odwołujący wniósł o wykreślenie ppkt 6 pkt 2 Rozdział II SWU.

Odwołujący wniósł także o uzupełnienie załącznika nr II - Zestawienie kosztów zadania o pozycję dotyczącą wyceny usługi polegającej na zebraniu i przetransportowaniu do poprzedniego wykonawcy pojemników będących przedmiotem dzierżawy.

W przypadku zarzutu nr 5 (Sektor IV, II, Sektor III) Odwołujący podniósł, że w wyniku częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania z dnia 24 marca 2020 r., sygn. akt KIO 540/20, a konkretnie zarzutu nr 9, Zamawiający zmienił treść SIWZ w następujący sposób:

„ust.7 § 8 projektu umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„7. Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę: kierowców odbierających odpady komunalne, osoby zatrudnione w BOK, osoby koordynujące realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia, wagowych, ładowaczy."

Z kolei w piśmie z dnia 30.06.2020 r. L.dz. AXXZ/MC/1006/06/2020/W udzielając odpowiedzi na pytanie nr 113 (Sektor IV) i 68 (Sektor II), 71 (Sektor III) o treści: „Rozdział XI pkt 1 ppkt 1-3 określa transport odpadów, do których jest zobowiązany wykonawca. Pkt 3 mówi iż transport ma się odbywać do bazy magazynowo-transportowej wykonawcy. Prosimy o wyjaśnienie, czy wymagania Zamawiającego w zakresie transportu odpadów dotyczą tylko transportu odpadów do bazy magazynowo-transportowej tj. wymogu zatrudnienia kierowców na umowę o pracę etc." Zamawiający całkowicie pominął dokonaną przez siebie zmianę treści SIWZ i odniósł się do brzmienia § 8 ust. 7 projektu umowy sprzed zmiany dokonanej w dniu 15 czerwca 2020 r.

W odpowiedzi na pytanie nr 113 Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z § 8 ust. 7 Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem, zagospodarowaniem (jeśli prowadzone jest we własnym zakresie) odpadów komunalnych. Oznacza to, że w każdym przypadku, kiedy wykonanie przedmiotu zamówienia polega na transporcie odpadów, w/w wymóg znajduje zastosowanie, a co za tym idzie obejmuje również czynności związane z transportem odpadów do instalacji wskazanych w umowie, choćby do opisu tych czynności użyto innych określeń, jak np. przekazanie odpadów. Wyjaśnić należy, że przywołane w pytaniu postanowienie SWU dotyczące transportu odpadów do bazy magazynowo-transportowej reguluje jeden z aspektów transportu odpadów odebranych, tj. transport odpadów celem ich zważenia, co, oczywiście, nie wyczerpuje wszystkich czynności związanych z transportem odpadów, które składają się na wykonanie przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że Wykonawca jest bowiem zobowiązany w ramach wykonania przedmiotu zamówienia do przekazywania odpadów, co za tym idzie ich transportu, do odpowiednich instalacji. Czynności tego rodzaju z oczywistych powodów są więc objęte dyspozycją § 8 ust. 7 projektu umowy."

Opis przedmiotu zamówienia określający warunki świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia powinien być dokonany w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, czego, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 113 do treści SIWZ, Zamawiający zaniechał. Skoro wszelkie odpowiedzi na pytania wykonawców zadane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiążą wykonawców bez konieczności ich formalnego wprowadzenia do treści SIWZ, to działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu odpowiedzi z przywołaniem zmienionych zapisów SIWZ, wprowadza w błąd, biorąc pod uwagę, że dokonane zostało już po dokonaniu zmian treści SIWZ w dniu 15 czerwca 2020 r. Stąd koniecznym jest dokonanie zmian mających na celu eliminację zapisów budzących

wątpliwości.

Wyjaśnić należy, że „kierowcy odbierający odpady" to członkowie brygad odbierających odpady komunalne bezpośrednio od właścicieli nieruchomości. Kierowcy ci wykonują odbiór odpadów z terenu Sektora i ich transport do bazy magazynowo-transportowej wykonawcy. Dla możliwości prowadzenia tego rodzaju działalności wykonawca musi posiadać wpisu do rejestru działalności regulowanej oraz zezwolenie na transport. Obowiązki wykonawcy w zakresie odbierania odpadów komunalnych Zamawiający sprecyzował przede wszystkim w rozdziale III SWU. Nie sposób jednak rozszerzać rozumienie pojęcia „kierowców odbierających odpady komunalne" na kierowców realizujących transport na dalszych etapach świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia.

Odwołujący wnosił o wykreślenie odpowiedzi, która jest niezgodna ze zmianą wprowadzoną przez Zamawiającego w wyniku uwzględnienia odwołania z dnia 13 marca

2020 r. i wskazanie w odpowiedzi na pytanie nr 113 (Sektor IV) i 68 (Sektor II), że Zamawiający zmienił brzmienie § 8 pkt 7 projektu umowy pismem z dnia 15 czerwca 2020 r., pismo L.dz. AXXZ/MC/907/06/2020/W.

Co do zarzutu 6 odwołania (Sektor II) Odwołujący zaznaczył, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 6 Zamawiający oświadczył, że „zmienia się treść Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:

1) załącznik nr 4 do Szczegółowych warunków umowy otrzymuje nowe brzmienie (w załączeniu zamienny załącznik),

2) załącznik nr 19 do Szczegółowych warunków umowy otrzymuje nowe brzmienie (w załączeniu zamienny załącznik)",

jednakże zaniechał jednoczesnego umieszczenia zamiennych załączników na stronie internetowej. Do nowego brzmienia treści załącznika nr 4, określającego przewidywaną liczbę pojemników i worków niezbędną do realizacji zamówienia, Zamawiający odniósł się także udzielając odpowiedzi na pytanie nr 30. Oświadczenie o nadaniu nowej treści załącznikowi nr 4 oraz załącznikowi nr 19 do SWU bez udostępnienia nowego brzmienia załączników na stronie internetowej Zamawiającego narusza przepisy ustawy. Takie działanie uniemożliwia bowiem należyte skalkulowanie oferty, gdyż wykonawcy nie wiedzą, do jakich wartości określających przewidywaną liczbę pojemników i worków, które zobowiązani są zapewnić w toku realizacji zamówienia, powinni się odnieść.

W punkcie 33 pisma z dnia 3 lipca 2020 r. Zamawiający wskazał, że „zmienia się treść załącznika nr 18 - Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników (w załączeniu zamienny załącznik)", jednakże załącznik w nowym brzmieniu nie został opublikowany na stronie internetowej Zamawiającego. Oznacza to, że dokumentacja postępowania umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego jest niekompletna, co uniemożliwia należyte przygotowanie i skalkulowanie oferty.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu opublikowania na stronie internetowej Zamawiającego treści załączników nr 4, nr 18 i nr 19 do SWU oraz nakazanie przesunięcia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian do oferty wynikających z wprowadzonych przez Zamawiającego zmian treści SIWZ.

W zakresie zarzutu nr 7 (Sektor II) Odwołujący podniósł, że w pkt 1 ppkt 1 rozdziału XII SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty Zamawiający przewidział, że:

„1. Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1) wypełniony „Formularz oferty" sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ; (...)

3) „Zestawienie kosztów zadania" według załącznika nr II".

W pkt 2 rozdziału XIV SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał, że cena ofertowa brutto obejmuje całkowite wynagrodzenie netto za wykonanie przedmiotu zamówienia, powiększone o wartość podatku VAT, wyliczone w oparciu o określone w Zestawieniu kosztów zadania:

1) podane przez Wykonawcę ryczałtowe ceny jednostkowe netto,

2) ilości odebranych, zebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych

odpadów, podane w Mg,

3) ilości usuniętych, zebranych, przetransportowanych i zagospodarowanych odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych, podane w m3,

4) kwotę z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace interwencyjne,

5) liczbę tygodni dzierżawy pojemników.

Z zapisem tym nie koresponduje treść formularza oferty. W punkcie 4 formularza oferty Zamawiający przewidział następujący zapis:

„4. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto:
..... zł (zgodnie z pozycją nr 13 z załącznika nr II).”

Załącznik nr II to zestawienie kosztów zadania. W zestawieniu tym cena ofertowa brutto wskazana została w pozycji 20, stanowiącej sumę pozycji 13 i 17. Zgodnie z zapisami SIWZ cena ofertowa brutto w formularzu oferty powinna obejmować nie tylko cenę za usługi określone w poz. 1 - 10 formularza cenowego, ale także cenę za dzierżawę pojemników określoną w poz. 14 powiększone o wartość podatku VAT.

Zamawiający błędnie sformułował treść formularza oferty, czym naruszył zasadę przejrzystości postępowania. Przy zachowaniu obecnego brzmienia formularza oferty dojść może do oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w SIWZ.

Odwołujący wnosił o nadanie następującego brzmienia punktowi 4 formularza oferty:
„4. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto:
..... zł (zgodnie z pozycją nr 20 z załącznika nr II).”

W zarzucie nr 8 (Sektor II) Odwołujący wskazał, że w rozdziale IV pkt 1.2.3. SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej. Sprecyzowany w pkt 1.2.3.2. pkt 3) warunek dotyczy konieczności dysponowania przez wykonawcę samochodem dostawczym o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5 Mg, przystosowanym do transportu selektywnie zebranych odpadów - minimum 3 sztuki, w tym pojazdem spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO V lub EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym i nie starszym niż 8 lat (licząc od roku produkcji) - minimum 1 sztuka.

Zgodnie z postanowieniem pkt 2 rozdział X SWU - Samochód Zbierający Odpady Problemowe (SZOP) za mobilną zbiórkę odpadów problemowych uznaje się zbiórkę wskazanych odpadów przy użyciu pojazdu dostawczego w kolorze białym, o całkowitej masie dopuszczalnej nieprzekraczającej 3,5 Mg i długości co najmniej 4,8 m.

Samochody dostawcze wymagane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogą mieć masę do 5 Mg, podczas gdy samochód SZOP musi mieć masę nieprzekraczającą 3,5 Mg. Oznacza to, że samochody dostawcze, którymi musi dysponować wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mogą, ale nie muszą być wskazane w załączniku nr VI do oferty - Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych. Zamawiający potwierdza to wprost udzielając odpowiedzi na pytanie nr 10 „SWU - Załącznik A rozdz X pkt 2. Czy samochód zbierający odpady problemowe SZOP, może być jednym z pojazdów przywidzianych w SIWZ Rozdział IV ust. 1.2.3.2. pkt 3?”, w której wskazał, że dopuszcza wpisanie pojazdu zbierającego odpady problemowe SZOP do pojazdów przewidzianych zgodnie z zapisami SIWZ rozdz. IV pkt 1.2.3.2.3).

Zgodnie z zapisem rozdziału XII pkt 7 SWU w brzmieniu nadanym pismem z dnia 15.06.2020 nr L.dz. AXXZ/MC/905/06/2020/W:

„7. Wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w załączniku nr VI „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych” muszą być wskazane, jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę tylko i wyłącznie do obsługi Sektora. W przypadku jednak, gdy Wykonawca wskazał pojazdy określone w ofercie w załączniku nr IV „Wykaz dodatkowych pojazdów”, wówczas te pojazdy muszą być w pierwszej kolejności wskazane jako podstawowe, z zastrzeżeniem, że Wykonawca może wówczas usunąć z listy pojazdów podstawowych równoważne typy pojazdów wskazane w załączniku nr VI, tak, aby zachowana została minimalna zarówno łączna liczba pojazdów, jak i liczba danego rodzaju pojazdów, wskazana przez Zamawiającego w załączniku nr VI. Usunięte z listy podstawowej pojazdy muszą zostać wskazane jako pojazdy rezerwowe. Zamawiający dopuszcza wykorzystywanie przez Wykonawcę pojazdów rezerwowych do prac innych niż obsługa

Sektora w sytuacji, gdy samochody rezerwowe nie będą służyły do obsługi tego Sektora, tj. zgłoszone jako pojazdy podstawowe."

W SIWZ Zamawiający nie formułuje obowiązku zadeklarowania pojazdów przeznaczonych do zbiórki odpadów problemowych, tj. pojazdów SZOP jako pojazdów podstawowych, które muszą być wykorzystywane wyłącznie do obsługi sektora. Tylko wskazanie tych pojazdów jako pojazdów podstawowych obligowałoby wykonawcę do wykorzystania ich wyłącznie do obsługi Sektora. Biorąc pod uwagę, że przepisy Pzp nie przewidują obowiązku wprowadzenia w SIWZ zmian dokonanych na skutek pytań skierowanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wszelkie odpowiedzi na pytania wykonawców zadane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiążą wykonawców bez konieczności ich formalnego wprowadzenia do treści SIWZ, mamy do czynienia ze sprzecznością w opisie przedmiotu zamówienia.

W świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 67 opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i budzi wątpliwości w zakresie konieczności zapewnienia odpowiedniej liczby pojazdów podstawowych wykorzystywanych wyłącznie do obsługi Sektora. Treść odpowiedzi na pytanie 67 niejako obliguje wykonawcę do wskazania pojazdów SZOP w planie obsługi systemu jako pojazdu podstawowego, podczas gdy wymóg taki nie wynika z innych zapisów SIWZ. Wskazać należy, że w świetle zapisów SIWZ pojazdy dostawcze są wykorzystywane także do odbioru innych odpadów niż odpady problemowe odbierane samochodem SZOP, np. odpadów z aptek. W związku z powyższym treść odpowiedzi na pytanie nr 67 nie tylko skutkuje niejednoznacznością opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający należyte skalkulowanie oferty, ale także nierównością stron, jako że Zamawiający nadużywa swojej pozycji do określenia, które pojazdy muszą być wykorzystywane wyłącznie do obsługi określonego Sektora, w sytuacji gdy wymóg taki nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Należy wziąć pod uwagę niewielki zakres prac samochodu SZOP przewidziany w SWU. W rozdziale X pkt 8 SWU Zamawiający określił, że

„8. Wykonawca zobowiązany jest do:

1) sporządzenia Harmonogramu zbiórki odpadów problemowych z uwzględnieniem terminów i lokalizacji zbiórki, z zastrzeżeniem, że zbiórka musi się odbywać w dwóch lokalizacjach na obszarze każdego z osiedli w obrębie Sektora II, przynajmniej dwa razy w miesiącu,

2) zorganizowania zbiórki w taki sposób, aby każdy przystanek trwał przynajmniej 2 godziny, z zastrzeżeniem, że mobilna zbiórka musi się odbywać od poniedziałku do soboty

w godzinach od 14 do 20, (...)"

Skoro samochód SZOP ma prowadzić zbiórkę odpadów problemowych przez 2 godziny dwa razy w miesiącu na terenie 15 osiedli położonych na terenie Sektora II, to jest to około 100 godzin w miesiącu, co najmniej 60 godzin zbiórki na terenie osiedla plus około 40 godzin na dojazd z terenu bazy magazynowo-transportowej, powrót do bazy magazynowo-transportowej, ważenie na bazie i sporządzenie niezbędnych dokumentów. W miesiącu liczyć można, że jedna załoga samochodu pracować może przez 170 godzin pracy. Tym samym wymóg wykorzystania samochodu SZOP do zbierania odpadów wyłącznie na terenie jednego Sektora jest wymogiem nadmiernym, nieadekwatnym do obowiązków wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Sam Zamawiający szacuje ilość odebranych odpadów w trakcie trwania umowy w samochodach SZOP na 100 Mg /na około 24 m-ce świadczenia usługi czyli około 4 Mg/miesiąc, co daje około 200 kg odpadów dziennie. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymaga dla Sektora II - 3 pojazdów dostawczych o dmc do 5 Mg plus jeden pojazd rezerwowy, stwierdzić należy, że ilość pojazdów dostawczych na Sektorze jest wystarczająca do należytego zabezpieczenia ciągłości świadczenia usługi. Nie ma konieczności, by Zamawiający tak istotnie ingerował w logistykę wykonawcy uniemożliwiając mu wykorzystanie pojazdu na terenie innych Sektorów, w sytuacji gdy za niezorganizowanie zbiórki odpadów problemowych w sposób określony w SWU rozdział X pkt 2, pkt 8 ppkt 2) za każdy stwierdzony przypadek wykonawca może zostać obciążony karą umowną w wysokości 5.000,00 zł (§ 15 ust. 2 pkt 11 lit. w projektu umowy), zaś za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek braku zorganizowania zbiórki odpadów problemowych w sposób określony w zaakceptowanym przez Zamawiającego harmonogramie karą umowną w wysokości 5.000,00 zł (§ 15 ust. 2 pkt 11 lit. x projektu umowy).

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany odpowiedzi na pytanie nr 67 poprzez wskazanie, że Zamawiający dopuszcza wykorzystanie jednego pojazdu SZOP do

obsługi kilku Sektorów.

Do postępowania odwoławczego KIO 1543/20 w charakterze uczestnika postępowania po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Chemeko - System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym". Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z poszczególnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ, modyfikacje SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone ustnie i pisemnie przez Strony i Uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Chemeko - System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu uznając, że zostały spełnione przesłanki formalne wynikające z art. 185 ustawy Pzp i wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść Odwołującego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia sporządzenie opisu w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że kwestionowane w poszczególnych odwołaniach zapisy SIWZ, SWU, wzoru umowy, odpowiedzi na pytania zostały wiernie przytoczone w treści odwołań i nie ma potrzeby powielania.

Izba ustaliła, że w dniu 20 lipca 2020 roku Zamawiający dokonał następującej zmiany treść SIWZ:

1) wykreśla się lit. bb) w pkt 14 ust. 2 § 15 projektu umowy (Sektor I i IV, II, III),

2) wykreśla się lit. cc) w pkt 14 ust. 2 § 15 projektu umowy (Sektor I i IV, II, III),

3) wykreśla się lit. dd) w pkt 14 ust. 2 § 15 projektu umowy (Sektor I, II, III), wykreśla się lit. aa) w pkt 14 ust. 2 § 15 projektu umowy (Sektor IV)

4) anuluje się zmianę treści pkt 2 Rozdziale II Szczegółowych warunków umowy i przyjmuje on poprzednie brzmienie, tj.:

„2. W zakresie terminów wyposażenia nieruchomości obsługiwanych położonych wzdłuż ulic w obrębie Sektora zgodnie z załącznikiem nr 1 - Uchwała nr XXIX/655/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie podziału Wrocławia na sektory odbierania odpadów komunalnych (ze zm.), Wykonawca zobowiązany jest do:

1) wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki

przeznaczone do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki Wykonawcy.

2) wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki i/lub worki przeznaczone do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, tj. odpadów z papieru, odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych, oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy,

3) sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego,

4) zaplombowania pojemników podstawionych przed dniem rozpoczęcia realizacji usługi w sposób uniemożliwiający gromadzenie w nich odpadów przez właścicieli nieruchomości do czasu rozpoczęcia realizacji usługi. Ponadto na pojemniku ma być widoczna informacja o terminie rozpoczęcia obsługi.”,

5) ppkt 7) w pkt 7 w Rozdziale II Szczegółowych warunków umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„7) wyposażenia poszczególnych MGO w pojemniki tego samego rodzaju dla danej frakcji odpadów z zastrzeżeniem, że w przypadku uzyskania zgody Zamawiającego możliwe będzie zastosowanie pojemników różnego rodzaju.”,

6) zmienia się odpowiedź na pytanie nr 45 (Sektor I) i 8 (Sektor IV) na następującą:

„Odpowiedź nr 45 (8):

Jeżeli obecny wykonawca ponownie wygra przetarg i będzie obsługiwał Sektor I, to nie będzie zobowiązany do zaplombowania pojemników oraz umieszczenia na nich informacji o dacie rozpoczęcia realizacji usługi.”

7) zmienia się odpowiedź na pytanie nr 113 (Sektor IV) i 68 (Sektor II) i 71 (Sektor III) na następującą (odpowiednio dla poszczególnych sektorów):

„Odpowiedź nr 113:

Zamawiający zmienił treść Specyfikacji istotnych warunków zamówienia - pkt 7 w § 8 projektu umowy pismem nr AXXZ/MC/907/06/2020/W z dnia 15.06.2020 r.”.

8) w Sektorze II dokonano zmiany treści formularza oferty w pkt 4 zgodnie z żądaniem odwołania oraz dołączono zmienione Załączniki nr 4, 18, 19.

W Sektorze I Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w części w zakresie zarzutów 2. Zamawiający oświadczył, iż wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania dokonując zmian SIWZ w dniu 20 lipca 2020 roku. Jednocześnie

Zamawiający zauważył, iż zarzut nr 4 jest bezprzedmiotowy, ponieważ Zamawiający dokonał zmian zapisów SIWZ. W przypadku zarzutu nr 1 i 3 wnosił o jego odrzucenie jako spóźnionych.

W Sektorze II Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w części w zakresie zarzutów 1,2,4,5. Zamawiający oświadczył, iż wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania dokonując zmian SIWZ w dniu 20 lipca 2020 roku. Jednocześnie Zamawiający zauważył, iż zarzut nr 6 jest bezprzedmiotowy, ponieważ Zamawiający dokonał zmian zapisów SIWZ. W przypadku zarzutu nr 6 wnosił o jego oddalenie.

W Sektorze III Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je

w części w zakresie zarzutów 1 i 3. Zamawiający oświadczył, iż wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania dokonując zmian SIWZ w dniu 20 lipca 2020 roku. Jednocześnie Zamawiający zauważył, iż zarzut nr 2 jest bezprzedmiotowy, ponieważ Zamawiający dokonał

zmian zapisów SIWZ.

W Sektorze IV Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w części w zakresie zarzutów 1,3. Zamawiający oświadczył, iż wykonał czynności zgodnie z żądaniem odwołania dokonując zmian SIWZ w dniu 20 lipca 2020 roku. Jednocześnie Zamawiający zauważył, iż zarzut nr 2 jest spóźniony.

Zamawiający wobec nieuwzględnienia wniosków o uznanie części zarzutów jako spóźnione, na rozprawie wniósł o oddalenie odwołań w podtrzymywanym zakresie. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, co następuje:

Izba postanowiła umorzyć postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów i towarzyszących im żądań w zakresie wskazanym w punkcie 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę

w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegały zarzuty odwołań i towarzyszące im żądania w zakresie wątpliwości co do minimalnej liczby pojazdów rezerwowych, jaką musi dysponować wykonawca na etapie realizacji umowy i wyrażenia zgody przez Zamawiającego na wykorzystanie pojazdu rezerwowego jako podstawowego.

Jak wynika z literalnego brzmienia zapisów SIWZ, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający dokonanymi zmianami SIWZ i SWU ustalił minimalną ilość pojazdów rezerwowych, podczas gdy zapisy wcześniejsze odnosiły się do wartości maksymalnej. Obecnie Zamawiający wymaga dysponowania co najmniej 1 pojazdem rezerwowym na 3 pojazdy podstawowe.

Wbrew jednak twierdzeniom Odwołujący, ani w przypadku zapisów pierwotnych, ani w obecnym brzmieniu wymogu Zamawiający nie skonstruował wymogu liczebności pojazdów rezerwowych w powiązaniu z różnymi rodzajami wymaganych pojazdów, czyli grupami pojazdów. Tak wcześniej, jak i obecnie wymóg dysponowania określoną liczbą pojazdów rezerwowych w stosunku do pojazdów podstawowych odnosił się łącznie do wszystkich pojazdów, nie do określonej kategorii pojazdów. Jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i co potwierdził na rozprawie, docelową liczbę pojazdów rezerwowych ma ustalić sam wykonawca, jako najlepiej zorientowany jak dużą flotą pojazdów powinien dysponować, by zapewnić należyte wykonanie usługi dla danego rejonu. Zamawiający postawił w przedmiotowym zakresie jedynie określony wymóg o charakterze minimalnym. Izba uważa także, że zmiana wymogu z maksymalnego na minimalny jest zmianą racjonalną, odpowiadającą potrzebom Zamawiającego. Powoduje to, że Zamawiający nie narzuca ostatecznej koncepcji wykonania usługi, jaką może przyjąć dany wykonawca, zwłaszcza, że w postępowaniu punktowane będzie dysponowanie większą liczbą pojazdów nowoczesnych, ekologicznych, spełniających normy EURO 6. To wykonawca może przy obecnym brzmieniu

zapisów SIWZ zdecydować, czy zapewni większą liczbę pojazdów podstawowych i rezerwowych, czy dysponował będzie flotą w minimalnym zakresie. Gdyby uczynić zadość żądaniom Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia i warunki udziału w postępowaniu nie zawierałyby żadnych zasad dla określenia poziomu minimalnego pojazdów rezerwowych, co w ocenie składu orzekającego Izby należałoby uznać za wadliwe.

Co do zgody Zamawiającego na wykorzystanie pojazdu rezerwowego jako pojazd podstawowy, Izba uważa, że obowiązku uzyskania zgody nie można zamienić na obowiązek informacyjny. W § 13 wzoru umowy przewidziano wskazanie osób do kontaktu, koordynujących realizację prac w ramach przedmiotowej umowy tak ze strony wykonawcy, jak ze strony Zamawiającego. Przewidziano podanie do kontaktu zarówno numerów telefonu stacjonarnego, jak też komórkowego oraz dodatkowo adresu e-mail. Podano więc co najmniej trzy niezależne źródła, na płaszczyźnie których kontakt przedstawicieli obu stron umowy jest możliwy. Izba nie widzi podstaw, by zaniechać uprzedniego obowiązku poinformowania Zamawiającego o konieczności zastąpienia pojazdu podstawowego pojazdem rezerwowym. Nie udowodniono także, iż kontakt między przedstawicielem wykonawcy a przedstawicielem Zamawiającego może być utrudniony, czy wręcz niemożliwy, co mogłoby narazić wykonawcę na obowiązek zapłaty kar umownych. W interesie Zamawiającego, zdaniem Izby, leży możliwość monitorowania na bieżąco sposobu wykonywania usługi w danym sektorze, monitoringu pojazdów ten sektor obsługujących, a więc również Zamawiający zobowiązany jest do współpracy przy realizacji zadań przedmiotowej umowy i zapewnienia możliwości uzyskania niezbędnych pozwoleń na bieżąco.

Za chybione uznano zarzuty odwołań i towarzyszące im żądania jakoby Zamawiający odpowiedziami na pytania w poszczególnych sektorach wprowadził obowiązek górnego limitu worków do przekazania właścicielom nieruchomości wielolokalowych zamieszkałych podczas gdy w SIWZ taki wymóg (to jest wyposażenia nieruchomości wielolokalowych zamieszkałych w worki do gromadzenia odpadów) w ogóle nie został sformułowany w odniesieniu do tego typu nieruchomości.

By dokonać wykładni wymogu i udzielonej odpowiedzi na pytanie konieczne jest przywołanie treści samego pytania i udzielonej odpowiedzi:

„Pytanie nr 46:

SWU 3. „W zakresie spełniania przez pojemniki i worki służące do gromadzenia odpadów komunalnych przeznaczonych do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła, odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych, odpadów opakowaniowych wielomateriałowych następujących wymagań (.)". Prosimy o precyzyjne określenie maksymalnej ilości worków, jaką jesteśmy zobowiązani przekazać mieszkańcom obsługiwanej nieruchomości.

Odpowiedź nr 46:

Wykonawca zobowiązany jest postępować zgodnie z zapisami Szczegółowych warunków umowy (Rozdział I) i projektu umowy. Zamawiający doprecyzowuje, że Wykonawca jednorazowo może przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinnym maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości i charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków."

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący błędnie powiązał udzieloną odpowiedź z treścią Rozdziału II punkt 6 ppkt 2, gdzie użyto określenia „nieruchomości zamieszkałe o charakterze wielolokalowym". Rzeczywiście w przypadku tej kategorii obiektów Zamawiający nie stawiał wymogu wyposażenia nieruchomości w worki, jedynie w pojemniki do gromadzenia odpadów. Zamawiający powyższą okoliczność bezsprzecznie potwierdził na rozprawie, składając w tym zakresie stanowcze i jednoznaczne oświadczenia. Dopiero w przypadku nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych przewidziano obowiązek dostarczenia worków i pojemników na odpady (Rozdział II pkt 6 ppkt 3 i 4).

Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, zgodnie z postanowieniami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nieruchomości dzielą się na zamieszkałe, niezamieszkałe, mieszane, wielolokalowe i inne niż wielolokalowe (jednorodzinne). Tym samym istnieją nieruchomości wielolokalowe zamieszkałe i niezamieszkałe (np. biurowce). Zgodnie z zapisami SIWZ, w przypadku tych drugich wykonawca zobowiązany jest zapewnić worki i pojemniki. Tej kategorii nieruchomości dotyczyło pytanie i udzielona przez Zamawiającego odpowiedź. Dostrzeżenia wymaga, iż w pytaniu wprost wskazano na podpunkt 3 rozdziału II SWU. Nieprawidłowo zatem Odwołujący przyjął, że mogą istnieć tylko nieruchomości wielolokalowe zamieszkałe.

Przedstawienie zarzutu być może wynikało z użycia przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie sformułowania „właściciel nieruchomości o charakterze wielolokalowym”, co Odwołujący błędnie utożsamił z mieszkańcem budynku wielolokalowego.

Końcowo, abstrahując od czynników, które legły u podstaw sformułowania zarzutów w tej części odwołań, Izba zauważa, iż nawet gdyby pierwotnie obowiązek zapewnienia worków dla określonego typu nieruchomości nie istniał, następnie został on wprowadzony z określeniem maksymalnego limitu worków do zapewnienia, to nie naruszałoby takie zapisy przepisów ustawy Pzp. Wprowadzenie nowego wymogu jest uprawnieniem Zamawiającego co do uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia, określenia swoich niezbędnych potrzeb w ramach realizacji usługi. Wymóg taki nie powoduje, że opis przedmiotu zamówienia staje się nadmierny, niejasny, niewyczerpujący.

Zarzuty odnoszące się do wprowadzenia obowiązku dzierżawy pojemników należących do poprzedniego wykonawcy i zasad wykonywania dzierżawy nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w dnia 20 lipca 2020 r. usuwając z zapisy dotyczące zasad dzierżawy pojemników i powrócił do pierwotnego brzmienia SIWZ. Tym niemniej Odwołujący na rozprawie podtrzymał zarzuty odwołania i wnosił o ich merytoryczne rozpoznanie.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Z pierwszego z przywołanych przepisów wynika, że odwołanie musi być skierowane wobec konkretnej czynności lub zaniechania zamawiającego. Innymi słowy na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Z drugiego z przywołanych przepisów wynika natomiast, że Izba wydając wyrok zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc istniejący na moment zamknięcia rozprawy. Dostrzeżenia wymaga, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji zawieszenia w odniesieniu do zaskarżonych czynności i zaniechań zamawiającego. Powyższe oznacza, że zamawiający, pomimo wniesienia odwołania, może dokonywać w postępowaniu dalszych czynności o charakterze materialnoprawnym, w tym również takich, które niweczą lub znoszą skutki poprzednich czynności, nie wykluczając czynności/zaniechań zaskarżonych w odwołaniu. Powyższe nie zwalnia Izby od konieczności rozpoznania odwołania, w sytuacji gdy Odwołujący w dalszym ciągu je popiera. Jednakże, z mocy art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba przy wyrokowaniu zobowiązana jest wziąć pod uwagę stan istniejący na moment wyrokowania. W takiej sytuacji elementem, który Izba musi ocenić jest to, czy substrat zaskarżenia istnieje dalej na moment wyrokowania w sprawie.

Odwołujący w trakcie rozprawy popierał dalej zarzut pomimo, że kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ wyrokowania już nie istniały. Argumentował, że Zamawiający nie zmienił zapisów Rozdziału XV SIWZ oraz, że wykonawcy zależy na wydłużeniu terminu przeprowadzenia inwentaryzacji pojemników.

Dostrzeżenia wymaga, iż zakwestionowana przez Odwołującego w odwołaniu czynność została przez Zamawiającego zniesiona. Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia prawidłowość czynności i zaniechań Zamawiającego w kontekście zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które po upływie terminu na wniesienia odwołania, nie mogą być rozszerzane. Tymczasem kwestionowane postanowienia SIWZ na moment wyrokowania już nie istniały. Odwołujący nie może zatem skutecznie popierać zarzutu, że Zamawiający popełnił błąd konstruując zapisy SIWZ uniemożliwiające rzetelną wycenę usługi i nałożył na wykonawców nadmierne obowiązki naruszające uczciwą konkurencję, w sytuacji, gdy na moment wyrokowania kwestionowane i sporne zapisy zostały usunięte z SIWZ.

Argumentacja Odwołującego, że Zamawiający nie odniósł się do postanowień Rozdziału XV i terminów inwentaryzacji pojemników pozostaje poza koniecznością wyrokowania ze strony Izby. Zauważyć bowiem należy, iż zarzuty odwołania, w tym skorelowane z nimi żądania w zakresie brzmienia zapisów Rozdziału XV i zasad inwentaryzacji oraz terminów jej przeprowadzenia dotyczyły tylko i wyłącznie

wprowadzonego obowiązku dzierżawy pojemników należących do podmiotu poprzednio obsługującego dany sektor. W sytuacji, gdy Zamawiający dokonał zmiany SIWZ i z tych zapisów zrezygnował, nie nakładając na wykonawców obowiązkowej dzierżawy pojemników poprzedniego wykonawcy, zdezaktualizowały się elementy opisu przedmiotu zamówienia i postanowień przyszłej umowy, do której odnosiły się zarzuty odwołania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z rozprawy, nie wnioskował on ogólnie o wydłużenie czasu na sporządzenie inwentaryzacji pojemników, ale o wydłużenie tego czasu w przypadku obowiązkowej dzierżawy pojemników. Podtrzymywane zatem przez Odwołującego w całości zarzuty odwołania w tym zakresie należało uznać za bezprzedmiotowe wobec braku obowiązku dzierżawienia pojemników poprzedniego wykonawcy. Jeżeli zaś Odwołujący uważał, że konieczne jest wydłużenie terminów na przeprowadzenie inwentaryzacji własnych pojemników, to taki zarzut należało wprost wyrazić w odwołaniu, czego nie uczyniono. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Oddaleniu podlegał zarzut odwołania i towarzyszące mu żądanie związane z odpowiedzią na pytania co do możliwości użycia samochodu SZOP do obsługi kilku sektorów. Izba stwierdziła, że zarzut przedstawiony w odwołaniu i towarzyszące mu żądania są niezasadne. Izba podziela i przyjmuje za własną w tej części merytoryczną argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w tej sytuacji opis przedmiotu zamówienia będzie niejednoznaczny, nie uwzględnia on wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i ułożenie stosunku prawnego w ramach przyszłego zobowiązania umownego. Taki opis przedmiotu zamówienia oznacza jedynie, że należy Zamawiającemu zaoferować pojazd do zbiórki odpadów problemowych spełniający ściśle określone parametry przeznaczony do obsługi danego sektora.

Zauważyć należy, iż Odwołujący nie kwestionował zapisów SIWZ ustalających obowiązek wykorzystania samochodów służących do odbioru i transportu odpadów komunalnych wskazanych w załącznikach nr IV, VI i w Planie obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przeznaczających te pojazdy do obsługi tylko i wyłącznie danego sektora. Niewątpliwie również obowiązkiem wykonawcy jest wskazanie w ramach wykazu pojazdów podstawowych wszystkich pojazdów służących do prawidłowej obsługi sektora. Trudno także nie zgodzić się z tezą, iż pojazd, przy użyciu którego prowadzona będzie mobilna zbiórka odpadów problemowych, mający charakteryzować się określonym wyglądem i parametrami nie będzie zaliczony do grupy pojazdów podstawowych. Z założenia więc pojazd SZOP jest pojazdem podstawowym, a w przypadku tej kategorii pojazdów nie jest możliwe ich wykorzystywanie w ramach świadczenia usług wynikających z umowy do innych celów i w innych sektorach. Nie tylko bowiem pojazdy wykazywane celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać za podstawowe. Będą nimi także inne pojazdy, które służą należytemu wykonywaniu usług w ramach stosunku umownego. Zamawiający, co podkreślano na rozprawie, chce w ten sposób zapewnić kontrolę nad strumieniem odpadów problemowych, kontrolować zbiórkę tych odpadów w ramach poszczególnych sektorów odrębnie. Zapisy SIWZ odzwierciedlają zatem uzasadnione potrzeby Zamawiającego, za których realizację dany wykonawca otrzyma stosowne wynagrodzenie, które możliwe jest do skalkulowania w ramach ryzyka kontraktowego ujętego w cenie ofertowej. Tym samym udzielona przez Zamawiającego negatywna odpowiedź na pytanie, czy wyraża on zgodę na użycie jednego samochodu SZOP dla kilku rejonów, potwierdziła pierwotne zapisy SIWZ, nie wprowadzając w tym elemencie nowych obowiązków czy uregulowań.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się wskazywanych w petitum odwołań naruszeń przepisów ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego w zakresie merytorycznie rozpoznanych zarzutów, co skutkowało koniecznością ich oddalenia.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części zarzutów odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd

Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu umarzającemu postępowanie odwoławcze zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra - Błaszczykowska, Postanowienia.... 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Ereciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego.... t.2, red. T. Ereciński, s. 110).

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie, w zakresie zarzutów rozpatrywanych merytorycznie nie stwierdzono takiego naruszenia przepisów ustawy Pzp. W tej sytuacji odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, musiało zostać oddalone. Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnośnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie podlegało oddaleniu. W tej sytuacji odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości Odwołujący. Zatem to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składały się wpisy uiszczone przez

Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w poszczególnych sprawach, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz na podstawie § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....