

WYROK
z dnia 30 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2015 r. przez **Odwołującego – FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn,**

przy udziale **Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k., ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olsztyn – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „*Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Olsztyn*”, znak sprawy: ZP.271.1.7.2015.G.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2015 r., nr: 2015/S 032-054491.

W dniu 13 marca 2015 r. Odwołujący – FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: specyfikacja lub SIWZ), wobec zmiany SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 3 marca 2015 r., oraz wobec zaniechania dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 3 ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykonania czynności w Postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 24 lutego 2015 r. (dalej: „Pierwsze Odwołanie”), tj. zaniechania dokonania zmiany postanowień SIWZ w sposób w ww. odwołaniu szczegółowo opisany, mimo iż taki obowiązek ciążył na Zamawiającym wobec uwzględnienia wszystkich zarzutów tym odwołaniu podniesionych;
2. art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu w sposób niejednoznaczny i

niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, tj. z przekazaniem zainteresowanym wykonawcom danych pochodzących z deklaracji dotyczących ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych w zakresie bardzo ograniczonym i ogólnikowym, przy jednoczesnym wskazaniu w pkt 2 ppkt 7 Załącznika nr 1 do wzoru umowy - Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”), że szczegółowe

2

dane w tym zakresie Zamawiający przekaże wykonawcom dopiero po podpisaniu umowy, przy czym ww. informacje szczegółowe są przydatne i potrzebne wykonawcom do rzetelnego przygotowania i oszacowania ofert, a nadto znajdują się w dyspozycji Zamawiającego, a także wykonawców aktualnie świadczących na rzecz Zamawiającego usługę odbioru odpadów,

- co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców aktualnie współpracujących z Zamawiającym, zapewniając im istotną przewagę konkurencyjną już na etapie przygotowywania oferty składanej w Postępowaniu, przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców, przy czym Zamawiający mógłby ww. przewagę w sposób istotny ograniczyć, zapewniając wszystkim wykonawcom równy dostęp do ww. informacji szczegółowych;

3. art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. przez:

- ustanowienie w pkt 2 ppkt 5 OPZ wymogu dotyczącego obowiązku wyposażenia nieruchomości, na których powstają odpady komunalne, położonych na terenie Gminy Olsztyn w pojemniki zgodnie z inwentaryzacją, o której mowa w pkt 2 ppkt 1 OPZ oraz w worki do gromadzenia odpadów z zastrzeżeniem, że proces ten powinien zakończyć się nie później niż do dnia 1 lipca 2015 r. oraz przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że wykonawca nie może dopuścić do sytuacji, w której właściciele nieruchomości nie będą mieli od dnia 1 lipca 2015 r. zapewnionej właściwej ilości pojemników, który to wymóg oznacza w praktyce konieczność dokonania przez wykonawcę pełnej inwentaryzacji wszystkich pojemników oraz zakupienia pojemników i roztawienia ich na wszystkich nieruchomościach, co w okresie przypadającym do dnia 1 lipca 2015 r. jest niemożliwe do wykonania przez wykonawców innych niż ci, którzy aktualnie świadczą na rzecz Zamawiającego usługę odbioru odpadów i którzy posiadają własne pojemniki na odpady na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia,
- co w konsekwencji prowadzi również do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców aktualnie współpracujących z Zamawiającym przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców, przy czym Zamawiający mógłby ww. nierówność w sposób istotny ograniczyć, zapewniając wszystkim wykonawcom czas niezbędny do prawidłowego przygotowania i realizacji wszystkich obowiązków umownych;

3

-
- ustanowienie w pkt 5 ppkt 1 OPZ oraz w rozdziale III pkt 12 SIWZ obowiązku sporządzenia przez wykonawcę najpóźniej na 7 dni przed przystąpieniem do realizacji zamówienia w danym sektorze miasta harmonogramu odbioru odpadów zapewniającego regularność i powtarzalność odbierania odpadów, który to termin jest praktycznie niemożliwy do dotrzymania przez wykonawców innych niż ci, którzy aktualnie świadczą na rzecz Zamawiającego usługę odbioru odpadów i którzy w ramach prowadzonej działalności dysponują nie tylko informacjami umożliwiającymi sprawne opracowanie ww. harmonogramu, lecz nawet posiadają już żądane przez Zamawiającego i zaakceptowane przez niego harmonogramy dostosowane, do ich potencjału oraz założeń, w parciu o które świadczą swą usługę,
 - co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców aktualnie współpracujących z Zamawiającym przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców, przy czym Zamawiający mógłby ww. nierówność w sposób istotny ograniczyć, zapewniając wszystkim wykonawcom

czas niezbędny do prawidłowego przygotowania i realizacji wszystkich obowiązków umownych.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu:
 - a. udostępnienia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia posiadanych przez Zamawiającego pełnych i szczegółowych danych z deklaracji dotyczących ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z terenów niezamieszkałych w takim zakresie, w jakim te informacje Zamawiający posiada i w jakim zamierzał je przekazać wykonawcom już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zgodnie z pkt 2 ppkt 7 OPZ);
 - b. wykreślenie w pkt 2 OPZ całego ppkt 7;
 - c. dokonanie zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w terminie przypadającym nie wcześniej, niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego;
 - d. dokonanie zmiany pkt 5 ppkt 1 OPZ w rozdziale III pkt 12 SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany sporządzić harmonogram odbioru odpadów w terminie, który przypadnie nie wcześniej, niż po upływie 3,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4

-
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową izbą Odwoławczą według spisu, który zostanie przedstawiony na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego.

Pismem z dnia 20 marca 2015 r., Odwołujący poinformował o sprostowaniu omyłki pisarskiej. Odwołujący wskazał, że we wniesionym odwołaniu zaistniała omyłka językowa. W petitum odwołania w części dotyczącej podniesionych żądań, w pkt 2 lit. c Odwołujący omyłkowo wskazał „pkt 2 ppkt 2 OPZ”, jako fragment wymagający zmiany, podczas gdy ww. zmiana winna dotyczyć „pkt 2 ppkt 5 OPZ”. Podniesiono, że powyższa okoliczność jest oczywista i jednoznacznie wynika z treści samego żądania, jak i z treści zarzutów (zarzut nr 3 tiret pierwsze) oraz ich uzasadnienia.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykonania czynności zmiany SIWZ w sposób zgodny z żądaniami podniesionymi w pierwszym odwołaniu, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że w dniu 24 lutego 2015 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 29 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP,
 - art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 14 ustawy PZP oraz
 - art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP.
- Wskazując na powyższe naruszenia Odwołując wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
- udostępnienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia posiadanych przez Zamawiającego danych z deklaracji dotyczących ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z terenów niezamieszkałych;
 - dokonanie zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ poprzez wskazanie, że wykonawca pierwszą inwentaryzację pojemników, z których są odbierane odpady komunalne, sporządzi w terminie nie krótszym, niż 2 miesiące od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego;
 - dokonanie zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w terminie przypadającym nie wcześniej, niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego;

5

- dokonanie zmiany pkt 5 ppkt 1 OPZ w rozdziale III pkt 12 SIWZ poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany sporządzić harmonogram odbioru odpadów w terminie, który nie przypadnie wcześniej, niż po upływie 3,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 4 marca 2015 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na Pierwsze Odwołanie, informując o uwzględnieniu w całości zarzutów w tym odwołaniu podniesionych.

Jednocześnie Zamawiający dokonał zmiany kwestionowanych w treści Pierwszego Odwołania postanowień SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że ww. zmiana treści SIWZ żądaniom Odwołującego w pełni jednak nie odpowiadała.

Zamawiający zmienił wprawdzie zakwestionowane zapisy SIWZ, jednak w inny sposób, aniżeli żądał tego Odwołujący. W całości uwzględnił jedynie postulaty dotyczące:

- pkt 2 ppkt 2 OPZ w zakresie terminu wyznaczonego wykonawcy na sporządzenie pierwszej inwentaryzacji pojemników na nieruchomościach,
- pkt 2 ppkt 16 OPZ w zakresie obowiązku usunięcia pojemników z nieruchomości w ostatnim dniu wykonywania usługi.

Zmiany dokonane w pozostałym zakresie, tj. co do treści pkt 2 ppkt 5 OPZ, pkt 5 ppkt 1 OPZ oraz rozdziału III pkt 12 SIWZ, nie tylko nie są zgodne z literalną treścią podniesionych przez Odwołującego żądań, lecz również, co szczególnie istotne, nie prowadzą do usunięcia zapisów SIWZ przewidujących preferencje wobec wykonawców aktualnie świadczących usługę odbioru odpadów na rzecz Zamawiającego, tj. Remondis Olsztyn sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Remondis1”) oraz pana J. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KOMA USŁUGI KOMUNALNE z siedzibą w Elku (dalej: „KOMA”).

Ponadto Zamawiający udostępnił wykonawcom zbiorcze i bardzo ogólne dane szacunkowe dotyczące ilości pojemników na nieruchomościach, utrzymując jednocześnie dotychczasowe zastrzeżenie, że bardziej szczegółowe dane przekaze wybranemu wykonawcy dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 2 ppkt 7 OPZ).

Opisane powyżej zmiany nie zapewniły rzeczywistej konkurencji w Postępowaniu i w żaden sposób o uwzględnieniu przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w Pierwszym Odwołaniu (oraz powiązanych z tymi zarzutami żądań) nie świadczą.

Odwołujący zaznaczył, że w treści Pierwszego Odwołania zostało w sposób wyraźny wskazane, że prawidłowa i rzetelna realizacja usług stanowiących przedmiot zamówienia wymaga przeprowadzenia całego szeregu prac oraz działań o charakterze logistycznym. Ww. czynności - jak było dowodzone - mają charakter kompleksowy, a ich realizacja może być

6

dokonana wyłącznie przy zachowaniu określonej sekwencji działań. Odwołujący wskazał minimalne okresy, których jego zdaniem prawidłowa realizacja tych czynności wymaga, określając je, jako:

- minimum 4 miesiące od daty zawarcia umowy na wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady,
- minimum 3,5 miesiąca od daty zawarcia umowy na opracowanie i rozdysponowanie harmonogramów odbioru odpadów.

Zamawiający w przyjętych zmianach SIWZ ww. okresów nie uwzględnił przyjmując, że niezależnie od daty zawarcia umowy wykonawca będzie bezwzględnie obowiązany do:

- zapewnienia na wszystkich nieruchomościach pojemników już od dnia 1 lipca 2015 r.,
- przygotowania harmonogramów odbioru odpadów i uzyskania ich akceptacji ze strony Zamawiającego nie później, niż na 7 dni przed dniem faktycznego rozpoczęcia świadczenia usługi (przy czym zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt 1 tiret pierwsze SIWZ (str. 5 in fine) rozpoczęcie wykonywania przedmiotowego zamówienia ma nastąpić z chwilą zawarcia umowy, lecz nie wcześniej, niż od dnia 1 lipca 2015 r.) - co w praktyce oznacza, że możliwa jest sytuacja, w której wykonawca będzie obowiązany przygotować harmonogramy zanim jeszcze Zamawiający zawrze z nim umowę.

Podniesiono, że prezentowana przez Odwołującego teza, iż Zamawiający dokonując w dniu 3 marca 2015 r. zmiany SIWZ nie uwzględnił żądań podniesionych w Pierwszym Odwołaniu, znajduje potwierdzenie również w stanowisku zaprezentowanym przez przeciwnika procesowego Odwołującego, tj. Remondis. W piśmie wniesionym w dniu 6 marca 2015 r. w postępowaniu zainicjowanym Pierwszym Odwołaniem Remondis (jako wykonawca przystępujący po stronie Zamawiającego) oświadczył, iż „zakres działań przedstawionych w

piśmie Zamawiającego z dnia 3 marca 2015 r. nie uzasadnia stwierdzenia, iż odwołanie FBService S.A zostało uwzględnione w całości. W szczególności brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający uznał i spełnił żądania FBService S.A. wskazane w pkt 2 b, c i d odwołania".

Powyższe oznacza, że Zamawiający dokonując w dniu 3 marca 2015 r. modyfikacji treści SIWZ i jednocześnie wskazując przed Izbą na uwzględnienie Pierwszego Odwołania w całości, naruszył normę prawną zapisaną w art. 186 ust. 3 ustawy PZP.

Okoliczność powyższa uzasadnia tezę, iż Odwołanie niniejsze, pomimo iż dotyczy czynności wykonanej wskutek uwzględnienia zarzutów Pierwszego Odwołania, podlega merytorycznemu rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Stwierdzenie naruszenia przepisu art. 186 ust. 3 ustawy PZP nie przesądza samo w sobie o konieczności uwzględnienia niniejszego Odwołania, ale rodzi po stronie Izby obowiązek merytorycznego rozpoznania i

7

rozstrzygnięcia, czy nowe czynności, podjęte po uznaniu w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu, są zgodne z przepisami ustawy Pzp (por. uzasadnienie wyroku z dnia 14 października 2014 r. sygn. akt KIO 1937/14).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 p. z.p. uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, a skoro tego nie uczynił, to nowe i powtórzone czynności (w części odbiegającej od żądań odwołującego) podlegają ponownej ocenie przed Izbą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy uwzględnienie zarzutów Pierwszego Odwołania do sprzeczności z przepisami prawa w żaden sposób doprowadzić by nie mogło, co uzasadnia tezę, iż norma prawna zapisana w art. 186 ust. 3 ustawy PZP została przez Zamawiającego w sposób rażąco naruszona.

Odnośnie naruszenia obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty, Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji. Nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez zamawiającego (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. sygn. akt 2376/10).

Odwołujący argumentował, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający przedmiotu udzielanego zamówienia w sposób precyzyjny z pewnością nie opisał. Nie udostępnił bowiem wykonawcom ubiegającym się o zamówienie publiczne wszystkich informacji, które mają wpływ na rzetelne i prawidłowe przygotowanie i skalkulowanie składanej w Postępowaniu oferty. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł wszystkich posiadanych przez siebie informacji, które są przydatne do przygotowania oferty oraz należytego jej skalkulowania. Nie udostępnił bowiem (ani też nie umożliwił udostępnienia w inny sposób, np. poprzez wgląd we własnej siedzibie) szczegółowych danych wynikających ze złożonych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Olsztyn deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

Informacje powyższe mają zasadnicze znaczenie dla oszacowania kosztów realizacji zamówienia publicznego, a także dla późniejszego opracowania inwentaryzacji pojemników oraz przygotowania harmonogramu ich opróżniania. To bowiem na podstawie takich informacji możliwe jest ustalenie nie tylko liczby, lecz przede wszystkim lokalizacji punktów gromadzenia

8

odpadów, a co za tym idzie również oszacowanie kosztów pozyskania i rozstawienia pojemników i kontenerów na odpady, a także zasad oraz kosztów związanych ze świadczeniem usługi odbioru odpadów. Niezmiennie istotną informacją dla wykonawców na etapie przygotowywania oferty są również dane dotyczące poszczególnych frakcji (rodzajów) odpadów na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający żadnych danych w tym zakresie nie przekazał, co oznacza, że wykonawcy kalkulując swą ofertę muszą w opierać się wyłącznie na własnych domniemaniach (zgadywać, jakie ilości poszczególnych frakcji odpadów będą odbierać z poszczególnych typów zabudowy), co w żaden sposób nie

może gwarantować, że dokonana przez nich kalkulacja będzie rzetelna.

Zaznaczono, że Zamawiający posiada bardzo szczegółowe dane dotyczące pojemników zlokalizowanych na terenie objętym przedmiotem zamówienia. Pojemniki te, zgodnie z wymaganiami przetargowymi dla poprzednio udzielonego zamówienia publicznego, są wyposażone w transpondery RFID, co umożliwia wygenerowanie i pobranie bardzo szczegółowych danych dotyczących pojemników, uwzględniających ich liczbę, lokalizację, rodzaj, pojemność, typ zabudowy, na której są usytuowane, a nawet poszczególne frakcje gromadzonych w nich odpadów. W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, iż szczegółowe informacje z deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami w myśl postanowienia art. 29 ust. 1 ustawy PZP winny być wszystkim zainteresowanym wykonawcom na równych zasadach udostępnione. Zamawiający ww. informacje aktualnie posiada. Przewidujący obowiązek składania ww. deklaracji przepis art. 6m ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399, ze zm.) obowiązuje od już 1 stycznia 2012 r. - co pozwala przyjąć, że od wspomnianej daty właściciele nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia takie deklaracje do Zamawiającego już składają.

Co więcej, w treści postanowienia pkt 2 ppkt 7 OPZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że szczegółowe dane z deklaracji przekaze wybranemu Wykonawcy dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność dotycząca nieudostępnienia wszystkich posiadanych przez Zamawiającego informacji jest o tyle istotna, iż w stanie faktycznym sprawy powoduje ona istotne zróżnicowanie sytuacji prawnej wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem publicznym. Zamawiający odmawia części wykonawców dostępu do istotnych z punktu widzenia przygotowania oferty informacji, a jednocześnie dwaj inni wykonawcy dostęp do takich informacji mają zapewniony. Wykonawcami tymi są podmioty aktualnie wykonujące usługę odbioru odpadów w Olsztynie, tj. Remondis Olsztyn oraz KOMA.

W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, iż ograniczenie przez Zamawiającego dostępu do ww. informacji dla większości wykonawców, przy jednoczesnej ich nieograniczonej dostępności dla podmiotów aktualnie współpracujących z Zamawiającym, stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców oraz niezapewnienia uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Udostępnione w wyniku uwzględnienia zarzutów Pierwszego Odwołania zbiorcze informacje o szacunkowych ilościach pojemników powyższej różnicy w sytuacji poszczególnych wykonawców w sposób wystarczający nie zmniejszają. Dane te, jakkolwiek w pewnym zakresie mogą być przydatne, nie obejmują jednakże wszystkich informacji mających wpływ na oszacowanie kosztów realizacji zamówienia (takich jak np. koszty logistyki, w tym amortyzacja, częstotliwość opróżniania, koszt samochodów i pracowników, koszty dojazdu do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych itd.) i tym samym nie zapewniają możliwości przygotowania oferty na warunkach zbliżonych chociażby do warunków, na których swoje oferty mogą przegotować Remondis i KOMA.

Zamawiający nie podjął dostatecznych działań zmierzających do zniwelowania przewagi konkurencyjnej wykonawców Remondis i KOMA pomimo, iż miał taką możliwość (albowiem stosownymi danymi szczegółowymi dysponuje).

Powyższe świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i tym samym o naruszeniu fundamentalnych zasad zamówień publicznych, których przestrzeganie jest obowiązkiem Zamawiającego na mocy unormowań art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Dane niezbędne do obliczenia ceny oferty powinny znajdować się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie zamieszczenie ich w specyfikacji nie tylko narusza art. 29 P.z.p., ale też ustala preferencje na rzecz wykonawców aktualnie wykonujących tę usługę, którzy dane te posiadają i wiedzą przykładowo, jakie ilości pojemników, o jakiej objętości niezbędnych jest do odbioru odpadów pochodzących z budynków jednorodzinnych. Nie sposób sobie wyobrazić, że w przypadku usługi odbioru i utrzymania odpadów można było skalkulować realną i opłacalną ofertę cenową możliwą do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Tymi są niewątpliwie maksymalna ilość odpadów oraz podstawowe koszty materiałowe - koszty pojemników.

Odwołujący zaznaczył następnie, że obowiązkiem Zamawiającego jako podmiotu

prowadzącego Postępowanie (a więc będącego „gospodarzem” tegoż Postępowania) jest w myśl postanowienia art. 7 ust. 1 ustawy PZP prowadzenie go w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania. Powstrzymanie się przez Zamawiającego od przekazania wszystkim wykonawcom na równych zasadach

10

szczegółowych informacji z deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami doprowadziło do naruszenia przepisów art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Odnosnie wyznaczenia zbyt krótkich terminów realizacji niektórych obowiązków umownych, Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności na termin realizacji zamówienia, jako instrument różnicowania sytuacji prawnej wykonawców

Podniesiono, że jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest oznaczenie przez podmiot zamawiający terminów na realizację obowiązków wykonawcy. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 2967/13 „okres, którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego.”

Wyznaczenie zbyt krótkiego, nieadekwatnego do świadczenia wykonawcy terminu realizacji świadczeń stanowiących przedmiot zamówienia jest z całą pewnością działaniem nieprawidłowym.

Ustanowienie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki jego przedmiotu oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może bezpośrednio prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Ustawy pzp i tym samym prowadzić do naruszenia powyższej normy prawnej (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1860/10; KIO/UZP 1864/10). Takie działanie narusza również przepis art. 29 ust. 2 Ustawy pzp, albowiem stanowi przejaw opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/KD 107/10).

W stanie faktycznym sprawy niniejszej Zamawiający pierwotnie określił niezwykle krótkie terminy realizacji podstawowych obowiązków ciążących na wykonawcy, a dotyczących:

- wyposażenia nieruchomości, na których powstają odpady komunalne, położonych na terenie Gminy Olsztyn, w pojemniki oraz worki do gromadzenia odpadów - nie później niż do dnia 1 lipca 2015 r. (pkt 2 ppkt 5 OPZ);

11

-
- sporządzenia harmonogramu odbioru odpadów najpóźniej na trzy tygodnie przed przystąpieniem do realizacji zamówienia (pkt 5 ppkt 1 OPZ).

Pomimo wprowadzenia w dniu 3 marca 2015 r. pewnych zmian w zakresie ww. terminów, pozostają one w dalszym ciągu zbyt krótkie i nie zapewniają wykonawcom innym niż aktualni kontrahenci Zamawiającego możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W zakresie wyznaczenia zbyt krótkiego terminu wyposażenia nieruchomości w pojemniki Odwołujący zauważył, że rozmieszczanie pojemników na odpady na nieruchomościach jest skomplikowanym i długotrwałym procesem.

Pojemniki w pierwszej kolejności muszą zostać zakupione w ilościach i rodzajach dostosowanych do specyfiki zamówienia oraz wymagań zamawiającego wynikających obowiązującego w mieście Olsztyn systemu gospodarowania odpadami. Samo rozmieszczanie pojemników musi być dokonywane w ściśle usystematyzowany sposób - właściwe pojemniki (różniące się od siebie co do rodzaju, koloru i pojemności) muszą być dostarczone w odpowiednie miejsca docelowe oraz wprowadzone do systemu bazodanowego jako przypisane do konkretnych nieruchomości.

Co więcej, warunkiem koniecznym do rozpoczęcia czynności rozmieszczania pojemników na odpady jest zakończenie (przynajmniej w zasadniczej części) procesu inwentaryzacji pojemników na odpady - co oznacza, że termin wyznaczony na czynności wyposażenia nieruchomości winien być liczony od daty sporządzenia inwentaryzacji albo też poprzez zsumowanie okresu niezbędnego na sporządzenie takiej inwentaryzacji oraz na przeprowadzenie czynności związanych z zakupem i rozstawieniem pojemników.

Właściwa inwentaryzacja pojemników na nieruchomościach, niezbędna do należytego wykonywania usługi odbioru odpadów, wymaga w szczególności:

- bardzo drobiazgowego zapoznania się z warunkami terenowymi obsługiwanych sektorów,
- przeanalizowania rozmieszczenia nieruchomości oraz ich dostępności dla pojazdów odbierających odpady, co w wielu przypadkach wymaga wejścia na posesje oraz przeprowadzenia szczegółowego wywiadu z jej właścicielem,
- ustalenia liczby zamieszkujących daną nieruchomość mieszkańców,
- identyfikacji podmiotów zarządzających poszczególnymi nieruchomościami, co napotyka szczególne trudności zwłaszcza w przypadku nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej (wspólnoty, spółdzielnie) oraz nieruchomości komercyjnych (biura, powierzchnie handlowe i produkcyjne), zajmowanych przez wiele podmiotów gospodarczych,

12

-
- uzgodnienia z właścicielami i zarządcami nieruchomości terminów oraz zasad dokonywania inwentaryzacji pojemników,
 - zlokalizowania miejsca położenia pojemników i kontenerów na terenie danej nieruchomości oraz ustalenia ich dokładnych danych geolokacyjnych (GPS),
 - identyfikacja rodzaju i pojemności aktualnie wykorzystywanych w systemie gospodarowania odpadami komunalnymi (przy czym w wielu przypadkach pojemniki są niedostępne i niewidoczne z zewnątrz - np. umiejscowione w zamkniętych pomieszczeniach),
 - stworzenia szczegółowej bazy danych dotyczącej obsługiwanych nieruchomości, obejmującej w szczególności informacje o: adresach nieruchomości wraz z nadaniem im koordynat geodezyjnych (dane GPS), rodzaju zabudowy, osobach zamieszkujących nieruchomości lub korzystających z nieruchomości niezamieszkanymi, ilości i rodzaju pojemników i kontenerów oraz ich konkretnej lokalizacji (usytuowaniu) w granicach poszczególnych nieruchomości).

Zaznaczono, że usługa stanowiąca przedmiot niniejszego zamówienia będzie realizowana na dużym obszarze - miasto Olsztyn zajmuje bowiem ponad 88 km², zaś obszar świadczenia usługi zgodnie z informacją podaną w SIWZ jest zamieszkiwany przez około 160 000 osób. W praktyce taka operacja przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotowego zamówienia publicznego wymaga poświęcenia przez wykonawcę co najmniej 2 miesięcy.

Sama operacja rozstawiania pojemników (bez uwzględnienia konieczności przeprowadzenia wcześniejszej ich inwentaryzacji) w skali całego miasta wymaga przeznaczenia co najmniej 2 miesięcy (przy czym jest to termin bardzo restrykcyjny i nie każdy wykonawca będzie w stanie go dotrzymać). Zaznaczyć należy, że wspomniany termin nie uwzględnia czasu, w którym czynności wyposażania nieruchomości w pojemniki są korygowane w drodze rozpoznawania ewentualnych reklamacji (co w przypadku takiej skali przedsięwzięcia jest nieodłącznym elementem).

Przykładowo, w trakcie realizacji zamówienia publicznego w przedmiocie odbioru odpadów z 4 sektorów aglomeracji Poznańskiej (zamówienie to cechowało się zbliżonym poziomem skomplikowania) Wykonawca przeprowadził proces rozstawiania pojemników na nieruchomościach w okresie przekraczającym wspomniane 2 miesiące.

Wskutek uwzględnienia Pierwszego Odwołania Zamawiający powyższe wymagania w sposób nieznaczny próbował złagodzić. Dokonując w dniu 3 marca 2015 r. zmiany treści SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość „rozpoczęcia sukcesywnego wyposażania nieruchomości w pojemniki na odpady oraz worki do gromadzenia odpadów niezwłocznie po 1 lipca po uprzednim dokonaniu niezbędnych uzgodnień z właścicielami lub zarządcami

13

odpadów komunalnych w danym sektorze miasta w celu zapewnienia pojemników na odpady w okresie przejściowym." Jednocześnie jednak Zamawiający zastrzegł, że wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa nie może dopuścić do sytuacji, w której właściciele nieruchomości nie będą mieli od dnia 1 lipca 2015 r. zapewnionej właściwej ilości pojemników.

Powyższy zapis OPZ w praktyce oznacza, że wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, będzie obowiązany do wyposażenia nieruchomości na terenie objętym przedmiotem zamówienia w nieprzekraczalnym terminie do dnia 1 lipca 2015 r.

Termin powyższy, co należy podkreślić, został oznaczony za pomocą konkretnej daty dziennej - nieruchomości i w pełni niezależnej od daty faktycznego podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Okoliczność powyższa może powodować - w szczególności w przypadku przedłużenia się czasu trwania Postępowania - iż termin realizacji obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki przypadnie bezpośrednio po zawarciu umowy (a w skrajnych przypadkach nawet przed tą datą).

Odwolujący zaznaczył, że sam Zamawiający przewiduje możliwość, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta później niż w dniu 1 lipca 2015 r. Wskazuje na to zapis rozdziału IV pkt 1 tiret pierwsze SIWZ (str. 5 in fine), zgodnie z którym rozpoczęcie wykonywania przedmiotowego zamówienia ma nastąpić z chwilą zawarcia umowy, lecz nie wcześniej, niż od dnia 1 lipca 2015 r. (co a contrario oznacza, że takie rozpoczęcie, jak też zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, może nastąpić po dniu 1 lipca 2015 r.).

W przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia w dniu 1 lipca 2015 r. lub nawet po tej dacie, trudno sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca w terminie przyjętym przez Zamawiającego (1 lipca 2015 r.) wyposaży nieruchomości w pojemniki oraz worki na odpady. Prawidłowa realizacja wszystkich obowiązków wyszczególnionych 2 ppkt 5 OPZ, pkt 5 ppkt 1 OPZ oraz w rozdziale III pkt 12 SIWZ wymaga przeznaczenia istotnych nakładów pracy oraz poświęcenia czasu znacząco przekraczającego przyjęte przez Zamawiającego terminy. Ponadto wiąże się z poniesieniem istotnych kosztów przez danego wykonawcę, przez co zasadniczo może być wykonana dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwolujący przywołał stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2411/13; KIO 2434/13, zgodnie z którym: „ustalony przez zamawiającego w konkretnej dacie termin na uruchomienie usług, bez określenia odpowiedniego okresu liczonego od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podjęcie działań ze strony wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotu zamówienia, zmierzających do uruchomienia usług, narusza art. 29 ust 1 i art. 7

14

ust. 1 ustawy P.z.p. Należy wskazać, iż w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia istotne jest, aby przed podjęciem świadczenia właściwych usług objętych przedmiotowym zamówieniem, wykonawca wybrany do wykonania zamówienia podjął szereg działań o charakterze przygotowawczym, które wymagają określonego czasu dla wykonawcy. (...) Izba wskazuje, że tylko wykonawca, który ma pewność, że będzie faktycznie realizował dane zamówienie może przedsięwziąć określone działania, ponosząc w tym zakresie określone nakłady, z tytułu których nie otrzyma odrębnego wynagrodzenia, a które to działania mają przygotować właściwe świadczenie usług i muszą być uwzględnione w wycenie oferty. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie przewidział żadnego terminu na przygotowanie się do świadczenia usług, zakładając bezkrytycznie zakończenie postępowania przed datą 1 stycznia 2014 r. i uznając że skoro zawarcie umów może nastąpić w pierwszym tygodniu grudnia to wyłoniony wykonawca będzie miał jakiś (nie wiadomo jaki), czas na przygotowanie się do świadczenia usług. (...) Mając na względzie powyższe należy wskazać, iż pomimo szeregu działań, które wykonawca zmuszony jest podjąć przed rozpoczęciem świadczenia właściwej usługi, a które sam zamawiający przewiduje, w żaden sposób nie określił on minimalnego nawet czasu, w którym wykonawca będzie w stanie w sposób należyty przygotować się do świadczenia usług. Choć można zakładać, że zakończenie postępowania nastąpi jeszcze przed 1 stycznia 2014 r., to nie jest to pewne ani w żaden sposób określone kiedy i nie wiadomo czy i ile dni wykonawcy zostanie na przygotowanie się do świadczenia usług. Czas na przygotowanie się do świadczenia usług uzależniony jest bowiem od zdarzenia przyszłego i niepewnego, tj. zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Naturalną rzeczą jest, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może toczyć się w różnym czasie. Mogą to być terminy minimalne określone w

ustawie P.z.p., ale i terminy nieporównanie dłuższe związane ze składaniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej, jak również uzależnione od działań zamawiającego, czy też od innych czynników wpływających na przedłużenie się procedury udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie mają pewności, kiedy będą mogli rozpocząć przygotowania do świadczenia usługi, a co najistotniejsze, nie mają pewności, ile będą mieli czasu na podjęcie tych przygotowawczych czynności. Nie mogą zatem wycenić tych prac i związanego z nimi ryzyka, w szczególności także uzależnienia od powyższego kar umownych przewidzianych przez zamawiającego z tytułu nierozpoczęcia świadczenia usług w określonym terminie. Z tych też względów Zamawiający powinien określić czas niezbędny na przygotowanie do świadczenia usługi liczony od momentu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

15

Odwołujący zauważył, że wprowadzona w wyniku zmiany SIWZ z dnia 3 marca 2015 r. propozycja Zamawiającego, aby wymóg wyposażenia nieruchomości w pojemniki mógł zostać przez wykonawcę spełniony „sukcesywnie”, przy dokonaniu „uzgodnień” z właścicielami nieruchomości czy wykonawcą aktualnie świadczącym usługę odbioru odpadów opisywanych trudności w żaden sposób nie łagodzi. Wyraźne zastrzeżenie obowiązku zapewnienia pojemników na wszystkich nieruchomościach od dnia 1 lipca 2015 r. nie pozwala przyjąć, aby wykonawcy mieli jakąkolwiek możliwość rozstawienia pojemników w czasie późniejszym. Wyposażenie nieruchomości w pojemniki nie jest dokonywane w drodze jakichkolwiek „uzgodnień”, lecz wymaga ich zakupu oraz rozstawienia i wiąże się ze znacznymi nakładami finansowymi ze strony wykonawcy oraz wymaga odpowiedniego czasu na jego realizację takiego przedsięwzięcia. Jakiegokolwiek „uzgodnienia” z wykonawcami aktualnie świadczącymi usługę odbioru odpadów realizacji wymogu zapewnienia pojemników na wszystkich nieruchomościach nie gwarantują. W szczególności Odwołujący nie posiada żadnych instrumentów, które pozwalałyby mu skłonić ww. wykonawców do tego, aby po zakończeniu świadczenia przez siebie usługi pozostawili własne pojemniki na nieruchomościach i pozwolili z nich korzystać Odwołującemu. Co więcej, dotychczasowe doświadczenia Odwołującego w zakresie kontaktów ze spółkami z grupy kapitałowej Remondis wskazują, że jakakolwiek współpraca przy przejmowaniu usługi odbioru odpadów jest w tym zakresie bardzo utrudniona, ze względu na brak woli współdziałania po stronie ww. spółek. Wskazać należy, że wykonawcy aktualnie realizujący usługę odbioru nie są zainteresowani w jakimkolwiek stopniu tym, aby swoim kosztem ułatwić realizację zamówienia podmiotowi, który jest wobec nich konkurentem zagrażającym im własnym interesom gospodarczym. Poza tym wykonawcy ci również są zobowiązani (na mocy umowy zawartej z Zamawiającym) do usunięcia swoich pojemników po dacie zakończenia świadczenia usługi. Ponadto należy podkreślić, każdorazowe wyposażenie nieruchomości w pojemniki (niezależnie od tego, czy mają być one wyposażone w czytniki RFID, czy początkowo mogą ww. czytników nie posiadać) wymaga przeprowadzenia pełnej inwentaryzacji. Przeprowadzenie takiej inwentaryzacji jest niezbędne w celu ustalenia, jakie pojemniki, o jakich pojemnościach, w których miejscach i w jakiej ilości mają zostać na poszczególne nieruchomości przywiezione. Bez takiej inwentaryzacji wykonawca musiałby rozdysponowywać pojemniki w sposób niemalże losowy, co w żadnym przypadku należytego wykonania usługi by nie zapewniało.

Co więcej, sam Zamawiający w pkt 2 ppkt 2 OPZ wymaga, aby wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady do dnia 1 lipca 2015 r. zostało przeprowadzone zgodnie z dokonana inwentaryzacją.

16

W tych okolicznościach nawet jeśli Zamawiający formalnie uwzględnił żądanie podniesione w Pierwszym Odwołaniu i wskazał, że pierwsza inwentaryzacja może być dokonana w terminie dwóch miesięcy od zawarcia umowy, to taka zmiana SIWZ nie ma realnego znaczenia dla wyrównania sytuacji prawnej wykonawców.

Pomimo formalnego wydłużenia terminu na inwentaryzację, aby móc wyposażyć nieruchomości w pojemniki, wykonawca będzie musiał zakończyć ich inwentaryzację na co najmniej dwa miesiące przed dniem 1 lipca 2015 r. - gdyż co najmniej tyle czasu będzie wymagało zamówienie, zakupienie i sprowadzenie pojemników zgodnych z inwentaryzacją oraz rozstawienie ich na nieruchomościach odpowiednio do ustaleń dokonanych w toku tej

inwentaryzacji.

W ocenie Odwołującego, aby proces wyposażania nieruchomości w pojemniki przeprowadzić w terminie gwarantującym ich pełną dostępność na nieruchomościach na dzień 1 lipca 2015 r., przy utrzymaniu obecnych zapisów SIWZ inwentaryzacja musiałaby zostać rozpoczęta już teraz, w marcu - gdyż do wspomnianej daty 1 lipca br. pozostało jedynie 3 i pół miesiąca. Trudno sobie jednak wyobrazić aby jakikolwiek przedsiębiorca podjął się na tym etapie rozpoczęcia tak kosztownego procesu w sytuacji, gdy jeszcze nawet nie upłynął termin wyznaczony na składanie ofert w Postępowaniu.

Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawcy aktualnie świadczący usługę odbioru odpadów na terenie Olsztyna w związku z jej wykonywaniem dokonali już (w ramach wypłacanego im przez Zamawiającego wynagrodzenia) pełnej inwentaryzacji pojemników na nieruchomościach nie muszą już podejmować żadnych dodatkowych działań, aby nieruchomości w pojemniki wyposażić do dnia 1 lipca br. Zatem Remondis oraz KOMA jako jedyne podmioty mogą wymagania Zamawiającego spełnić bez żadnych nakładów.

Odwołujący podkreślił, iż w pełni rozumie i akceptuje sytuację faktyczną, w której z racji świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia dotychczasowi kontrahenci Zamawiającego mają pewną przewagę konkurencyjną. Należy jednak podkreślić, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający nie podjął odpowiednich działań, które ww. przewagę mogłyby chociaż w pewnym stopniu zniwelować. W obecnym kształcie zapisy SIWZ tak dalece faworyzują wykonawców Remondis i KOMA, że jakakolwiek konkurencja z ww. podmiotami jest praktycznie wykluczona.

W zakresie wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na opracowanie harmonogramów odbiorów oraz uzyskanie dla nich akceptacji Zamawiającego, Odwołujący podniósł, że analogiczne wątpliwości do opisanych powyżej budzi możliwość opracowania przez wykonawcę harmonogramów odbioru odpadów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie 7 dni przed datą rozpoczęcia świadczenia usługi. Wymóg taki oznacza, że na 7 dni

17

przed przystąpieniem do odbierania odpadów z nieruchomości wykonawca będzie zobligowany przeprowadzić już pełną inwentaryzację oraz przeprowadzić proces ustalania tras przejazdów samochodów, częstotliwości odbiorów oraz sporządzenia i przekazania do akceptacji Zamawiającego harmonogramów.

Opracowanie harmonogramu odbioru odpadów wymaga sporządzenia pełnej inwentaryzacji pojemników, uzgodnienia zasad odbierania odpadów z zarządcami nieruchomości, a odpowiedniego przeanalizowania wszystkich danych następnie obsługiwanego terenu i nieruchomości oraz ułożenia optymalnych tras dla pojazdów odbierających odpady z nieruchomości. Wszystkie te działania wymagają co najmniej 3,5 miesiąca od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na odbiór odpadów.

Wymagany przez Zamawiającego termin będzie szczególnie trudny do dotrzymania w sytuacji, jeśli data zawarcia umowy (a tym samym również rozpoczęcia świadczenia usługi) przypadnie w okolicach 1 lipca 2015 r. (lub nawet po tej dacie). Takiej sytuacji w okolicznościach niniejszej sprawy wykluczyć nie można, biorąc pod uwagę wysokie zainteresowanie wykonawców Postępowaniem, o czym świadczy chociażby liczba skierowanych pytań wobec treści SIWZ oraz dwukrotnego wszczęcia już na tym etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że dodanie przez Zamawiającego w dniu 3 marca br. w treści OPZ zastrzeżenia o dopuszczalności wzorowania się przez wykonawcę na aktualnie obowiązujących harmonogramach odbioru odpadów, dostępnych na stronie www.czvsty.olsztvn.eu. w dostatecznym stopniu zachowania zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu nie zapewnia.

Informacje opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w harmonogramach odbioru odpadów mają istotny walor dla mieszkańców i użytkowników obsługiwanym - pozwalają im bowiem w prosty sposób ustalić, kiedy w ich okolicy odpady będą odbierane.

Jednakże znaczenie tego rodzaju informacji dla przedsiębiorcy świadczącego usługę odbioru odpadów jest istotnie ograniczone. Same tylko informacje w zakresie wskazania, w które dni tygodnia na poszczególnych nieruchomościach (ulicach) będą odbierane odpady, nie są wystarczające do tego, aby wykonawca mógł rozpocząć świadczenie usługi w sposób zapewniający odbiory odpadów w terminach w ww. harmonogramach wskazanych.

Rzetelne opracowanie harmonogramu odbioru odpadów jest co do zasady wynikiem szczegółowych analiz związanych z ustaleniem warunków terenowych, doбором optymalnych

tras przejazdów oraz alokacji wykorzystywanych środków i jest każdorazowo dokonywane w oparciu o indywidualne cechy podmiotu świadczącego usługę, w tym m.in. z uwzględnieniem

18

jego potencjału, stosowanych rozwiązań technologicznych i organizacyjnych, posiadanej wiedzy oraz doświadczenia, jak również preferowanych metodologii działania.

W rzeczywistości każdy z wykonawców musi zatem samodzielnie ustalić harmonogram odbioru odpadów, a wzorowanie się w tym zakresie na częściowych rezultatach rozwiązań przyjętych przez zupełnie innych przedsiębiorców w realny sposób ww. szczegółowych działań analityczno-planistycznych po stronie wykonawcy nie przyspieszy. Wzorowanie się na harmonogramach wypracowanych przez inne podmioty w żaden sposób nie zwolni wykonawcy z konieczności opracowania tras przejazdów, odpowiedniego zaplanowania i alokacji sprzętu oraz oddelegowania odpowiednich zasobów pracowniczych.

Stąd też dopuszczenie w treści OPZ możliwości „wzorowania” się na aktualnych harmonogramach w żaden sposób równego traktowania wykonawców w Postępowaniu nie zapewnia. Tego rodzaju zapis ma charakter pozornego otwarcia Postępowania na konkurencję, w rzeczywistości jednak w pełni utrzymuje warunki dyskryminujące wykonawców innych niż aktualni kontrahenci Zamawiającego.

Odwołujący podniósł następnie dyskryminacyjny charakter zapisów OPZ, argumentując, że wszystkie omawiane okoliczności świadczą o nieprawidłowym, tj. naruszającym przepisy art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP opisanu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, albowiem w zależności od długości trwania Postępowania może się okazać, iż przewidziane przez Zamawiającego terminy będą bardzo krótkie i niemożliwe do dotrzymania przez jakiegokolwiek podmiot działający na rynku.

Należy przy tym stanowczo zaznaczyć, że w stanie faktycznym sprawy wykonawcy aktualnie świadczący usługę odbioru odpadów z obszaru gminy Olsztyn mają możliwość realizacji obowiązków wskazanych w pkt 2 ppkt 1, 2 i 5 oraz pkt 5 ppkt 1 OPZ w terminach znacznie krótszych, niż inni wykonawcy. W praktyce zatem jedynie ww. wykonawcy (odpowiednio Remondis oraz KOMA) mają zapewnioną możliwość dotrzymania terminów przyjętych przez Zamawiającego. Wspomniani wykonawcy dysponują bowiem pełnymi aktualnymi i bardzo szczegółowymi informacjami dotyczącymi ilości i pojemności pojemników na odpady znajdujących się na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto z racji wykonywanych czynności w zakresie gospodarki odpadami posiadają oni dostęp do bardzo szczegółowych danych wynikających z przekazanych Zamawiającemu przez właścicieli nieruchomości deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz do pełnej informacji o właścicielach i zarządcach obsługiwanych nieruchomości.

Dodatkowo wspomniani wykonawcy posiadają już własne pojemniki na terenach objętych przedmiotem zamówienia, co oznacza, iż nie będą oni musieli - w przeciwieństwie do

19

Odwołującego i innych wykonawców - podejmować żadnych czynności w celu spełnienia określonego w pkt 2 ppkt 5 OPZ wymagania dotyczącego wyposażenia nieruchomości w pojemniki w nieprzekraczalnym terminie do dnia 1 lipca 2015 r. Wspomniani wykonawcy posiadają zatem nad innymi przedsiębiorcami istotną przewagę konkurencyjną. Taka przewaga w postępowaniu o udzielenie zamówienia winna zostać przez Zamawiającego odpowiednio zniwelowana, w szczególności poprzez (1) zapewnienie konkurentom ww. wykonawców dostępu do wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty oraz (2) zapewnienia odpowiednio długiego terminu na realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywołał poglądy zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 23/13; KIO 23/13 oraz z dnia 11 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2708/13, jak również wyroku Izby z 12 lipca 2010 r. KIO/UZP 1246/10.

W świetle powyższego uzasadnione jest zobowiązanie Zamawiającego do dokonania zmiany kwestionowanych zapisów w taki sposób, aby przewidziane terminy realizacji zobowiązań określonych w pkt 2 ppkt 5 oraz pkt 5 ppkt 1 OPZ były możliwe do dotrzymania w równym stopniu przez wykonawców aktualnie świadczących dla Zamawiającego usługę odbioru odpadów na terenie Olsztyna, jak i dla innych potencjalnych wykonawców, w tym w szczególności dla Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego realizację tego postulatu zapewni przyjęcie:

- dla wyposażenia nieruchomości w pojemniki oraz worki na odpady termin co najmniej 4 miesiące liczone od daty zawarcia umowy (tj. z uwzględnieniem czasu niezbędnego na opracowanie inwentaryzacji pojemników oraz na samą operację rozstawiania pojemników);
- dla przygotowania harmonogramów odbioru odpadów termin co 3,5 miesiąca licząc od daty zawarcia umowy (również z uwzględnieniem czasu niezbędnego na przygotowanie inwentaryzacji pojemników).

Odwołujący wskazał również, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem wadliwe i niekonkurencyjne sformułowania SIWZ oraz dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z wymaganiami Zamawiającego oferty. Przewidziane przez Zamawiającego dyskryminacyjne zapisy OPZ, pomimo dokonania przez Zamawiającego w dniu 3 marca 2015 r. zmian pozornie wskazujących na zwiększenie konkurencji, w dalszym ciągu w sposób bardzo istotny ograniczają szanse Odwołującego na złożenie konkurencyjnej oferty oraz uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie w Postępowaniu uzyskać.

20

Odwołujący podniósł także, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia dotycząca przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14 lutego 2015 roku. Postanowienia specyfikacji w brzmieniu obowiązującym w dacie publikacji Odwołujący zaskarżył w dniu 24 lutego 2015 r. W dniu 3 marca 2015 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie zapisów kwestionowanych przez Odwołującego. Pismem z dnia 4 marca 2015 r. Zamawiający oświadczył przed Krajową Izbą Odwoławczą, iż uwzględnia wszystkie zarzuty Odwołującego oraz, że dokonał już zmiany SIWZ w sposób uwzględniający podniesione żądania. Niniejsze Odwołanie, wnoszone dnia 13 marca 2015 r. w związku z brakiem rzeczywistego uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia od opublikowania zmiany SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego oraz złożenia oświadczenia o uwzględnieniu Pierwszego Odwołania (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP).

W piśmie złożonym na rozprawie Odwołujący wskazał m.in., że treść odwołania nie pozostawia wątpliwości, co do tego, jakiej zmiany od początku żądał Odwołujący (niezależnie od zaistniałej omyłki pisarskiej). Żądanie Odwołującego miało mianowicie na celu doprowadzenie do sytuacji, w której termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki na gromadzenie odpadów będzie wynosił cztery miesiące od dnia podpisania umowy na wykonanie zamówienia i nie będzie w żaden sposób powiązany z konkretną datą dzienną, w szczególności z datą 1 lipca 2015 r. Tylko bowiem tak określony termin na wykonanie ww. obowiązku zapewnia równe traktowanie wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia. Podkreślono także, że zmiany SIWZ dokonane przez Zamawiającego w dniu 19 marca 2015 r. w zakresie „nowo ustanowionych” terminów (i) wyposażenia nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów oraz (ii) sporządzenia harmonogramu odbioru odpadów nie korespondują z zarzutami i wnioskami odwołania oraz pierwszego odwołania i nie prowadzą do usunięcia zapisów SIWZ powodujących uprzywilejowanie wykonawców aktualnie świadczących usługę odbioru odpadów. Ustanawiając terminy wykonania poszczególnych obowiązków umownych w oderwaniu od daty faktycznego zawarcia umowy na wykonanie zamówienia Zamawiający niewątpliwie faworyzuje w postępowaniu wykonawców aktualnie odbierających odpady, a tym samym rażąco narusza zasady równego traktowania wykonawców.

21

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł w pierwszej kolejności o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do żądania oddalenia odwołania Zamawiający wskazał, że nie doszło

do naruszenia art. 186 ust. 3 Pzp, gdyż Zamawiający dokonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, polegającym na wprowadzeniu zmian i uzupełnień do SIWZ, które czynią zadość w pełnym zakresie żądanom Odwołującego zawartym w odwołaniu z dnia 24 lutego 2015 r.

Podkreślono następnie, że nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający przekazał wykonawcom dodatkowe zestawienia dotyczące ilości pojemników, ich pojemności, częstotliwości odbioru odpadów oraz sposobów ich gromadzenia z terenów niezamieszkałych. Wskazano, że nie można zgodzić się, by przekazane dane były ogólnikowe, zwłaszcza, że Odwołujący w swoich żądaniach nigdzie nie wskazał, jaki stopień szczegółowości informacji byłby dla niego satysfakcjonujący.

Zamawiający podniósł także, że nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Argumentowano, że działania Zamawiającego nie są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie naruszają też interesu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i w żaden sposób nie utrudniają dostępu do zamówienia oraz złożenia konkurencyjnych ofert. Wskazano m.in., że dokonując zmian treści pkt 2 ppkt 5 OPZ, Zamawiający dopuścił możliwość wyposażania nieruchomości w pojemniki oraz worki do gromadzenia odpadów również po 1 lipca 2015 r., przy czym cały proces wyposażania nieruchomości w pojemniki musi się zakończyć nie później niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy. Zamawiający dopuścił niezwłoczne rozpoczęcie procesu sukcesywnego wyposażania nieruchomości w pojemniki na odpady oraz worki do gromadzenia odpadów po 1 lipca 2015 r., po uprzednim dokonaniu niezbędnych uzgodnień z właścicielami lub zarządcami nieruchomości oraz dotychczasowymi wykonawcami, którzy aktualnie świadczą usługi odbioru odpadów komunalnych w sektorach miasta w celu konieczności zapewnienia pojemników na odpady w okresie przejściowym. Podkreślono, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie widzi racjonalnych i faktycznych przeszkód, aby doświadczeniem lat poprzednich wykonawcy nawiązali pozytywne kontakty z podmiotami aktualnie świadczącymi usługi odbioru odpadów w poszczególnych sektorach miasta w celu zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia w okresie przejściowym. Zamawiający nie widzi przeszkód, aby wykonawcy, z którymi w wyniku przedmiotowego postępowania zostaną zawarte umowy wyposażyli nieruchomości w pojemniki oraz worki do gromadzenia odpadów również po 1 lipca 2015 r. w uzgodnieniu z właścicielami lub zarządcami nieruchomości oraz dotychczasowymi

22

wykonawcami pod warunkiem, że w okresie przejściowym umowa w zakresie odbierania odpadów będzie należycie realizowana.

Zgłoszenie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosiła spółka Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k., ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła ww. spółkę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym podniósł m.in., że Zamawiający nie faworyzuje aktualnych wykonawców usług objętych postępowaniem. Odwrotnie, gdyby przyjąć zasadność stawianych przez Odwołującego zarzutów, okazałoby się, że to Odwołujący stawiany jest w pozycji uprzywilejowanej, bowiem w sposób nieuzasadniony korzystał będzie z wiedzy, doświadczenia oraz nakładów pracy, jakie zmuszeniu zostali poczynić dotychczasowi wykonawcy. Jest to tym bardziej zasadne, iż aktualni wykonawcy zobligowaniu byli do zrealizowania określonych działań, w tym wyposażenia nieruchomości w pojemniki, stworzenia harmonogramów świadczenia usług, etc., na analogicznych zasadach, jak przewidział Zamawiający w „aktualnej” SIWZ. Tym samym utrzymane są w tym zakresie w pełni reguły konkurencyjności, a jednocześnie dane udostępnione przez Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, pozwalają na kompleksowe przygotowanie i sporządzenie oferty.

W kwestii terminu na udostępnienie właścicielom nieruchomości pojemników, Przystępujący wskazał, że nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający może i powinien oczekiwać, aby udostępnienie pojemników – będące istotną częścią usługi objętej niniejszym zamówieniem – nastąpiło z chwilą rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów. Jest to bowiem kluczowy element, o takim samym stopniu „ważności”, jak sama usługa odbioru odpadów. Oczekiwanie przez Odwołującego, aby udostępnienie pojemników mieszkańcom mogło nastąpić dopiero po upływie 4 miesięcy od podpisania umowy oznaczałoby, iż w tym okresie Odwołujący będzie świadczył usługę w niepełnym zakresie, jednocześnie weryfikacja tej usługi, tak w zakresie ilościowym, jak i jakościowym będzie trudna, a wręcz niemożliwa do

wykonania przez Zamawiającego.

Podkreślono również, że Zamawiający poprzez odpowiednio wczesne rozpoczęcie procedury przetargowej, zagwarantował wszystkim oferentom odpowiedni długi okres czasu do tego, aby mogli się w sposób należyty przygotować do rozpoczęcia świadczenia usługi. Żądanie Odwołującego związane z 4 miesięcznym okresem „okresu przejściowego” w zakresie wyposażania nieruchomości w pojemniki zmierza do faktycznego ograniczenia zakresu zamówienia. Gdyby przyjąć za zasadne twierdzenia Odwołującego można z łatwością

23

wyobrazić sobie sytuację, w której nieruchomości nie są wyposażone w pojemniki, a więc zagrożone jest bezpieczeństwo sanitarne.

Dodatkowo, wbrew twierdzeniem Odwołującego (kierowanych wobec Przystępującego, z którymi to spółka się nie zgadza), brak jest jakichkolwiek powodów do uznania, by w zakresie możliwości udostępnienia pojemników, pomiędzy wyłonionym „nowym” wykonawcą, a wykonawcą „starym” nie doszło do zawarcia porozumienia w zakresie np. czasowego udostępnienia pojemników. W tym celu wystarczające jest uzgodnienie przez zainteresowane strony spójnego i wspólnego stanowiska.

Przystępujący podniósł również, że dotychczasowi wykonawcy także musieli wcześniej wykonać ten obowiązek, startując do przetargu, w którym zapisy SIWZ były analogiczne. W tym kontekście w żadnym razie nie można mówić o naruszeniu zasady równej konkurencji, czy też inaczej dyskryminacji tych wykonawców, którzy aktualnie nie świadczą usług.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Pzp. Zgodnie z tymi przepisami, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (pkt 3) oraz, gdy odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy przedmiotowe przesłanki nie mogły zostać odniesione do całości wniesionego odwołania. Na gruncie ustawy Pzp nie funkcjonuje natomiast instrument w postaci częściowego odrzucenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

24

Rozpatrując zarzuty obecnego odwołania Izba musiała uwzględnić skutki wynikające z niedokładności i braku precyzji pierwszego odwołania, będących okolicznościami, które w całości obarczają Odwołującego.

Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp, w sytuacji uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, przy braku sprzeciwu uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze zostaje umorzone bez merytorycznego rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania. Jednocześnie podjęcie przez zamawiającego czynności w postaci odwołania po stronie dyspozytywnej uwzględnienia tworzy zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Żądania dotyczące czynności, które mają zostać przeprowadzone przez zamawiającego, należy oceniać, jako jeden z kluczowych elementów odwołania (art. 180 ust. 3; § 4 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz. U. 2014.964.) determinujący zarówno zakres ewentualnej czynności dyspozytywnej zamawiającego w postaci uwzględnienia odwołania, jak również determinujący etap merytorycznego rozpoznawania

odwołania. Przykładowo należy wskazać na pogląd zawarty w wyrokach KIO z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2130/14, KIO 2132/14, KIO 2148/14, zgodnie z którym „6. za niedopuszczalną praktykę uznaje się próby modyfikowania zarzutów i żądań wskazanych w odwołaniu, w kolejnych pismach odwołującego składanych już w trakcie rozprawy, w szczególności poprzez poszerzanie ich zakresu, a także formułowaniu zupełnie nowych żądań. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i żądania odwołującego winny być zawarte w treści odwołania, a nie w kolejnych pismach procesowych odwołującego. 7. Niestaranne lub nieprecyzyjne sformułowanie zarzutu oraz jego uzasadnienia, a także postawienie żądania w formie blankietowej nie uprawnia odwołującego do dokonywania modyfikacji zarzutów i żądań na dalszym etapie postępowania. Takie postępowanie wykonawcy nie prowadziłyby do składania odwołań w reżimie przepisu art. 180 ust. 3 w zw. z art. 182 ust. 2 p.z.p., lecz byłoby swoistą sygnalizacją zarzutów i żądań, które następnie byłyby poddawane zmianom, czy też uzupełnieniom przez odwołującego.”.

W treści pierwszego odwołania Odwołujący w sposób jednoznaczny podał treść stawianych żądań, domagając się m.in. nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ poprzez wskazanie, że wykonawca pierwszą inwentaryzację pojemników, z których odbierane są odpady komunalne, sporządzi w terminie nie krótszym, niż 2 miesiące od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 2 lit. b żądań), oraz odrębnie domagając się nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ

25

poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w terminie przypadającym nie wcześniej, niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 2 lit. c żądań).

Zamawiający nie miał podstaw, ani obowiązku domyślenia się innej treści żądania, jak również domyślenia się, że żądanie dotyczy innej części specyfikacji – niż ta, która została wyraźnie określona przez Odwołującego. Powyższej oceny nie może zmienić okoliczność podniesienia zarzutów i przedstawiania uzasadnienia w aspekcie szerszym, niż to, co zostało wyrażone ostatecznie w treści żądań, które Odwołujący sam określił na podstawie całości swojej argumentacji i postawionych zarzutów. Nie zasługiwały na akceptację twierdzenia, iż dokonane zmiany SIWZ nie korespondują z zarzutami i wnioskami pierwszego odwołania, skoro Odwołujący zarzutów tych i wniosków nie wyeksponował w treści postawionych na ich podstawie żądań. W szczególności nie można było uznać, że Zamawiający powinien był wiedzieć, że żądanie pierwszego odwołania (z pkt 2 lit. c) dotyczy nie pkt 2 ppkt 2 OPZ, lecz ma odnosić się do pkt 2 ppkt 5 OPZ, oraz że jest to żądanie usunięcia z treści pkt 2 ppkt 5 OPZ daty 1 lipca 2015 r., w tym żądanie dotyczące niewiązania z tą datą terminu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki. W niniejszej sprawie Odwołujący wskazał, że podanie w pierwszym odwołaniu w treści żądań (pkt 2 lit. c) pkt 2 ppkt 2 OPZ stanowiło omyłkę pisarską, tak jak miało to miejsce również w niniejszym odwołaniu. Jednocześnie, Odwołujący przyznał, że nie dokonywał wówczas sprostowania omyłki, a więc nie informował o tym również Zamawiającego. W świetle stanowiska Odwołującego Zamawiający powinien więc być domyślnie, że Odwołujący popełnił omyłkę pisarską oraz, że treść żądania dotyczy innej części OPZ niż ta wskazana przez Odwołującego, jak również, że jest ona zdecydowanie dalej idąca ponad to, co zostało literalnie wyrażone w treści podanej przez Odwołującego, w zakresie stawianych żądań. W ocenie Izby powyższe stanowisko należało ocenić krytycznie. Odwołujący powinien mieć świadomość kluczowego znaczenia elementu odwołania, jakim są stawiane żądania. Formułując je, Odwołujący powinien dochować szczególnej staranności i precyzji w wyrażaniu tego, o co konkretnie wnosi. Nie powinien wymagać od Zamawiającego domyślenia się treści żądań, ponad to, co Odwołujący sam wskazał, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie podejmował działań, które świadczyłyby o tym, że miała miejsce omyłka pisarska, która w tym przypadku powodowałaby odniesienie żądań, do całkiem innej części OPZ, w dodatku zawierającej termin, od którego w istocie Zamawiający potrzebuje rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów. Żądanie usunięcia terminu 1 lipca 2015 r. z treści pkt 2 ppkt 5 OPZ skutkowałoby w istocie zmianą terminu realizacji zamówienia, zawartego w Rozdziale IV SIWZ – pomimo, że ta część specyfikacji nie została zaskarżona. Z pewnością skutkowałoby to tym, że z dniem wygaśnięcia obecnej umowy (30 czerwca 2015 r.) Zamawiający nie miałby

26

istoty swoich uzasadnionych potrzeb, które to zamówienie ma zaspokoić, a więc realizacji usługi odbioru odpadów, w sposób nieprzerwany i nie powodujący zagrożenia oraz trudności dla lokalnej społeczności. Odwołujący w uzasadnieniu pierwszego odwołania odnosił się do terminu 1 lipca 2015 r., jednak ani w treści żądania, ani w uzasadnieniu nie wskazał w sposób jednoznaczny, że żąda jego całkowitego usunięcia z treści OPZ.

Reasumując, Odwołujący mógł i powinien był sformułować żądanie, w taki sposób, który nie pozostawiałby wątpliwości, co do jego istoty – przykładowo poprzez przytoczenie zaskarżonej treści SIWZ z jednoczesnym podaniem treści, która w danym miejscu specyfikacji powinna, zdaniem Odwołującego, zastąpić treść kwestionowaną. Precyzja żądań jest szczególnie istotna, gdy odnoszą się one do treści podstawowego dokumentu, jakim jest SIWZ, który to dokument ma wpływ na sytuację wszystkich ewentualnych wykonawców zainteresowanych udziałem w danym postępowaniu. Modelowanie żądań, przedstawianie niewyrażonych w ich treści, w sposób jednoznaczny, intencji, czy istoty, zwłaszcza po umorzeniu postępowania wskutek uwzględnienia odwołania i zobowiązaniu się do wykonania czynności, tak jak zostało to literalnie podane w treści żądań odwołania, może skutkować wypaczeniem istoty podjętej przez zamawiającego czynności dyspozytywnej, jak również pozbawieniem zamawiającego możliwości obrony swojego stanowiska oraz pozbawieniem innych potencjalnych wykonawców możliwości dokonania oceny, co do zasadności przyłączenia się do stanowiska jednej ze stron, a więc również pozbawieniem możliwości obrony swoich interesów.

Uwzględniając odwołanie Zamawiający miał natomiast, zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie, prawo i podstawy do uznania, że wykonawca postuluje dopuszczenie możliwości wyposażania nieruchomości we własne pojemniki oraz worki do gromadzenia odpadów, najpóźniej w terminie 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy – gdyż nabycie własnych pojemników i wyposażenie w te pojemniki obsługiwanych nieruchomości jest związane chociażby z okresem ich produkcji, dostawy, rozlokowania – oraz, że proces ten może zakończyć się po 1 lipca 2015 r. Zamawiający nie miał podstaw do uznawania, by żądania odwołania dotyczyły *de facto* przesunięcia terminu świadczenia usługi zasadniczej i zwolnienia wykonawcy z obowiązku rozpoczęcia świadczenia usługi w pełnym zakresie od dnia 1 lipca 2015 r., a więc bezpośrednio po wygaśnięciu obecnie obowiązującej umowy, oraz by obowiązek pełnej realizacji przedmiotu zamówienia – a w istocie jego kluczowego elementu, a więc odbioru odpadów – mógł się rozpocząć dopiero po tym, jak wykonawca nabędzie i rozstawi własne pojemniki (a do tego w istocie zmierzało żądanie Odwołującego w jego ostatecznym kształcie przedstawionym w toku niniejszego postępowania odwoławczego).

27

Termin rozpoczęcia wykonania zamówienia w zakresie odbierania odpadów został określony w sposób nie budzący wątpliwości, a więc: „*rozpoczęcie: od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 lipca 2015 r.*” Sformułowanie „nie wcześniej niż od dnia 1 lipca 2015 r.” nie oznacza, że Zamawiający planuje, że świadczenie usługi zacznie się po dniu 1 lipca 2015 r., tak jak przedstawiał to Odwołujący. Realizacja przedmiotowego zamówienia składa się z kilku etapów: 1) etap I obejmujący czynności przygotowawcze; 2) etap II obejmujący świadczenie usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, 3) etap III polegający na ostatecznym rozliczeniu umowy sukcesywnym usunięciu pojemników na odpady komunalne z terenów, które były wyposażone w pojemniki należące do wykonawcy. Odwołujący sam podnosił, że czynności przygotowawcze stanowią już element realizacji przedmiotu zamówienia. W kontekście terminu wykonania zamówienia nie budzi wątpliwości liczby, że niezbędne czynności przygotowawcze muszą być przez wykonawcę realizowane już od momentu zawarcia umowy, natomiast samo świadczenie kluczowej dla tego zamówienia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów nie może zacząć się wcześniej niż z dnia 1 lipca 2015 r., gdyż dopiero wówczas przestanie obowiązywać obecna umowa, a usługi będą dopiero z tym dniem mogły (musiały) być świadczone przez nowo wybranego wykonawcę. Wykonawca podejmujący się wykonania przedmiotowego zamówienia, ubiegający się o zawarcie umowy, nie kwestionujący przy tym terminu wykonania zamówienia, jak również deklarujący spełnienie warunków udziału w postępowaniu, musi tak umieć zorganizować swoją pracę, by z dniem 1 lipca 2015 r. usługi odbioru odpadów były nadal, nieprzerwanie, wykonywane. Zamawiający dał natomiast wykonawcy czas na wyposażenie nieruchomości we własne pojemniki i worki, natomiast jeśli do dnia 1 lipca 2015 r. wykonawca nie zakończy tego procesu, to może go kontynuować (najpóźniej do 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy) przy czym w okresie przejściowym musi dysponować możliwością

zapewnienia tych pojemników i worków innymi sposobami (niż poprzez własne zasoby) szukając rozwiązań w innych możliwych źródłach – przykładowo poprzez uzgodnienia z obecnym wykonawcą, uzgodnienia z właścicielami nieruchomości, co do wykorzystania ich własnych pojemników, wykorzystanie pojemników będących własnością Zamawiającego, czy poprzez inne rozwiązania handlowe (np. próby pozyskania z rynku wyprodukowanych już pojemników). To rzeczą wykonawcy i jego ryzykiem jest to, jak zorganizuje ten proces. Taką treść żądań odwołania Zamawiający miał prawo przyjąć i w takim zakresie uwzględnić stanowisko wykonawcy.

Powyższe wynika przy tym bezpośrednio z czynności Zamawiającego, które Odwołującemu były znane na moment uwzględnienia odwołania. Zamawiający w piśmie z dnia 3 marca 2015 r., w którym dokonał pierwszej modyfikacji w kierunku żądań odwołania z dnia

28

24 lutego 2015 r. podniósł m.in., że stosunkowo długi okres czasu przewidziany na rozpoczęcie realizacji usługi w zakresie obierania odpadów komunalnych z terenu miasta daje możliwość wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia do przygotowania się do świadczenia usługi oraz zapoznania ze specyfiką danego sektora. Ostatecznie to wykonawca decyduje na ile części (sektorów) jest w stanie złożyć rzetelną ofertę i należycie zrealizować umowę. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której w dniu 1 lipca 2015 r. właściciele nieruchomości nie będą wyposażeni w pojemniki na odpady i worki. Wykonawca nie może dopuścić do sytuacji, w której odpady będą gromadzone na ziemi, zwłaszcza w okresie letnim.

Uwzględnienie odwołania nastąpiło w dniu 4 marca 2015 r., w bezpośredniej kontynuacji powyższej czynności z dnia 3 marca 2015 r. Wykonawcy winno więc być wiadomym, że dopuszczenie 4 miesięcznego okresu nie oznacza jednocześnie przesunięcia terminu realizacji usługi, w tym nie oznacza zwolnienia wykonawcy z obowiązku zapewnienia niezbędnych pojemników i worków na dzień 1 lipca 2015 r., zwłaszcza skoro takiego żądania nie sformułował. Zamawiający dopuścił natomiast dla wykonawcy możliwość zapewnienia tych pojemników i worków, także innymi sposobami, niż tylko wyposażenie zasobami własnymi wykonawcy – sukcesywnie, odpowiednio do terminu podanego przez wykonawcę w treści żądania odwołania.

W konsekwencji, skoro Odwołujący sformułował żądania pierwszego odwołania w taki, a nie inny sposób, to nie miał podstaw do zarzucania Zamawiającemu niewykonania czynności zgodnie z treścią żądań zawartych w odwołaniu, w tym nie miał podstaw do zarzucania, że Zamawiający nie dokonał zmiany pkt 2 ppkt 5 OPZ, w tym nie wykreślił z jego treści daty 1 lipca 2015 r.

Analizując poszczególne żądania pierwszego odwołania Izba stwierdziła, że:

1. Żądanie z pkt 2 lit. a zostało wykonane. Okoliczność ta została przyznana przez Odwołującego w toku postępowania przed Izbą.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że Zamawiający modyfikacją SIWZ z dnia 3 marca 2015 r., zgodnie do dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, udostępnił, jako uzupełnienie OPZ dane dotyczące ilości pojemników oraz ich pojemności z terenów niezamieszkałych oraz zamieszkałych w poszczególnych sektorach miasta, poprzez dodanie w OPZ pkt 13 i 14 zawierających dane w formie tabelarycznej z deklaracji dotyczących ilości pojemników ich pojemności, zgodnie z żądaniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie Izba w pełni uznała stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie podał, że wychodząc naprzeciw oczekiwaniom potencjalnych wykonawców

29

udzielił licznych wyjaśnień i odpowiedzi oraz uzupełnił OPZ poprzez przekazanie wykonawcom dodatkowych zestawień, ponad wymagane w żądaniach Odwołującego, zawierających m.in.: wykaz dodatkowych kodów odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem; wykaz zawierający szacunkową ilość pojemników w poszczególnych sektorach miasta; wykaz terenów niezamieszkałych, gdzie częstotliwość odbioru odpadów jest większa niż wymagana w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olsztyn; wykaz zawierający ilości baterii i leków odebranych w 2014 r. z terenu Gminy Olsztyn w podziale na sektory; wykaz zbiorników podziemnych zlokalizowanych na terenie Gminy Olsztyn; wykaz prasokontenerów używanych na

terenie Gminy Olsztyn.

Ponadto, Zamawiający pismem z dnia 3 marca 2015 r. udostępnił również wykonawcom zestawienie ilości pojemników na odpady komunalne w poszczególnych sektorach miasta z podziałem na pojemności pojemników oraz frakcje (rodzaje) odpadów.

2. Żądanie z pkt 2 lit. b zostało wykonane. Okoliczność ta została przyznana przez Odwołującego w toku postępowania przed Izbą.
3. Żądanie z pkt. 2 lit. c zostało wykonane. Jak wskazano wcześniej, w treści tego żądania Odwołujący żądał zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ domagając się wskazania, że wykonawca obowiązany będzie do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w terminie przypadającym nie wcześniej niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy. Modyfikacją SIWZ z dnia 19 marca 2015 r. Zamawiający wprowadził następujące brzmienie pkt 2 ppkt 2 OPZ: „Pierwszą inwentaryzację określoną w pkt 2 ppkt 1, Wykonawca przekaże Zamawiającemu w formie elektronicznej (format.xls) w terminie 2 miesięcy, licząc od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym Wykonawca będzie obowiązany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady (nie dotyczy pojemników na odpady zielone) nie później niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku podpisania umów na większą ilość sektorów terminy nie sumują się”. W ocenie Izby żądanie pierwszego odwołania zostało wykonane. Na moment rozpoznania niniejszego odwołania nie istniał już przedmiot sporu – w kształcie determinowanym treścią żądania podanej przez Odwołującego w żądaniach pierwszego odwołania.
4. Żądanie z pkt 2 lit. d zostało wykonane. Modyfikacją z dnia 19 marca 2015 r., Zamawiający wprowadził następujące brzmienie pkt 5 ppkt 1 OPZ: „Wykonawca niezwłocznie po podpisaniu umowy, lecz nie później

30

niż w terminie 3,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego sporządzi harmonogram odpadów, który zapewni regularność i powtarzalność odbierania odpadów. W przypadku podpisania umów na kilka sektorów terminy nie sumują się”.

Dodatkowo w rozdz. III SIWZ Zamawiający dokonał zmiany treści ust. 12, który otrzymał następujące brzmienie: „Wykonawca niezwłocznie po podpisaniu umowy, lecz nie później niż terminie 3,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego sporządzi Harmonogram Odbioru Odpadów, którym zapewni regularność i powtarzalność odbierania odpadów. W przypadku podpisania umów na kilka sektorów terminy nie sumują się. Harmonogramy powinny być przygotowane w podziale na poszczególne rodzaje odpadów. Harmonogramy będą podlegały akceptacji przez Zamawiającego”.

Ponadto, Izba wskazuje, że w dniu 3 marca 2015 r. Zamawiający, na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp, dodał w pkt 5 OPZ ppkt 8 o treści: „Przy tworzeniu harmonogramu odbioru odpadów komunalnych dla danego sektora, wykonawca może wzorować się na dotychczasowych harmonogramach, które dostępne są na stronie internetowej: czysty.olsztyn.eu w zakładce harmonogramy”.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w danym sektorze miasta mogą skorzystać z przyjętych już rozwiązań, które obecnie zapewniają regularność i powtarzalność odbierania odpadów w poszczególnych sektorach miasta.

Modyfikacją z dnia 19 marca 2015 r. Zamawiający dodał w pkt 5 OPZ ppkt 9, zgodnie z którym, do czasu sporządzenia przez wykonawcę i zatwierdzenia przez zamawiającego harmonogramu odbioru odpadów, Wykonawca będzie realizował usługi objęte przedmiotem zamówienia w danym sektorze miasta w oparciu o harmonogramy, które dostępne są na stronie internetowej: czysty.olsztyn.eu w zakładce harmonogramy.

Reasumując nie znajdował potwierdzenia zarzut z pkt 1 niniejszego odwołania dotyczący naruszenia art. 186 ust. 3 Pzp. Skład orzekający w niniejszej sprawie nie znalazł podstaw do kierowania przedmiotowego zarzutu do rozpoznania na rozprawie. W istocie, w trakcie posiedzenia z udziałem stron zarzut ten został całościowo omówiony. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, które

zamawiający, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Na gruncie ustawy Pzp nie istnieje instytucja częściowego odrzucenia odwołania. Zarzut z pkt 1 odwołania dotyczył w istocie czynności, które zostały już wykonane

31

przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w poprzednim odwołaniu. Poprzez analogię i odpowiednie zastosowanie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, zarzut ten nie został skierowany do rozpoznania na rozprawie. Należy przy tym podkreślić, że art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp stanowi o wykonaniu czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (podkreślenie *lzb*), co dodatkowo wskazuje na kluczowy element odwołania, jakim jest określenie stawianych żądań. Odwołujący, jak wskazano wcześniej, nie sformułował żądania w taki sposób, jak prezentował to następnie w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Zamawiający nie miał zaś podstaw, ani obowiązku do domyślenia się intencji Odwołującego. To, co zostało zaś ujęte literalnie w treści żądań poprzedniego odwołania, zostało wykonane przez Zamawiającego, a tym samym skład orzekający *lzb* nie znalazł podstaw do merytorycznego rozpoznawania przedmiotowych kwestii.

Skład orzekający w niniejszej sprawie, na zasadzie przywołanej już analogii i odpowiedniego zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, jak również art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie znalazł także podstaw do skierowania na rozprawę zarzutów z pkt 2 i pkt 3 tiret drugie odwołania.

Zarzut z pkt 2 niniejszego odwołania, oraz jego uzasadnienie, dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, stanowił w istocie powtórzenie zarzutu z pkt 1 odwołania z dnia 24 lutego 2015 r. W pierwszym odwołaniu podstawą zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący uczynił fakt braku przekazania lub udostępnienia zainteresowanym wykonawcom danych pochodzących z deklaracji dotyczących ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych. Jednocześnie, Odwołujący wniósł o udostępnienie tych danych. W uzasadnieniu pierwszego odwołania, Odwołujący argumentował odnośnie danych dotyczących ilości pojemników na odpady, ich pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, przy czym w ostatnim akapicie wskazał na informacje z deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami. Powyższa argumentacja została powtórzona w treści obecnego odwołania. Jednocześnie, w toku postępowania przed *lzb*ą, Odwołujący przyznał, że żądania poprzedniego odwołania, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i udostępnienia wykonawcom posiadanych danych dotyczących ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z terenów zamieszkałych, zostało wykonane. W treści żądania nie odniesiono się do danych dotyczących wysokości opłaty. Wykonawca podnoszący określone okoliczności w ramach pierwszego odwołania, którym nie dał wyrazu w treści postawionych żądań, nie może ponownie uczynić ich podstawą kolejnego odwołania i formułować na ich podstawie nowych żądań, które *de facto* powinien był sformułować na etapie wcześniejszym. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi

32

o odrzuceniu odwołania, które zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Częścią odwołania jest natomiast określenie żądań. Jeżeli więc przy pierwszym odwołaniu żądanie nie zostało wyekspozowane to trudno uznać, by w odniesieniu do nowego stanu faktycznego, ukształtowanego korzystną dla wykonawcy modyfikacją specyfikacji, można było ponownie skutecznie podnosić żądania, które nie zostały postawione przy zarzutach dotyczących specyfikacji sprzed modyfikacji. Nie sposób bowiem uznać, by termin na postawienie żądań niewyrażonych w treści pierwszego odwołania „odżywał” po modyfikacji specyfikacji, która uczyniła zadość tym żądaniom, które wykonawca wcześniej wskazał w oparciu o zakreślone przez niego zarzuty i ich podstawy. Stanowiłoby to swoiste obejście terminów do wnoszenia odwołań. Ponadto, w niniejszym odwołaniu, treść żądania została także nakierowana na dane dotyczące ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów (a nie dane dotyczące wysokości opłaty). To zaś zostało już wykonane przez Zamawiającego, a wykonanie tych żądań zostało przyznane przed *lzb*ą przez Odwołującego. Wykonawca sformułował natomiast żądanie wykreślenia w pkt 2 OPZ całego ppkt 7. Przyjmując założenie, że odzwierciedleniem zarzutów są żądania odwołania, jak również to, że wykonawca ma określony czas na zaskarżenie treści specyfikacji, a więc czas na wniesienie odwołania z podaniem zarzutów i żądań z nich wynikających, to Odwołujący tego

rodzaju żądanie powinien w zasadzie postawić już w treści pierwszego odwołania, czego jednak nie uczynił. Powyższe okoliczności również przemawiały za odmową skierowania ww. kwestii do rozpoznania na rozprawie. Niezależnie od tego, ewentualne skierowanie na rozprawę nie mogłoby skutkować uwzględnieniem odwołania, gdyż Zamawiający wskutek modyfikacji SIWZ z dnia 3 i 19 marca 2015 r. usunął ostatecznie pkt 2 ppkt 7 OPZ, zastępując go w następujący sposób: „Wykonawca porówna dane wynikające z deklaracji z terenów niezamieszkałych dotyczące ilości pojemników, pojemności, częstotliwości odbioru odpadów wraz ze sposobem ich gromadzenia z wykonaną przez siebie inwentaryzacją i w ciągu maksymalnie 2 miesięcy, licząc od daty przekazania Zamawiającemu pierwszej inwentaryzacji określonej w pkt 2 ppkt 1 przekaze Zamawiającemu informację o różnicach pomiędzy bazami w formie elektronicznej (format.xls)”. Zamawiający odstąpił więc od wcześniejszego zastrzeżenia o przekazaniu informacji po podpisaniu umowy. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że dane z deklaracji złożonych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, które Zamawiający zamierzał przekazać po podpisaniu umowy miały, co do zasady, służyć weryfikacji danych rzeczywistych z terenów (inwentaryzacja wykonana przez Wykonawcę) z danymi zadeklarowanymi przez właścicieli nieruchomości. Dane z deklaracji dla terenów niezamieszkałych zawierają m.in. dane dotyczące nazw właścicieli nieruchomości i dopiero w umowie Wykonawca zostanie zobowiązany do zachowania w poufności danych, zgodnie z

33

postanowieniami zawartymi w rodz. III ust. 15 SIWZ oraz załącznikiem nr 3 do wzoru umowy. Zamawiający udostępnił szczegółowe dane z deklaracji dotyczące ilości pojemników, ich pojemności, częstotliwości odbioru odpadów oraz sposobów ich gromadzenia dla danej nieruchomości z terenów niezamieszkałych dla całego miasta, wg stanu na dzień prowadzenia przedmiotowego postępowania. Odstąpił od tego, że dane te miały być przekazane po podpisaniu umowy. Zrezygnował z kwestionowanej treści pkt 2 ppkt 7 OPZ, niezależnie od dopuszczalności postawienia w tym zakresie żądania dopiero w obecnym odwołaniu, nadając mu nowe brzmienie. W istocie postulat Odwołującego został spełniony, a w takiej sytuacji – gdy Izba orzeka biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania – brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania. Nowe brzmienie pkt 2 ppkt 7 OPZ, wprowadzone w dniu 19 marca 2015 r., może być ewentualnie przedmiotem kolejnego odwołania. Stanowiło to bowiem nową czynność w postępowaniu, która nie mogła być zaskarżona obecnym odwołaniem, a tym samym nie mogła być w tym postępowaniu odwoławczym przedmiotem rozstrzygnięcia Izby.

Z tożsamyh względów Izba nie znalazła podstaw do skierowania na rozprawę zarzutu dotyczącego pkt 5 ppkt 1 OPZ oraz rozdziału III pkt 12 SIWZ. W szczególności należy wskazać, że Zamawiający wprowadził bowiem 3,5 miesięczny termin, stosownie do żądań pierwszego odwołania. Odwołanie w tym zakresie dotyczyło więc ostatecznie czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w pierwszym odwołaniu. Ponadto, zmiany zostały wprowadzone w taki sposób, jak zostało to przedstawione również w treści drugiego odwołania. Jak wskazano wcześniej, gdy postulat odwołania został spełniony, a Izba orzeka biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania – to brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela przy tym prawidłowość wprowadzenia postulowanych terminów z zastrzeżeniem „nie później niż”. Inne stanowisko pozbawiałoby by żądania Odwołującego zasadności i możliwości ich uwzględnienia. Wykonawca nie może narzucać zamawiającego terminów w taki sposób, który *de facto* pozbawia zamawiającego wpływu i możliwości nadzoru nad realizacją przedmiotu zamówienia. Przykładowo, żądanie terminu „nie wcześniej niż 4 miesiące”, było żądaniem wprowadzenia terminu otwartego, w którym dopiero po upływie 4 miesięcy wykonawca miałby obowiązek wykonania określonych czynności, przy czym końcowy termin ich wykonania nie byłby w ogóle określony – tak więc wykonawca mógłby wyłącznie według własnego uznania i potrzeb, a nie według konkretnych terminów granicznych wynikających z uzasadnionych potrzeb i wymogów zamawiającego, decydować kiedy ostatecznie wykona daną czynność, składającą się na wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu Zamawiający, w sposób

34

racjonalny podszedł do żądań Odwołującego i zapewnił konkurencyjność postępowania i równe traktowanie wykonawców.

Zarzutem, który jako jedyny kwalifikował się do rozpoznania na rozprawie, był w ocenie składu orzekającego Izbę, zarzut dotyczący pkt 2 ppkt 5 OPZ. Na marginesie należy jednak wskazać, że treść żądania, nawet przy uwzględnieniu omyłki pisarskiej, stanowiła o nakazaniu zmiany poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w terminie przypadającym nie wcześniej niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy. Przedmiotowe 4 miesiące zostały już wprowadzone w treści pkt 2 ppkt 2 OPZ, zgodnie z żądaniem wcześniejszego odwołania, które wówczas nie było prostowane, a jak już wskazano wcześniej, Zamawiający nie miał obowiązku domyślania się intencji czy błędów Odwołującego. Patrząc formalistycznie można by stwierdzić, że taka modyfikacja, skoro została już wprowadzona, tyle że w innym pkt OPZ (który Odwołujący wszakże sam wcześniej podał w treści wcześniejszego odwołania) sama w sobie stanowi wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania, przy uwzględnieniu przez Izbę obowiązku wzięcia pod uwagę przy rozstrzyganiu sprawy, stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania. W drugim odwołaniu żądanie nie zostało jednocześnie sformułowane szczegółowo, tak jak ostatecznie przedstawiał to Odwołujący, w piśmie złożonym na rozprawie i w stanowisku końcowym, lecz ponownie ograniczyło się do żądania wprowadzenia terminu „nie wcześniej, niż 4 miesiące”. W żądaniu zawartym w pisemnym odwołaniu nigdzie nie wskazano na postulat wykreślenia z pkt 2 ppkt 5 OPZ terminu 1 lipca 2015 r. Również w uzasadnieniu odwołania nie zostało to sprecyzowane tak, jak dopiero w piśmie złożonym na rozprawie i w stanowisku końcowym. Przy formalistycznym podejściu do zagadnienia można było stwierdzić, że skoro w pierwszym odwołaniu nie zażądano zmiany pkt 2 ppkt 5 OPZ (gdyż żądania – nie prostowane przez Odwołującego – odnosiły się wyłącznie do pkt 2 ppkt 2 OPZ), to z uwagi na brak odzwierciedlenia zarzutów dotyczących pkt 2 ppkt 5 OPZ w treści ówczesnych żądań, wykonawca utracił w ogóle na moment wnoszenia drugiego odwołania prawo kwestionowania i żądania zmiany treści pkt 2 ppkt 5 OPZ, w tej części, która od początku widniała w treści SIWZ i która, już w pierwszym odwołaniu, powinna zostać wskazana precyzyjnie przez wykonawcę, jako część mająca ulec zmianie (zawierająca stwierdzenie, że najpóźniej do dnia 1 lipca 2015 r. Wykonawca zobowiązuje się do wyposażenia nieruchomości, na których powstają odpady komunalne, położonych na terenie Gminy Olsztyn w pojemniki i worki).

Skład orzekający w niniejszej sprawie uznał jednak, że przedmiotowy zarzut wymaga merytorycznego rozpoznania. Przede wszystkim odwołanie dotyczyło m.in. modyfikacji SIWZ z dnia 3 marca 2015 r., która rozbudowała treść pkt 2 ppkt 5 OPZ. Zamawiający w tym też dniu

35

uksztaltował w sposób definitywny treść tego postanowienia, dając w nim w sposób wyraźny wyraz swoim intencjom dotyczącym wymogu, by po zakończeniu obecnie obowiązującej umowy nie zaistniała sytuacja, w której odpady mogłyby zalegać na ziemi, z uwagi na brak wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki. Zamawiający uwzględniając pierwsze odwołanie wprowadził termin 4 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zamawiający słusznie uznał, że żądania odwołania nie mogły być potraktowane, jako żądanie odstąpienia w całości od wymogu zabezpieczenia nieruchomości na dzień 1 lipca 2015 r., lecz jedynie jako stworzenie wykonawcy możliwości skutecznego wyposażenia nieruchomości własnymi zasobami w postaci pojemników i worków, jednak przy zastrzeżeniu, że przy braku gotowości wyposażenia nieruchomości we własne pojemniki i worki na dzień 1 lipca 2015 r. wykonawca musi mieć świadomość konieczności realizowania istoty tego zamówienia (i to już od dnia następnego po wygaśnięciu obecnej umowy) uzyskując w tym celu, w tzw. okresie przejściowym, niezbędne zasoby z innych źródeł lub w inny sposób, niż poprzez zakup nowo wyprodukowanych. W modyfikacji z dnia 3 marca 2015 r. Zamawiający, już wprost wskazał, że wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa na dany sektor nie może dopuścić do sytuacji, w której właściciele nieruchomości nie będą mieli od dnia 1 lipca 2015 r. zapewnionej właściwej ilości pojemników. Zamawiający powtórzył zobowiązanie, że proces wyposażania nieruchomości powinien zakończyć się nie później niż do dnia 1 lipca 2015 r. Jednocześnie, Zamawiający dopuścił, by proces skutecznego wyposażania nieruchomości w pojemniki na odpady oraz worku do gromadzenia odpadów trwał także po 1 lipca 2015 r., po uprzednim dokonaniu niezbędnych uzgodnień z właścicielami lub zarządcami nieruchomości oraz dotychczasowym wykonawcom, który aktualnie świadczy usługi odbioru odpadów w danym sektorze miasta w celu konieczności zapewnienia pojemników na odpady w okresie przejściowym. Następnie, poprzez uwzględnienie odwołania w dniu 4 marca 2015 r., czemu dano wyraz modyfikacją SIWZ z dnia 19 marca 2015 r., Zamawiający dał wykonawcom 4 miesiące od dnia podpisania umowy na zakończenie tego skutecznego wyposażania

nieruchomości – z możliwością korzystania z uzgodnień, w tym porozumień z obecnym wykonawcą dla zapewnienia w okresie przejściowym niezbędnych pojemników i worków – określił tym samym datę graniczną okresu przejściowego, po którym wykonawca wybrany powinien już własnymi zasobami zaopatrzyć wszystkie obsługiwane nieruchomości (bez dalszego korzystania z ewentualnych rozwiązań okresowych, dopuszczonych przez Zamawiającego jedynie w początkowym stadium realizacji zadania).

W ocenie Izby, powyższa zmiana służyła niewątpliwie zwiększeniu konkurencyjności niniejszego postępowania. Odwołujący zaskarżył przedmiotową modyfikację, a głównym źródłem i celem odwołania, było zdaniem Izby, poczynione zastrzeżenie o braku możliwości

36

dopuszczenia do sytuacji, by właściciele nieruchomości nie mieli od dnia 1 lipca 2015 r. zapewnionej właściwej ilości pojemników.

W konsekwencji Izba uznała za zasadne merytoryczne rozpatrzenie powyższych kwestii i dokonanie oceny, czy w niniejszym postępowaniu wymóg dotyczący wyposażenia od dnia 1 lipca 2015 r. nieruchomości w pojemniki i worki jest wymogiem, który naruszałby art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Zdaniem Izby w tym postępowaniu nie doszło do naruszenia ww. przepisów. Izba oceniła, że ostatecznie ukształtowana treść specyfikacji, w której Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zapewnienia z dniem 1 lipca 2015 r. pojemników i worki na odpady, przy czym dał im jednocześnie okres 4 miesięcy od dnia podpisania umowy na wyposażenie nieruchomości zasobami własnymi, a więc na tzw. okres przejściowy dał im możliwość poszukiwania rozwiązań alternatywnych, nie narusza art. 29 ust. 2 oraz art. 7 Pzp.

W pierwszej kolejności, Odwołujący w ocenie Izby, nie przedstawił Izbie na tyle rzeczowych argumentów i dowodów, które dawałyby podstawę do uznania, że zostało uprawdopodobnione, że zapisy specyfikacji utrudniają uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. W jednym ze złożonych przez Odwołującego dowodzie wskazano m.in. że termin realizacji zamówienia na pojemniki może być *“nie dłuższy niż 6 tygodni”*. Możliwy jest więc termin krótszy, to już rzeczą wykonawcy jest, jakie terminy jest w stanie wynegocjować i czy np. ma możliwość indywidualnych uzgodnień z producentem, zastosowania innych rozwiązań handlowych, ewentualnych rezerwacji, itd. To rzeczą wykonawcy jest też, czy jest w stanie porozumieć się z obecnym wykonawcą, czy chce zaangażować się w uzgodnienia z właścicielami nieruchomości w celu skorzystania w okresie przejściowych z pojemników będących ich własnością. Przystępujący w niniejszej sprawie zaprzeczył twierdzeniom o braku możliwości dojścia do porozumienia w tej kwestii. Oczywiście powyższe czynności wymagają większego nakładu pracy, ale jest to elementem ryzyka gospodarczego wykonawcy i jego decyzji, czy podejmuje to ryzyko, skoro chce ubiegać się i wygrać we wszystkich częściach postępowania. Argumenty o trudnościach we współpracy z dotychczasowym wykonawcą były ogólnikowe, a ponadto oparte jedynie na własnych twierdzeniach Odwołującego. Uwzględnienie stanowiska Odwołującego oznaczałoby, w ocenie Izby, że ryzyko gospodarcze istniejące na rynku, będące cechą przynależną działalności gospodarczej, zostałoby w całości przerzucone na Zamawiającego. Przywoływanie okoliczności dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów w aglomeracji poznańskiej mogło jedynie przemawiać na niekorzyść argumentacji Odwołującego. W postępowaniu tamtych terminy były równie restrykcyjne, co nie pozbawiło wykonawcy możliwości startu i częściowego wygrania przetargu.

37

Odwołujący nie wykazał, że tylko jeden podmiot, bądź wąska grupa podmiotów, może rzeczywiście ubiegać się o to zamówienie, a inne podmioty poprzez wprowadzone zapisy zostały pozbawione możliwości uczciwego konkurowania. To, że dotychczasowemu wykonawcy może być łatwiej wykonać określone obowiązki, że może to zrobić szybciej i mniejszym nakładem pracy, nie stanowi jeszcze o tym, że dochodzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Jest to pewna przewaga rynkowa, będąca zjawiskiem naturalnym, natomiast nie jest obowiązkiem Zamawiającego niwelowanie tej przewagi, kosztem swoich uzasadnionych potrzeb, w celu stworzenia Odwołującemu warunków, które wykonawca ten uważa za dogodne dla siebie. W ocenie Izby Zamawiający odpowiednio wcześniej wszczął postępowanie i przewidział terminy, które są realne dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Obszar, który ma być obsługiwany nie jest też tak dużym obszarem, żeby

uznawać wprowadzone obowiązki za nierealne do wykonania przez innych wykonawców, niż wykonawca obecny. Ponadto Zamawiający dopuścił możliwość złożenia ofert częściowych, a więc wykonawca może konkurować w tym postępowaniu odpowiednio do swoich możliwości, mając na uwadze, że termin 1 lipca 2015 r. nie jest terminem dowolnie narzuconym przez Zamawiającego, ale jest to termin, w którym poprzednia umowa przestanie obowiązywać, a odpady muszą być nadal odbierane, gdyż jest to w interesie ogółu, a brak odpadów mógłby powodować zagrożenie sanitarne i zagrożenia dla zdrowia mieszkańców. Indywidualny interes wykonawcy nie może stawać ponad tym, co jest uzasadnionym – potrzebami ogółu – wymogiem zamawiającego. To, że jeden wykonawca może mieć większą skalę trudności w przystąpieniu do wykonania zadania nie jest wystarczającą podstawą do dowodzenia zachwiania uczciwej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie. Stworzenie warunków uczciwej konkurencji i równego traktowania nie oznacza także, że Zamawiający ma odstąpić od pewnym zasadniczych kwestii i dawać wykonawcom tak długi czas, jaki uważają oni za właściwy dla uzyskania takiej pozycji startowej przy wykonaniu zadania, jaką pozycję może mieć inny wykonawca. Odwołujący podając pewne minimalne według niego terminy sam wskazał, że przykładowo termin 2 miesięczny na rozstawienie pojemników jest restrykcyjny i nie każdy wykonawca będzie mógł go dotrzymać. Skupianie istoty na terminach, które będą dogodne dla wszystkich potencjalnych wykonawców mogłoby prowadzić do stanowiska, że każdy jeden termin, mógłby być kwestionowany, jako utrudniający uczciwą konkurencję, gdyż dany wykonawca potrzebuje akurat w tym zakresie więcej czasu. To, że jednemu wykonawcy będzie łatwiej wykonać pewne obowiązki w danym terminie, a inny wykonawca będzie musiał zaangażować się bardziej, podjąć się poszukiwania np. rozwiązań alternatywnych, bardziej restrykcyjnie skoordynować harmonogram swoich działań i wykonać je większym nakładem sił, nie jest sytuacją świadczącą o utrudnianiu uczciwej konkurencji.

38

Dodatkowo, zdaniem Izby, żądanie odwołania doprowadziłoby w istocie do przesunięcia terminu realizacji zamówienia, a z pewnością doprowadziłoby do znacznego ograniczenia zakresu świadczonych usług, gdyż od dnia 1 lipca 2015 r. Zamawiający nie miałby zaspokojonej podstawowej usługi wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia, a więc nie miałby zapewnionego odbioru odpadów. Odwołujący nie skarżył natomiast terminu wskazanego w rozdziale IV specyfikacji. Dla Izby jest oczywiste, że Zamawiający nie może dopuścić do tego, by odpady zalegały na ulicy, co narażałoby mieszkańców na dyskomfort, a nawet mogłoby stanowić zagrożenie zdrowia. Skoro z dniem 30 czerwca 2015 r. kończy się obecna umowa to oczywiste jest, że od dnia 1 lipca 2015 r. odbiór odpadów musi być kontynuowany w sposób ciągły i wykonawca startujący w tym przetargu musi mieć świadomość uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Dla Izby jest też kwestią jednoznaczną, że Zamawiający planuje, że rozpoczęcie usługi odbioru musi zacząć się od dnia 1 lipca 2015 r. Zamawiający nie ma podstaw, by zakładać, że do tego czasu przetarg nie zostanie rozstrzygnięty. Argumenty o tym, że postępowanie może się przedłużyć, np. z powodu odwołań, a więc, że wykonawca może ostatecznie mieć mało czasu na realizację pierwszych obowiązków umownych, nie mogły być uznane za przekonujące. Przeciwnie, jest odpowiednio dużo czasu, a Zamawiający ma prawo zakładać, że postępowanie zostanie przeprowadzone sprawnie i szybko, zwłaszcza, że przebieg tego postępowania zależy w głównej mierze od staranności i trafności decyzji Zamawiającego.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

39