Sygn. akt: KIO 3233/21

WYROK

z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wąchock

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła wymogu złożenia wraz z ofertą wstępnego harmonogramu odbioru odpadów, wprowadzenia 14 - dniowego terminu na przekazanie harmonogramu odpadów przez wykonawcę

oraz wprowadzenia 3 - dniowego terminu na uzgodnienie harmonogramu oraz

punkcie 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 i 11 petitum odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień dokumentów zamówienia poprzez:

a) wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym przekazanie Zamawiającemu harmonogramu odbioru odpadów nastąpi w terminie 10 dni od przekazania wykonawcy wykazu nieruchomości (adresów), z których odbierane będą odpady;

b) wprowadzenie okresu przygotowawczego przed rozpoczęciem świadczenia usług objętych zamówieniem w wymiarze co najmniej 21 dni od przekazania wykonawcy wykazu nieruchomości (adresów), z których odbierane będą odpady oraz ujednolicenie początkowego terminu realizacji zamówienia;

c) wprowadzenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowanej części przedmiotu zamówienia).

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Wąchock i:

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

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Wąchock na rzecz Odwołującego - wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3233/21

Zamawiający - Gmina Wąchock [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór, transport i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych pochodzących z wszystkich nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wąchock oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Wąchocku od dnia 01.01.2022 r. do dnia 31.12.2022 r. (znak postępowania: GKE.271.1.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2021 r. pod numerem 2021/S 204 - 533279.

W dniu 2 listopada 2021 r. wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp

poprzez formułowanie nieprecyzyjnych i niemożliwych do wykonania warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) preferujących aktualnego wykonawcę w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od wykonawców złożenia wraz z ofertą wstępnego harmonogramu odbioru odpadów, jak również w zakresie uzgodnienia harmonogramu i przekazania uzgodnionego harmonogramu mieszkańcom do 1 stycznia 2022 r., co jest niemożliwe do wykonania dla innych wykonawców poza aktualnie realizującym zamówienie z uwagi na brak danych adresowych i innych informacji niezbędnych dla sporządzenia wstępnego harmonogramu;

2. art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania terminu realizacji umowy

(rozpoczęcia realizacji usług objętych umową oraz realizacji zakresów cząstkowych) w okresach dziennych względem terminu zawarcia umowy i określanie ich konkretną datą, pomimo braku uzasadnionej przyczyny takiego określenia oraz w sposób, który nie zapewnia wystarczającego czasu na dokonanie czynności przygotowawczych do realizacji usług objętych umową, co powoduje przeniesienie na Wykonawcę ryzyk opóźnień w zawarciu umowy oraz preferuje dotychczasowego wykonawcę;

3. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez formułowanie nieprecyzyjnych i niemożliwych do wykonania warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) w zakresie miejsc przetwarzania odpadów (właściwych instalacji);

4. art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez sformułowanie niejednoznacznych i nadmiernych warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania umowy z instalacją oraz analogicznych wymagań w opisie przedmiotu zamówienia;

5. art. 87 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niepodanie w SWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu tożsamych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, fakultatywnych podstaw wykluczenia i wadium;

6. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w sposób niejednoznaczny i naruszający uczciwą konkurencję obowiązku zapewnienia wyposażenia w pojemniki mieszkańcom, którzy nie wyposażą nieruchomości w pojemniki;

7. art. 457(1) kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 464 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) kc poprzez bezzasadne zastosowanie regulacji dotyczących podwykonawstwa w umowie na roboty budowlane do zamówienia na usługi;

8. art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezagwarantowanie minimalnej wartości świadczenia Wykonawcy oraz ograniczanie świadczenia Wykonawcy bez gwarancji minimalnej wartości świadczenia dla Wykonawcy;

9. art. 353(1) kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy poprzez nieuregulowanie przypadku realizacji usług w kontekście przekroczenia maksymalnej wartości wynagrodzenia, przy równoczesnym obowiązku odbierania odpadów niezależnie od ilości;

10. art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez niewskazanie maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy w ramach umowy na realizację zamówienia;

11. art. 353(1) kc i art. 483 kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp poprzez brak jednoznacznego wskazania podstaw odpowiedzialności w par. 10 ust. 2 wzoru umowy na zasadzie winy, co stanowi naruszenia granic swobody umów;

12. naruszenie innych przepisów wskazanych w odwołaniu i w sposób tam określony.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób szczegółowo określony w dalszej części odwołania, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

Odnośnie zarzutu 1. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w SWZ w rozdziale I (OPZ) pkt 3 ppkt 8) zobowiązuje Wykonawcę do przedstawienia w ofercie wstępnego harmonogramu odbioru odpadów komunalnych, na podstawie którego miałaby być realizowana usługa odbioru odpadów (z uwzględnieniem całego okresu realizacji przedmiotu zamówienia) z podziałem na odpady segregowane, odpady zmieszane wraz z określeniem kolejności miejscowości, z których odbierane zostaną odpady). Takie wymaganie nie jest możliwe do realizacji na etapie składania ofert przez podmiot, który wcześniej nie wykonywał podobnej usługi na terenie Gminy Wąchock, ponieważ nie zna on dokładnych adresów posesji, z których mają być odbierane odpady. Takie wymaganie w sposób oczywisty preferuje aktualnego wykonawcę, ponieważ tylko on posiada informacje niezbędne do sporządzenia harmonogramu, nawet w jego wstępnej wersji. Pozostali wykonawcy nie są w stanie sporządzić takiego dokumentu. Taką możliwość uzyskają dopiero po otrzymaniu od Zamawiającego danych niezbędnych do jego sporządzenia, w tym danych adresowych, a te nie zostały przekazane w SWZ ani nie jest przewidziana procedura ich przekazania przed upływem terminu składania ofert. Sporządzenie takiego harmonogramu w oparciu o uzyskane informacje wymaga również odpowiedniego czasu warunkowanego datą przekazania niezbędnych danych. Takie możliwości ma tylko aktualny wykonawca. Tym samym niedopuszczalne jest wymaganie sporządzenia wstępnego harmonogramu wraz ze złożeniem oferty. Ponadto Zamawiający wymaga, aby wykonawca dostarczył harmonogram mieszkańcom do dnia 1 stycznia 2022 r. obejmujący wszystkie frakcje odpadów, podczas gdy nie jest wiadome ani kiedy otrzyma niezbędne dane, ani kiedy zostanie podpisana umowa. Harmonogram musi zostać uzgodniony z Zamawiającym przed jego przekazaniem mieszkańcom, co wymaga odpowiedniego czasu zarówno na jego sporządzenie, jak i proces uzgodnień. Biorąc pod uwagę termin składania ofert (aktualnie 15 listopada 2021 r.) oraz niezbędny czas na przeprowadzenie postępowania i zawarcie umowy, umowa może zostać zawarta w takim terminie, że wykonawca nie będzie miał w ogóle czasu ani na sporządzenie ani na uzgodnienie harmonogramu, co także preferuje aktualnego wykonawcę. Sporządzenie i uzgodnienie harmonogramu wymaga minimalnego terminu 2 tygodni po zawarciu umowy i przekazaniu niezbędnych danych do jego sporządzenia. Obowiązek w tym zakresie wynika także z par. 2 ust 5 umowy.

Żądanie: Odwołujący wniósł o wykreślenie z SWZ w rozdziale I (OPZ) pkt 3 ppkt 8 wymagania złożenia harmonogramu wraz z ofertą oraz zmianę pozostałych wymagań zawartych w rozdziale I (OPZ) pkt 3 ppkt 8 i par. 2 ust. 5 wzoru umowy w ten sposób, że harmonogram odbioru odpadów zostanie powiązany z podpisaniem umowy i przekazaniem danych do jego sporządzenia wykonawcy wraz ze wskazaniem niezbędnego terminu na jego przygotowanie i uzgodnienie, nie krótszego niż 14 dni od dnia otrzymania wykazu adresów. Ponadto Zamawiający winien być zobowiązany do uzgodnienia harmonogramu

w terminie 3 dni od jego otrzymania.

W zakresie zarzutu 2. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wyznaczył początek realizacji usług na 1 stycznia 2022 r. Biorąc po uwagę, że termin składania ofert wyznaczony został na 15 listopada 2021 r., terminy ustawowe związane z badaniem i oceną ofert oraz możliwym terminem zawarcia umowy, wykonawca w praktyce nie będzie dysponował żadnym okresem przygotowawczym przed rozpoczęciem realizacji usług, co w sposób oczywisty preferuje aktualnego wykonawcę. Taka preferencja jest sprzeczna z podstawowym zasadami prawa zamówień publicznych, w tym zasadą równego traktowania i zakazem dyskryminacji. Ponadto szereg terminów cząstkowych jest wyznaczonych datami, w szczególności wskazanym 1 stycznia 2022 r., co pozostaje w sprzeczności z możliwością ich dotrzymania przez wykonawcę, który nie jest aktualnym wykonawcą. Taki sposób wyznaczenia terminów pozostaje w sprzeczności z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący szacuje, że okres przygotowawczy powinien wynieść co najmniej 2 miesiące od

podpisania umowy.

Żądanie: Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji wzoru umowy oraz SWZ poprzez wskazanie odpowiednich okresów na realizację obowiązków liczonych od podpisania umowy i niewyznaczanie ich datami dziennymi oraz przewidzenie okresu przygotowawczego przed rozpoczęciem świadczenia usług w wymiarze co najmniej 2 miesięcy.

W zakresie zarzutu 8. Odwołujący podał, iż w SWZ oraz umowie Zamawiający określił zakres prac Wykonawcy. Równocześnie Zamawiający nie wprowadził żadnej minimalnej wartości realizacji przedmiotu zamówienia. Określenie jedynie szacunkowej górnej granicy przedmiotu zamówienia bez wskazania minimalnej wielkości zamówienia, do której zrealizowania Zamawiający jest zobowiązany, nie spełnia wymogów należytego określenia przedmiotu zamówienia wynikających z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. KIO w jednym z wyroków wskazała, że: „Zamawiający nie opisując wielkości gwarantowanych stosuje praktykę, która pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy" (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 33/07). Wyrok ten zachował w pełni aktualność. Wręcz uzyskał wzmocnienie w postaci regulacji art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, z której jednoznacznie wynika, że przewidywane postanowienia umowy nie mogą zawierać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Na Zamawiającym spoczywa zatem każdorazowo obowiązek określenia minimalnej wartości lub wielkości przedmiotu świadczenia. Ponadto Zamawiający w par. 13 ust. 1 pkt 2 przewidział ograniczenie zakresu umowy, nie precyzując minimalnego zakresu zobowiązania Zamawiającego, co pozostaje wprost w sprzeczności z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego specyfika tego postępowania wymaga, aby określenie minimalnego wynagrodzenia nastąpiło poprzez odniesienie do szacowanego łącznego wynagrodzenia i wynosiło co najmniej 80% maksymalnego łącznego wynagrodzenia. Żądanie: Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowana część przedmiotu zamówienia), wskazując, że warunkach przedmiotowego zamówienia adekwatne jest wskazanie minimalnej wartości zobowiązania Zamawiającego, stanowiącej 80% wartości wynagrodzenia określonego w paragrafie 8 ust. 5 wzoru umowy. Dotyczy to także par. 13 ust. 1 pkt 2.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 listopada 2021 r. oświadczył, że dokonał zmian w SWZ, załączniku nr 7 do SWZ wzór umowy oraz ogłoszeniu o zamówieniu uznając wszystkie zarzuty Odwołującego.

Jednocześnie w zakresie zarzutu 1. Zamawiający podał, iż uznaje, że przedłożenie harmonogramu wraz z ofertą może być dla Odwołującego problematyczne dlatego zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego dokonuje zmiany SWZ polegającej na wyeliminowaniu z rozdz. I pkt. 3 podpunktu nr 8. W celu uwzględnienia wniosków Odwołującego wprowadza się nowe zapisy w SWZ rozdz. XII wprowadzając dodatkowy punkt nr 8 i ppkt. a, b, c. Zamawiający uzasadniał, że harmonogram odbioru odpadów opracowywany jest dla ulic ewentualnie całych mniejszych miejscowości a nie dla indywidualnych gospodarstw domowych dlatego Zamawiający nie widzi potrzeby przekazywania odwołującemu wykazu adresów. W świetle obowiązujących przepisów Zamawiający nie może ograniczać odbioru odpadów pochodzących z nieruchomości zamieszkałych ponieważ zgodnie z art. 3. ust. 2 pkt 3) ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tej. DZU z 2021 poz. 888 ze zmianami) gmina obejmuje wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie

gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi, a w tym przypadku właścicieli nieruchomości zamieszkałych. Dlatego, nie ma potrzeby konkretnie wskazywać miejsca odbioru odpadów, bo wszystkie odpady z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy powinny być odebrane i zagospodarowane. SWZ zawiera wszystkie dane konieczne do opracowania harmonogramu odbioru odpadów:

- ilość mieszkańców w poszczególnych miejscowościach,

- ilość gospodarstw w poszczególnych miejscowościach.

Po dokonaniu oględzin w terenie, mając do dyspozycji np. geoportal oraz na podstawie własnego doświadczenia (Odwołujący świadczy analogiczne usługi w gminach sąsiednich) opracowanie harmonogramu nie powinno stanowić problemu.

W zakresie zarzutu 2. Zamawiający podał, że uznał wnioski Odwołującego dokonując zmian w §2 wzoru umowy. Zamawiający przewidział 19 - dniowy okres przygotowawczy (10+3+6) przed rozpoczęciem świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych. Gmina Wąchock należy do mniejszych gmin, ilość zadeklarowanych mieszkańców 4897 osób, 1863 gospodarstwa, mały obszar oraz zwarta zabudowa sprawia, że 19 dniowy okres przygotowawczy jest zupełnie wystarczający. Wykonawca w 25 dniowym okresie od dnia ogłoszenia do dnia składania ofert mając do dyspozycji dane w SWZ takie jak ilość zadeklarowanych mieszkańców 4897 osób, ilość gospodarstw 1863 na podstawie dokonanej wizji w terenie oraz danych dostępnych na geoportalu korzystając ze swojego doświadczenia mógł wykonać prace przygotowawcze np. opracować wstępny harmonogram odbioru odpadów itp. Dodając do tego 19 dniowy okres przygotowawczy po podpisaniu umowy to daje w sumie 44 dni na przygotowanie się do świadczenia usług objętych zamówieniem. Zaproponowany przez Wykonawcę dwumiesięczny okres przygotowawczy po podpisaniu umowy jest nieuzasadniony biorąc pod uwagę wielkość gminy i wynikający z tego faktu zakres zamówienia.

W zakresie zarzutu 8 i 9 Zamawiający podał, że w SWZ i we wzorze umowy nie ograniczył zakresu zamówienia ponieważ w § 8 ust. 5 zapisano „Łączna szacowana wartość zamówienia" a nie maksymalna wartość zamówienia ponadto nie ma nigdzie zapisów, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. W celu wyeliminowania wątpliwości Odwołującego Zamawiający zmienił zapisy par 8 wzoru umowy doprecyzowując zapisy par. 8 ust. 5 oraz wprowadzając do par 8 wzoru umowy ust. 6, które mają następujące brzmienie:

5. Łączna szacowana orientacyjna wartość zamówienia, obliczona zgodnie z ofertą wynosi

.....zł brutto.

6. Zamawiający nie ogranicza ostatecznej wysokości wynagrodzenia za wykonanie całości zamówienia, będzie ona zależna od ilości odebranych odpadów komunalnych o których

mowa w ust. 2 i 3.

Zamawiający zmieniając wzór umowy wyraźnie określił, że nie ogranicza ostatecznej wysokości wynagrodzenia za wykonanie całości zamówienia, będzie ona zależna od ilości odebranych odpadów komunalnych w związku z czym art. 433 pkt 4 nie ma w tym przypadku

zastosowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 listopada 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz

wyjaśnieniami i modyfikacjami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 listopada 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Odwołującego stanowiący wydruk ze strony internetowej Gminy Wąchock.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem I pkt 1 SWZ - opis przedmiotu zamówienia obejmuje: odbiór, transport i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych pochodzących z wszystkich nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wąchock oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Wąchocku od dnia 01.01.2022 r. do dnia 31.12.2022 r.

Zgodnie z rozdziałem II SWZ - termin wykonania zamówienia od 01.01.2022 r. - do 31.12. 2022 r.

Wzór umowy stanowił załącznik nr 7 do SWZ.

Zgodnie z § 2 wzoru umowy:

1. Wykonawca zrealizuje usługę objętą przedmiotem zamówienia w zakresie odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów w terminie od dnia 01 stycznia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2022 r.

2. Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe, w worki do selektywnej zbiórki odpadów, zgodnie z opisem SIWZ, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 01.01.2022 r. oraz każdorazowo przy odbiorze poszczególnych frakcji odpadów.

3. Wykonawca dostarczy worki nowym kontrahentom w czasie świadczenia usługi, w ciągu 3 dni od daty zgłoszenia nieruchomości do obsługi.

4. Wykonawca wyposaży PSZOK w pojemniki i kontenery do selektywnej zbiórki odpadów zgodnie z opisem SIWZ, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 01.01.2022 r.

5. Wykonawca dostarczy właścicielom nieruchomości, uzgodniony z Zamawiającym Harmonogram odbioru wszystkich frakcji odpadów komunalnych, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 01.01.2022 r.

Zgodnie z § 8 ust. 5 wzoru umowy, łączna szacowana wartość zamówienia, obliczona zgodnie z ofertą wynosi.....zł brutto.

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, Zamawiający przewiduje możliwość zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, w następujących przypadkach: odstąpienia na wniosek Zamawiającego od realizacji części zamówienia i związanej z tym zmiany wynagrodzenia, pod warunkiem wystąpienia obiektywnych okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania postępowania, a które powodują, że wykonanie przedmiotu zamówienia bez ograniczenia zakresu zamówienia powodowałoby dla Zamawiającego niekorzystne skutki z uwagi na zamierzony cel realizacji przedmiotu zamówienia i związane z tym racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

Pismem z dnia 8 listopada 2021 r. Zamawiający dokonał zmian we wzorze umowy m.in. w zakresie § 2 nadając mu brzmienie:

1. Wykonawca zrealizuje usługę objętą przedmiotem zamówienia w zakresie odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów w terminie od dnia podpisania niniejszej umowy do dnia 31 grudnia 2022 r.

2. Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe, w worki do selektywnej zbiórki odpadów, zgodnie z opisem SWZ, każdorazowo przy odbiorze poszczególnych frakcji odpadów, również przy ostatnim odbiorze w ramach niniejszego zamówienia.

3. Wykonawca dostarczy worki nowym kontrahentom w czasie świadczenia usługi, w ciągu 3 dni od daty zgłoszenia nieruchomości do obsługi.

4. Wykonawca wyposaży PSZOK w pojemniki i kontenery do selektywnej zbiórki odpadów

zgodnie z opisem SIWZ, w nieprzekraczalnym terminie do 19 dni od dnia podpisania niniejszej umowy.

5. Wykonawca wydrukuje i dostarczy do Urzędu Miasta i Gminy w Wąchocku 1500 szt. uzgodnionego z Zamawiającym Harmonogramu w formacie A4, obejmującego wszystkie frakcje odpadów, w ciągu 6 dni licząc od dnia przekazania uzgodnionego harmonogramu przez Zamawiającego.

Zmianie uległ również § 8 ust. 5 i 6 wzoru umowy, które otrzymały brzmienie:

5. Łączna szacowana orientacyjna wartość zamówienia, obliczona zgodnie z ofertą wynosi .....zł brutto.

6. Zamawiający nie ogranicza ostatecznej wysokości wynagrodzenia za wykonanie całości zamówienia, będzie ona zależna od ilości odebranych odpadów komunalnych o których

mowa w ust. 2 i 3.

Jednocześnie pismem z dnia 8 listopada 2021 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w zakresie rozdziału XII wprowadzając dodatkowy punkt nr 8 i ppkt. a, b, c w brzmieniu:

8) Po podpisaniu umowy strony zobowiązane są do:

a) Wykonawca zobowiązany jest do złożenia harmonogramu odbioru odpadów komunalnych, na podstawie którego miałaby być realizowana usługa odbioru odpadów (z uwzględnieniem całego okresu realizacji przedmiotu zamówienia z podziałem na odpady segregowane, odpady zmieszane wraz z określeniem kolejności miejscowości, z których odbierane zostaną odpady) w ciągu 10 dni od dnia podpisania umowy. Harmonogram musi uwzględniać częstotliwość odbioru odpadów zgodną z zapisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Wąchock i SWZ. Obowiązkiem Wykonawcy jest aktualizowanie Harmonogramu w miarę zaistniałych potrzeb - informując Zamawiającego z miesięcznym wyprzedzeniem. Wywóz odpadów będzie odbywał się ściśle wg Harmonogramu, uzgodnionego przez Wykonawcę i Zamawiającego.

b) Zamawiający jest zobowiązany do wniesienia uwag i zatwierdzenia harmonogramu w terminie do 3 dni od dnia jego otrzymania.

c) Wykonawca zobowiązany jest wydrukować i dostarczyć do Urzędu Miasta i Gminy w Wąchocku 1500 szt. uzgodnionego z Zamawiającym Harmonogramu w formacie A4, obejmującego wszystkie frakcje odpadów, w ciągu 6 dni licząc od dnia przekazania uzgodnionego harmonogramu przez Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła wymogu złożenia wraz z ofertą wstępnego harmonogramu odbioru odpadów, wprowadzenia 14 - dniowego terminu na przekazanie harmonogramu odpadów przez wykonawcę oraz wprowadzenia 3 - dniowego terminu na uzgodnienie harmonogramu oraz w punkcie 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 i 11 petitum odwołania wobec złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu ww. zarzutów zawartego w piśmie z dnia 9 listopada 2021 r. i dokonanych zmian dokumentów zamówienia, jak również stanowiska Odwołującego przedstawionego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron, podlegało umorzeniu. Ww. zarzuty nie były przedmiotem rozpoznania Izby.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut 1 i 2.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 436

pkt 1 ustawy Pzp (zarzut 1) oraz zarzut naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp (zarzut 2) Izba uznała za zasadne.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stosownie do ust. 4 ww. przepisu, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Jednocześnie w myśl art. 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Z kolei w art. 436 pkt 1 ustawy Pzp wskazano, że umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie z uwagi na ich ścisły związek.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie został ukształtowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz preferował dotychczasowego wykonawcę usług objętych zamówieniem. Za nieprzekonującą Izba uznała argumentację Zamawiającego dotyczącą braku potrzeby przekazania przyszłemu wykonawcy zamówienia wykazu adresów, z których odbierane będą odpady. W ocenie Izby informacja w powyższym zakresie ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego opisania przedmiotu zamówieniu, w tym właściwego ustalenia czy dana nieruchomość jest zamieszkana, czy jej właściciel złożył stosowną deklarację, czy pod danym adresem jest jedno czy kilka gospodarstw domowych, przekładającego się na prawidłową realizację niniejszego zamówienia i jednocześnie zadowolenie społeczności lokalnej. Zdaniem Izby Zamawiający, który posiada wszelkie możliwe dane w ww. zakresie w sposób nieuzasadniony przerzucił na wykonawcę ryzyko związane z prawidłowym ustaleniem wykazu adresów, z których mają być odbierane odpady, a w konsekwencji ryzyko opóźnień w rozpoczęciu świadczenia usługi, podczas gdy sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz niedyskryminacyjny jest podstawowym zadaniem Zamawiającego. Ponadto jak wykazał Odwołujący nie polegało na prawdzie twierdzenie Zamawiającego, że harmonogram odbioru odpadów opracowany jest dla poszczególnych ulic, ewentualnie całych mniejszych miejscowości. Ze złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci wydruku ze strony internetowej Zamawiającego wynika, że harmonogram odbioru odpadów ustalany jest dla miejscowości, ulicy i nr domu.

Powyższa kwestia pozostaje w ścisłym związku z zarzucanym przez Odwołującego brakiem wyznaczenia okresu przygotowawczego, który poprzedzałby świadczenie usług objętych niniejszym zamówieniem, w wymiarze 21 dni od przekazania przez Zamawiającego wykazu nieruchomości (adresów), z których odbierane będą odpady - zgodnie ze zmodyfikowanym w toku rozprawy żądaniem Odwołującego (pierwotnie 2 miesięczny okres przygotowawczy). W powyższym zakresie wskazać należy, iż mimo że Zamawiający w piśmie z dnia 9 listopada 2021 r. wskazał, że przewidział 19 - dniowy okres przygotowawczy przed rozpoczęciem świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych, to jednak ze zmodyfikowanych dokumentów zamówienia nie wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że taki okres został wprowadzony. Powyższa okoliczność pośrednio wynika z treści zmodyfikowanego pismem z dnia 8 listopada 2021 r. §2 ust. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest wyposażyć PSZOK w pojemniki i kontenery do selektywnej zbiórki odpadów zgodnie z opisem SWZ, w nieprzekraczalnym terminie do 19 dni od podpisania umowy. Pośrednio również dokonując pismem z dnia 8 listopada 2021 r. modyfikacji SWZ w zakresie wprowadzenie do rozdziału XII punktu 8 ppkt. a, b, c 19 - dniowego okresu na sporządzenie, uzgodnienie i wydrukowanie harmonogramu odbioru odpadów Zamawiający wyznaczył dodatkowy czas liczony od momentu podpisania umowy, w którym wykonawca winien podjąć niezbędne działania mające na celu przygotowanie stosownego harmonogramu. Zauważyć jednak należy, iż okresu przygotowawczego, poprzedzającego rozpoczęcie usługi właściwej, nie można utożsamiać wyłącznie z przygotowaniem harmonogramu odpadów, czy też wyposażeniem PSZOK w pojemniki i kontenery. Jak wyjaśnił w toku rozprawy Odwołujący w tzw. okresie przygotowawczym wykonawca musi podjąć szereg innych czynności niż powyższe, w tym np. zamówić worki, które muszą zostać odpowiednio oklejone, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Jednocześnie nie zasługiwało na aprobatę stanowisko Zamawiającego, który podnosił, że wydłużony termin składania ofert dodatkowo powiększony o 19 - dniowy okres przygotowawczy umożliwiał wykonawcy wykonanie prac przygotowawczych np. dotyczących opracowania wstępnego harmonogramu odbioru odpadów. Zdaniem Izby nie sposób wymagać od potencjalnego wykonawcy wykonania szeregu czynności związanych

z wykonaniem umowy o zamówienie publiczne, już na etapie przygotowywania oferty, w sytuacji gdy wykonawca nie ma pewności co do uzyskania zamówienia.

Jednocześnie słusznie zauważył Odwołujący, że dokonana przez Zamawiającego pismem z dnia 8 listopada 2021 r. modyfikacja była niepełna i doprowadziła do rozbieżności w treści specyfikacji w zakresie początkowego terminu realizacji zamówienia (vide §2 wzoru umowy po zmianach z 8 listopada 2021 r.). Zgodnie bowiem z rozdziałem I pkt 1 oraz rozdziałem II SWZ, odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych ma się rozpocząć 1 stycznia 2022 r. Powyższa kwestia winna zostać ujednolicona przez Zamawiającego we wszystkich dokumentach zamówienia.

Uwzględniając ww. zarzuty Izba nakazała Zamawiającemu wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym przekazanie harmonogramu odbioru odpadów nastąpi w terminie 10 dni od przekazania wykonawcy wykazu nieruchomości (adresów), z których odbierane będą odpady oraz wprowadzenie okresu przygotowawczego przed rozpoczęciem świadczenia usług objętych zamówieniem w wymiarze co najmniej 21 dni od przekazania wykonawcy wykazu nieruchomości (adresów), z których odbierane będą odpady. Zamawiający winien również ujednolić w dokumentach zamówienia początkowy termin realizacji zamówienia.

Zarzut nr 8

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.

Odnosząc się do ww. zarzutu wskazać należy, iż za prawidłowe Izba uznała stanowisko Odwołującego, który podnosił, że w dokumentach zamówienia Zamawiający winien określić minimalną wielkość lub wartość zobowiązania, które zostanie zlecone wykonawcy. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający podał jedynie dane szacunkowe dotyczące liczby mieszkańców, przewidywanej ilości gospodarstw domowych, czy też dane historyczne dotyczące rodzaju i ilości odebranych odpadów komunalnych oraz odpadów przekazanych przez mieszkańców do PSZOK. Na podstawie danych historycznych zawartych w tabelach nr 5 i 6 SWZ dotyczących ilości odpadów odebranych w 2021 r.

wykonawca obowiązany był oszacować cenę oferty. W ocenie Izby z postanowień SWZ, w tym wzoru umowy, nie wynika jednak minimalny gwarantowany zakres świadczenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia. Innymi słowy, w dokumentach zamówienia Zamawiający nie podał gwarantowanego zakresu zamówienia (jego ram) co do zakresu/liczby poszczególnych rodzajów odpadów, które wykonawca realizujący umowę w sprawie zamówienia publicznego zobowiązany będzie odebrać i zagospodarować. Powyższe rozważania dotyczą także §13 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, w którym Zamawiający przewidział ograniczenie zakresu umowy, nie precyzując minimalnego zakresu zobowiązania Zamawiającego, co pozostaje wprost w sprzeczności z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Ww. postanowieniu umownym Zamawiający zastrzegł możliwość odstąpienia od realizacji części zamówienia i związanej z tym zmiany wynagrodzenia, pod warunkiem wystąpienia obiektywnych okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania postępowania, a które powodują, że wykonanie przedmiotu zamówienia bez ograniczenia zakresu zamówienia powodowałoby dla Zamawiającego niekorzystne skutki z uwagi na zamierzony cel realizacji przedmiotu zamówienia i związane z tym racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

W świetle powyższego przedmiotowy zarzut zasługiwał na uwzględnienie, wobec czego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę postanowień dokumentów zamówienia poprzez wprowadzenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania Zamawiającego, do którego zrealizowania Zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowanej części przedmiotu zamówienia). Za nieuzasadnione Izba uznała natomiast wprowadzenie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania na poziomie 80% z uwagi na brak jakiejkolwiek argumentacji Odwołującego w ww. zakresie. Nie wyklucza to bynajmniej przyjęcia przez Zamawiającego wskaźnika na poziomie proponowanym przez Odwołującego, o ile znajdzie on uzasadnienie w obiektywnych i uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: .....