

WYROK
z dnia 23 października 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 października 2012 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2012 roku przez **Odwołującego – SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m.st. Warszawy w Warszawie**,

przy udziale **Wykonawcy - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie uwzględnionych zarzutów zgodnie z uzasadnieniem niniejszego wyroku

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m.st. Warszawy w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego - Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Południe m.st. Warszawy w Warszawie** na rzecz **Odwołującego – SITA Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty**

1

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczanej przepisami wykonawczymi.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu **8 października 2012 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **SITAPOLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „Odwołujący”).

Odwołanie wniesiono na czynności Zamawiającego w zakresie sformułowania treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”) w postaci:

1. **wskazania w treści Ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, punkcie 3. SIWZ, załączniku nr 6 do SIWZ oraz § 1. wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ** przepisów prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego, które mają stanowić podstawę realizacji zamówienia, bez uwzględnienia nadchodzących istotnych zmian przepisów prawa miejscowego, tj. wprowadzenia Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023, który determinuje konieczność uchwalenia nowego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy oraz prawa powszechnie obowiązującego, tj. rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, które w istotny sposób zmieniają warunki i zasady odbioru odpadów komunalnych, najprawdopodobniej jeszcze przed rozpoczęciem realizacji zamówienia bądź w trakcie realizacji;

2. **wskazania w punkcie 7.1.1 lit. a) SIWZ**, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, udzielone przez Prezydenta m. st. Warszawy i obowiązujące na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2011 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 roku, nr 152, poz. 897), nie uwzględniając, że na podstawie aktualnego na dzień składania oferty zezwolenia, przedsiębiorcy mogą wykonywać działalność w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych do dnia 31 grudnia 2012 roku;

3. **wskazania w punkcie 12. SIWZ**, że Zamawiający przed podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego zażąda od wykonawcy poświadczoną za zgodność z oryginałem aktualnej umowy z zakładem utylizacji, bez odniesienia tego żądania do planowanych zmian w zakresie warunków stawianych zakładom utylizacji, co zostanie wprowadzone Wojewódzkim Planem Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 – 2012 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023;

3

4. **wskazania w treści Ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w punkcie 3. SIWZ, w § 1 wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ**, że przedmiotem zamówienia jest m.in. wywóz śniegu, przy jednoczesnym pominięciu istotnych informacji dotyczących tej usługi, przede wszystkim warunków jej realizacji;

5. **wskazania w treści Ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, załączniku nr 6 do SIWZ, § 1. wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ**, że wykonawca zobowiązany jest do dodatkowych wywozów odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych oraz nieczystości ciekłych na zgłoszenie zamawiającego, w terminie 3 godzin od momentu zgłoszenia, przy jednoczesnym pominięciu informacji, w jakich godzinach w ciągu doby i w jakich dniach tygodnia Zamawiający jest uprawniony do dokonania takiego zgłoszenia;

6. **wskazania w załącznikach 1 a - d do SIWZ** kodów odpadów, jakie będzie odbierał wykonawca, stanowiących podstawę do rozróżnienia kwoty wynagrodzenia, ze względu na rodzaj odpadu, z pominięciem sytuacji, w której odbierany przez wykonawcę odpad nie będzie odpowiadał żadnemu z wymienionych kodów;

7. **wskazania w § 2 pkt. 9b wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ**, że wykonawca ma obowiązek polegający na zebraniu i wywozie nieczystości stałych, znajdujących się w odległości 3 metrów od pojemników, przy jednoczesnym pominięciu zasad rozliczania tej usługi;

8. **wskazania w § 3 ust. 4 lit. b) wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ**, że wykonawca jest zobowiązany do załadunku i wywozu odpadów wielkogabarytowych zlokalizowanych m.in. na strychach, w piwnicach, przy jednoczesnym pominięciu tych usług i warunków ich realizacji w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ, § 1 wzoru umowy);

9. **wskazania w § 9 pkt 2 wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ**, że Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karami umownymi za opóźnienia w należyтым wykonaniu wywozu nieczystości płynnych i uzależnienia wysokości kar umownych od czasu opóźnienia względem dnia wycieku nieczystości, bez powiązania tej okoliczności z datą zgłoszenia potrzeby opróżniania zbiornika nieczystości ciekłych;

10. **wskazania w § 11 ust. 5 wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ**, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zaginięcie pojemników i kontenerów bądź ich zniszczenie czy uszkodzenie, co stanowi o obciążeniu finansowym wykonawcy wynikającym ze zdarzeń,

za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Tym samym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające przede wszystkim na nieprecyzyjnym opisie przedmiotu

4

zamówienia, określeniu podstaw realizacji zamówienia, w tym przepisów prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego, bez uwzględnienia nadchodzących istotnych zmian tym przepisów, w zakresie mającym istotny wpływ na realizację Zmówienia;

2. **art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, który może utrudniać uczciwą konkurencję bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, polegające przede wszystkim na niewskazaniu wszystkich kodów odpadów, które mogą być odbierane przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia, niewskazaniu warunków załadunku i śniegu i odpadów wielkogabarytowych z piwnic i strychów, niewskazanie, w jakich godzinach Zamawiający jest uprawniony do zgłaszania wywozów dodatkowych, niewskazanie zasad rozliczania wywozu odpadów rozsypanych;

3. **art. 353 i kc w zw. z art. 139 § 1 ustawy Pzp**, poprzez kształtowanie stosunku prawnego, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym celem umowy, a także z właściwością stosunku prawnego, polegające na obciążaniu wykonawcy kosztem skradzionych pojemników, pomimo, że odpowiedzialność za taką szkodę nie leży po stronie wykonawcy, obciążaniu wykonawcy karami umownymi od dnia zdarzenia, na które wykonawca nie ma wpływu i nie ma o nim wiedzy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o:

I. zmianę treści ogłoszenia i SIWZ poprzez:

1. **przedłużenie terminu składania ofert** o czas niezbędny do uwzględnienia w postanowieniach SIWZ warunków i zasad odbierania odpadów komunalnych, które zostaną wprowadzone lub zmienione w dniu wejścia w życie rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023 oraz zmian Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy, ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku, wskazanie w treści Ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

1. w punkcie 3. SIWZ, załączniku nr 6 do SIWZ oraz we wzorze umowy - załączniku nr 10 do SIWZ

sposobu zmiany umowy, podstaw i warunków realizacji zamówienia w wypadku wejścia w życie po dniu zawarcia umowy rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023 oraz zmian Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy, a ponadto określenia sposobu realizacji umowy w wypadku, gdy wykonawca nie będzie spełniał warunków stawianych

5

przez nowe przepisy prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego;

2. wskazanie w SIWZ i wzorze umowy - załączniku nr 10 do SIWZ możliwości zmian umowy, w razie gdy zakład/zakłady utylizacji odpadów, z którymi wykonawca posiada umowę aktualną na dzień składania oferty, nie będzie uprawniony do utylizacji odpadów na podstawie Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023, o ile wejdzie on w życie po dniu zawarcia umowy;

3. **wskazanie w załączniku nr 6 do SIWZ** usług załadunku i wywozu odpadów wielkogabarytowych zlokalizowanych m.in. na strychach, w piwnicach oraz określenie warunków realizacji tej usługi;

4. wskazanie w SIWZ i wzorze umowy - załączniku nr 10 do SIWZ warunków realizacji usługi wywozu śniegu;

5. **wskazanie w treści Ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, załączniku nr 6 do SIWZ, we wzorze umowy - załączniku nr 10 do SIWZ, przedziału**

czasowego w ciągu doby i dni tygodnia, w których Zamawiający jest uprawniony do zgłaszania potrzeby dodatkowych wywozów odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych oraz nieczystości ciekłych;

6. **wskazanie w SIWZ i we wzorze umowy - załączniku nr 10 do SIWZ** sposobu rozliczania odbioru odpadów, których kody nie zostały wprost wskazane w załącznikach 1 a - d do SIWZ;

7. **wskazanie we wzorze umowy - załącznik nr 10 do SIWZ**, zasad rozliczania usługi polegającej na zebraniu i wywozie nieczystości stałych, znajdujących się w odległości 3 metrów od pojemników;

8. wskazanie w § 9 pkt 2 wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ, że Zamawiający może obciążyć wykonawcę karami umownymi za opóźnienia w należyтым wykonaniu wywozu nieczystości płynnych od dnia, w którym wykonawca popadnie w zwłokę w odniesieniu do terminu wykonania usługi, wynikającego ze zgłoszenia potrzeby opróżnienia zbiornika;

9. wskazanie w § 11 ust. 5 wzoru umowy - załącznik nr 10 do SIWZ, że Zamawiający ponosi odpowiedzialność za zaginięcie pojemników i kontenerów bądź ich zniszczenie czy uszkodzenie.

II. Ewentualnie, gdyby zakres żądanych przez Odwołującego zmian w treści ogłoszenia i SIWZ, byłby niemożliwy do dokonania i doprowadziłoby to do sytuacji, w której postępowanie byłoby obciążone wadą niemożliwą do usunięcia, Odwołujący wnosi o unieważnienie niniejszego postępowania oraz ogłoszenie nowego z uwzględnieniem ww. wniosków.

Interes prawny Odwołującego we wnoszeniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp przejawia się w tym, że zaskarżona treść ogłoszenia

6

i postanowień SIWZ, sformułowane zostały w sposób uniemożliwiający złożenie przez Odwołującego oferty na realizację zamówienia. Nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia i brak informacji o tym, jakie warunki muszą spełniać przedsiębiorcy wykonujący usługę, kreuje sytuację, w której wykonawca nie ma pełnej świadomości warunków realizacji zamówienia. Natomiast występowanie w SIWZ zapisów umożliwiających uznaniowość przy ocenie spełnienia warunków przez oferentów, może doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odnośnie zarzutów wobec treści Ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, punktu 3. SIWZ, załącznika nr 6 do SIWZ oraz załącznika nr 10 do SIWZ, tj. wzoru umowy w zakresie § 1, punktu 7.1.1 lit. a) SIWZ oraz punktu 12 SIWZ stwierdzono, iż Zamawiający w treści ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, punktu trzeciego SIWZ, załącznika nr 6 do SIWZ oraz załącznika nr 10 do SIWZ, tj. wzoru umowy w zakresie § 1, wskazał, że przedmiot zamówienia ma być wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a zwłaszcza zgodnie z przepisami *ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach* (Dz.U. z 2012 roku, poz. 391, tekst jednolity), uchwały nr LXXVII/2427/2006 Rady miasta stołecznego Warszawy z dnia 22 czerwca 2006 roku ze zmianami wynikającymi z uchwały Rady miasta stołecznego Warszawy nr LXIII/1962/2009 z dnia 8 października 2009 roku w sprawie „Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy”, *ustawy Prawo wodne z dnia 18 lipca 2001 roku* (Dz. U. z 2012 roku, poz. 145, tekst jednolity). Rada gminy uchwala regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, zgodnie z postanowieniami art. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie. Na podstawie art. 4 ust. 3 ww. ustawy Rada gminy jest obowiązana dostosować regulamin do wojewódzkiego planu gospodarki odpadami w terminie 6 miesięcy od dnia uchwalenia tego planu.

Obecnie w województwie mazowieckim obowiązuje „Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2007-2011 z uwzględnieniem lat 2012-2015” (WPGO 2007-2015) i na podstawie tego planu Rada Miasta stołecznego Warszawy uchwaliła, obecnie obowiązujący i przywoływany w dokumentach przetargowych, Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy. Jednakże Zarząd Województwa Mazowieckiego jest w trakcie przygotowania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023 (WPGO), który niebawem zapewne zostanie przyjęty uchwałą sejmiku województwa. Przygotowywany WPGO zawiera istotne zmiany w stosunku do obecnie obowiązującego WPGO.

W treści Ogłoszenia, w punkcie 3. SIWZ i § 1 wzoru umowy, Zamawiający wskazuje, że „w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest posiadać aktualne umowy z zakładami prowadzącymi działalność w zakresie składowania

7

i utylizacji odpadów komunalnych (składowiskiem), a także nieczystości ciekłych (zlewnią)". Zamawiający w punkcie 12 SIWZ wskazał, że przed podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego zażąda poświadczonej za zgodność z oryginałem aktualnej umowy z zakładem utylizacji. Zamawiający nie określa jednak, jakiego rodzaju ma to być zakład i nie odnosi swego żądania do planowanych zmian WPGO w zakresie warunków przewidzianych dla zakładów utylizacji. Zamawiający nie przewiduje również sytuacji, w której zakład utylizacji odpadów, z którym wykonawcę łączy umowa na dzień składania oferty, w okresie realizacji zamówienia nie znajdzie się w wykazie określonym przez obowiązujący w okresie realizacji zamówienia WPGO. Po uprawomocnieniu się nowego WPGO tylko i wyłącznie instalacje, które są w nim ujęte i znajdują się w regionie warszawskim będą mogły przyjmować odpady do odzysku lub zagospodarowania, co spowoduje, że kilkadziesiąt obecnie funkcjonujących instalacji utraci możliwości działania.

Przepis art. 9d ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie stanowi delegację ustawową dla ministra właściwego do spraw środowiska do określenia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw gospodarki szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Projekt z dnia 2 maja 2012 roku *rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości* został w dniu 31 sierpnia 2012 roku przesłany do Ministerstwa Gospodarki w celu dokonania notyfikacji. Dotychczasowy art. 7 ust. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowił, że rada gminy w drodze uchwały określała wymagania, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, uwzględniając opis wyposażenia technicznego niezbędnego do realizacji zadań, a także miejsca przetwarzania odpadów komunalnych, do których odpady mają być przekazywane. Wyżej wskazane rozporządzenie ma na celu ujednolicenie na terenie całego kraju szczegółowych wymagań dotyczących podmiotów będących przedsiębiorcami, jak i gminnymi jednostkami odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Wymagania te będą odnosiły się do:

- 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego;
- 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- 3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- 4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo transportowej.

8

Przedmiotowe rozporządzenie wprowadza szereg rozwiązań, mających na celu polepszenie jakości usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. ¹ Podmioty, które po 1 stycznia 2012 roku, a przed wejściem w życie przedmiotowego rozporządzenia uzyskały wpis bądź złożyły wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, uzyskują możliwość dostosowania się do wymagań wynikających z rozporządzenia w terminie do dnia 1 stycznia 2013 roku. Przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy w dniu wejścia w życie ustawy posiadają zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości mogą wykonywać działalność w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych bez wpisu do rejestru działalności regulowanej do dnia 31 grudnia 2012 roku (art. 14 ust. 1 w zw. z art. 23 ustawy z dnia 1 lipca 2011 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 roku, nr 152, poz. 897).

Po wejściu w życie rozporządzenia zmieniają się niektóre z wymagań, jakie musi spełniać

przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W związku z tym wykonawcy, którzy spełniają powyższe warunki na dzień składania oferty, mogą nie spełniać ich w trakcie realizacji umowy, czyli po dniu 1 stycznia 2013 roku.

Zamawiający w punkcie 7.1.1 lit. a) SIWZ, wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, udzielone przez Prezydenta m. st. Warszawy i obowiązujące na podstawie art. 14 ust. 1 *ustawy z dnia 1 lipca 2011 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U.

z 2011 roku, nr 152, poz. 897), nie uwzględniając, że na podstawie aktualnego na dzień składania oferty zezwolenia, przedsiębiorcy mogą wykonywać działalność w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych do dnia 1 stycznia 2013 roku.

Zamawiający z SIWZ oraz we wzorze umowy nie odniósł się do zmian planowanych w najbliższym czasie w przepisach dotyczących uprawnień do odbioru odpadów:

- rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, które zmieni warunki odbierania odpadów komunalnych, a tym samym kryteria oceny przedsiębiorców pod kątem spełnienia tych warunków,
- Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012 - 2017

1 Uzasadnienie projektu rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

9

z uwzględnieniem lat 2018 - 2023,

- regulaminu dotyczącego utrzymania i czystości w m.st. Warszawy, który ulegnie zmianie po wprowadzeniu nowego WPGO.

Na chwilę obecną nie możliwe jest ustalenie, czy wykonawca w okresie realizacji zamówienia będzie spełniał warunki określone przepisami prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego. Zamawiający nie określił sposobu postępowania w wypadku, gdy okaże się, że wykonawca spełniający warunki określone w SIWZ na dzień składania oferty, nie spełnia warunków określonych przepisami prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego w okresie realizacji zamówienia.

W załączniku nr 6 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający odnosi się do obecnych regulacji prawnych, w tym także do obecnie obowiązującej uchwały Rady Miasta w sprawie „Regulaminu o utrzymaniu czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy”, natomiast radykalna zmiana warunków odbioru odpadów komunalnych po wprowadzeniu Rozporządzenia (przewidywany termin 10.2012) oraz aktualnego WPGO, który zmieni wykaz instalacji, w których można zagospodarować odpady. Powyższe skutkować będzie tym, że znaczna część wykonawców, którzy spełniają wymogi na dzień składania ofert, w okresie realizacji zamówienia, czyli od 1 stycznia 2013 roku, nie będzie ich spełniała albo zmienią się warunki realizowania zamówienia, co będzie determinowane zmianą przepisów prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego. Zamawiający nie odnosi się do warunków, w jakich będzie realizowana usługa, wskazując jedynie obowiązujące przepisy, regulamin itd. Zamawiający w treści Ogłoszenia i SIWZ nawet nie wspomina o konieczności wprowadzenia zmian w warunkach realizacji zamówienia, a tym bardziej nie określa sposobu, warunków i okresu wprowadzenia zmian, które będą konieczne po dniu 1 stycznia 2013 roku. Zamawiający nie przewiduje również konsekwencji, które zastosuje wobec wykonawcy, który w okresie realizacji zamówienia nie będzie spełniał wymaganych warunków, pomimo, iż spełniał je w dniu złożenia oferty. Skutkować to może uznaniowością w podejmowaniu przez Zamawiającego działań zmierzających do przystosowania planowanych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia warunków realizacji zamówienia do wymogów prawa determinującego sposób realizacji zamówienia w okresie obowiązywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca na etapie składania oferty nie wie, czy w wypadku, gdy w trakcie realizacji umowy nie będzie mógł spełnić stawianych mu warunków, Zamawiający obciąży go karami umownymi, odstąpi od umowy, skorzysta z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W zakresie zarzutu wobec załącznika nr 6 do SIWZ w związku z § 3 ust. 4 lit. b)

wzoru umowy wskazano:

Zgodnie z § 3 ust. 4 lit. b) wzoru umowy wykonawca jest zobowiązany do załadunku

10

i wywozu odpadów wielkogabarytowych zlokalizowanych m.in. na strychach, w piwnicach. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie wymienia opróżniania strychów, piwnic i eksmisji lokatorów, a jest to bardzo istotny element wyceny w/w zamówienia, a brak danych w tym zakresie znacznie utrudnia skalkulowanie oferty.

W przypadku zarzutu wobec treści Ogłoszenia, punktu 3. SIWZ, § 1 wzoru umowy Zamawiający w treści ogłoszenia, w punkcie 3. SIWZ, w § 1 wzoru umowy, opisując przedmiot zamówienia podaje, że przedmiotem zamówienia jest m.in. wywóz śniegu, jednocześnie nie podaje informacji, czy jest to wywóz śniegu z załadunkiem, czy bez załadunku, tym bardziej nie określa sposobu załadunku, czy jest możliwy załadunek mechaniczny czy wyłącznie ręczny. Powyższe informacje są niezbędne do prawidłowego skalkulowania oferty.

Przy zarzucie wobec treści Ogłoszenia, załączniku nr 6 do SIWZ, § 1 wzoru umowy podniesiono:

Zamawiający w treści Ogłoszenia, załączniku nr 6 do SIWZ, § 1 wzoru umowy zobowiązuje wykonawcę do dodatkowych wywozów odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych oraz nieczystości ciekłych na zgłoszenie zamawiającego, w terminie 3 godzin od momentu zgłoszenia. Zamawiający nie wskazuje, w jakich godzinach mogą przekazywane zgłoszenia na wykonanie dodatkowych wywozów, w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określa tylko i wyłącznie czas realizacji prac od momentu zgłoszenia, co może skutkować obciążeniem wykonawcy wysokimi karami umownymi za nieterminowe wykonanie usługi, np. w wypadku zgłoszenia dodatkowego wywozu o godz. 24, kiedy w godzinach nocnych brak jest ekip zajmujących się wykonaniem ww. usług.

Odnosnie zarzutu wobec treści załączników 1 a-d do SIWZ:

Załączniki 1 a - d do SIWZ określają kody odpadów, jakie będzie odbierał wykonawca, które stanowią podstawę do rozróżnienia kwoty wynagrodzenia, ze względu na rodzaj odpadu. Zamawiający nie zamieścił w SIWZ informacji o tym, jak powinien postępować wykonawca, gdy zgromadzone odpady nie będą odpowiadać kodom odpadów podanym przez Zamawiającego (np. gruz można odbierać pod wieloma różnymi kodami np.: 17 01 01, 17 01 02, 17 01 07, 17 06 04, 17 09 04, 17 01 06*).

W zakresie zarzutu wobec § 2 pkt. 9b wzoru umowy podniesiono:

Zamawiający w § 2 pkt 9b Wzoru umowy przewiduje obowiązek wykonawcy polegający na zebraniu i wywozie nieczystości stałych, znajdujących się w odległości 3 metrów od pojemników. Zamawiający nie określa jednak jak będą rozliczane odpady zebrane z otoczenia pojemników. Zamawiający płaci wykonawcy za ilość opróżnionych pojemników, natomiast z dotychczasowego doświadczenia wynika, że zebranie i wywóz rozsypanych nieczystości nie stanowi podstawy do dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy, dlatego wnosimy o jasne określenie sposobu rozliczenia kosztów za wywóz dodatkowo zebranych

11

odpadów.

W przypadku zarzutu wobec § 9 pkt. 2 wzoru umowy, wykonawca wskazał, że Zamawiający w § 9 pkt 2 Wzoru umowy przewiduje kary umowne za opóźnienia w należyтым wykonaniu wywozu nieczystości płynnych. Wysokość kar umownych uzależniona jest od czasu opóźnienia względem dnia wycieku nieczystości. Brak jest powiązania tej informacji z terminem zgłoszenia potrzeby opróżniania zbiornika. W razie zgłoszenia spóźnionego może dojść do niezasadnego naliczania kar umownych.

Odnosnie zarzutu wobec § 11 ust. 5 wzoru umowy Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w § 11 ust. 5 wzoru umowy wskazuje, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zaginięcie pojemników i kontenerów bądź ich zniszczenie czy uszkodzenie. W trakcie realizacji umów w poprzednich latach często zdarzały się sytuacje, kiedy kradziono kilkadziesiąt pojemników w skali roku. Dlatego też wniesiono o zmianę zapisów poprzez wprowadzenie takich postanowień umownych, na podstawie których Zamawiający będzie ponosił odpowiedzialność za uszkodzenia powstałe z winy Zamawiającego i kradzieże pojemników.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W dniu **12 października 2012 roku**, w związku z wezwaniem Zamawiającego do przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgłoszenie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że ma interes we wniesieniu przystąpienia, ponieważ konsekwencją uwzględnienia odwołania w całości lub w części może być możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a następnie dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. To w sposób bezpośredni wpływa na możliwość poniesienia szkody.

W dniu **19 października 2012 roku** Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego Zamawiający wskazał, co następuje:

Ad. Punkt 1 Odwołania

Zdaniem Zamawiającego zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie z następujących względów: Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może działać tylko na podstawie obowiązujących przepisów prawa, a nie przepisów, które mają być uchwalone w przyszłości. Wskazać należy, że zgodnie z art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.) jednostki sektora finansów publicznych zawierają umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

12

Zatem nadchodzące zmiany prawa w obszarze danego zamówienia publicznego nie wyłączają obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przy wydatkowaniu środków publicznych. Zamawiający zgodnie z par 4 pkt 1 c Statutu ZGN Praga Południe ma obowiązek utrzymania czystości i porządku na terenie posesji i osiedli w Dzielnicy Prawa Południe m.st. W celu wypełniania tego obowiązku Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa zorganizował przetarg nieograniczony na wywóz nieczystości z ww. terenu odpowiednio wcześniej, tak aby zachować ciągłość świadczenia tych usług.

Wskazać należy, że ustawa Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku dostosowywania opisu przedmiotu zamówienia do przepisów prawa, które mają obowiązywać w przyszłości, gdyż jest to po pierwsze niezgodne z prawem, po drugie niemożliwe do wykonania. To ustawodawca zdecyduje w jakim zakresie nowe przepisy będą miały zastosowanie do stanów faktycznych, których podstawą prawną były przepisy zmieniane (czy też obowiązujące przed datą wejścia w życie nowych przepisów).

Odwołujący słusznie zauważa, że obecnie w województwie mazowieckim obowiązują Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2007 - 2011 z uwzględnieniem lat 2012 - 2015 i na podstawie tego planu Rada Miasta Stołecznego Warszawy uchwaliła, obecnie obowiązujący i przywoływany w materiałach przetargowych Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy. Należy podnieść, że Zamawiającego obowiązuje stan prawny aktualny na dzień wszczęcia postępowania a nie stan prawny mający obowiązywać w przyszłości, gdyż nawet sam Odwołujący nie jest pewny, kiedy nadchodzące zmiany prawa miejscowego staną się obowiązującym prawem. Stwierdza bowiem, że zasady i warunki odbioru odpadów komunalnych w istotny sposób zostaną zmienione „najprawdopodobniej jeszcze przed rozpoczęciem realizacji zamówienia bądź w trakcie realizacji.” W uzasadnieniu stwierdza zaś, że nowy Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami niebawem zapewne zostanie przyjęty uchwałą sejmiku województwa. Ostrożność Odwołującego odnośnie konkretnych terminów przyjęcia przez sejmik województwa nowego Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami jest jak najbardziej uzasadniona. Na dzień dzisiejszy istnieje projekt planu a nie plan, który dopiero zostanie przedłożony sejmikowi wojewódzkiemu. Nie wiadomo jednak kiedy to nastąpi, ani też jak długo sejmik będzie procedował nad jego uchwaleniem, jakie wnioski poprawki i zmiany do projektu planu i w jakim stopniu plan będzie się różnił od obecnego projektu. Mając zatem świadomość nadchodzących zmian nie sposób przewidzieć kiedy staną się one obowiązującym prawem miejscowym i jaki będzie ostateczny zakres zmian prawa.

Prawdą jest, że przepis art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391) zobowiązuje Radę gminy do

wojewódzkiego planu gospodarki odpadami w terminie 6 miesięcy od dnia uchwalenia tego planu. W związku z tym Zamawiający zauważa, że termin realizacji zamówienia jest określony do 30 czerwca 2013 r. To skrócenie terminu realizacji zamówienia w stosunku do terminów realizacji zamówienia z lat ubiegłych (w poprzednich latach termin realizacji zamówienia obejmował okres od 01.01. do 31.12) ma związek z nadchodzącymi zmianami prawa i wskazuje na przewidywanie, że nowy regulamin będzie obowiązywał po tej dacie.

W ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia powołanego przez Odwołującego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie uwzględnienie przez Zamawiającego nadchodzącej zmiany przepisów prawa miejscowego nie ma nic wspólnego z tym przepisem. Po pierwsze nieuwzględnienie to dotyczy każdego wykonawcy zainteresowanego zamówieniem, gdyż każdy wykonawca ma możliwość zapoznania się z tymi samymi materiałami przetargowymi, z którymi zapoznał się Odwołujący. Jeśli tak, to wszyscy wykonawcy są tak samo traktowani i nie można mówić w tym wypadku o nierównym traktowaniu wykonawców. Nie można też mówić, że mamy do czynienia z przeprowadzeniem postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Taka sytuacja gdyby wobec jednych miałyby miejsce, zamawiający wykonawców uwzględniał zmiany nadchodzących przepisów a wobec innych nie. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca gdyż zamawiający nie uwzględnia zmiany nadchodzących przepisów wobec wszystkich wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Jeśli zatem nieuwzględnienie nadchodzących zmian przepisów prawa miejscowego dotyczy wszystkich wykonawców, to wszyscy wykonawcy konkurują na takich samych warunkach i o nieuczciwej konkurencji w tym wypadku nie może być mowy.

Wobec powyższego nieuzasadniony jest również wniosek Odwołującego o zmianę treści ogłoszenia i SIWZ poprzez przedłużenie terminu składania ofert, a ewentualnie wskazanie w treści Ogłoszenia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, punkcie 3. SIWZ, załączniku nr 6 do SIWZ oraz we wzorze umowy - załączniku nr 10 do SIWZ sposobu zmiany umowy. Zamawiający nie może określić terminu składania ofert z uwzględnieniem nadchodzących zmian przepisów prawa. Wskazać należy, że Zamawiający organizując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu wypełnienia nałożonych na niego obowiązków i określając termin składania ofert kieruje się przede wszystkim tym, aby był to termin zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz aby zachowana była ciągłość świadczenia usług wywozu nieczystości z administrowanych przez siebie terenów. Nie jest możliwe również zapisanie w SIWZ oraz we wzorze umowy zmian w umowie związanych z nadchodzącymi zmianami przepisów prawa. Nie jest bowiem nawet możliwe określenie warunków takich zmian. Ponadto należy podnieść, że każdy podmiot prawa,

w tym Zamawiający, powinien wychodzić z założenia racjonalności ustawodawcy oraz zasady „lex retro non agit” tzn. przeświadczenia, że racjonalny ustawodawca nie wprowadzi przepisów prawa, które będą miały w nieuzasadniony sposób zastosowanie do stanów faktycznych i prawnych sprzed daty wprowadzenia nowych przepisów prawa.

Ad. Punkt 2 Odwołania

Odwołujący nie wskazał jakie przepisy ustawy Pzp Zamawiający naruszył poprzez takie sformułowanie warunku. Wskazać jednak należy, że Odwołujący zacytował tylko pierwszą część wskazanego punktu SIWZ. Zgodnie bowiem z tym zapisem warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych udzielone przez Prezydenta m.st. Warszawy i obowiązujące na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 152, poz. 897) lub aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Odwołujący nie uwzględnił zatem części drugiej spornego zapisu dotyczącej posiadania aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zauważyć należy, że

zgodnie z powołanym wyżej art. 14 ust. 1 przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy w dniu wejścia w życie ustawy posiadają zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości mogą wykonywać działalność w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych bez wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy zmienianej w art. 1, w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy. Ustawa weszła w życie w dniu 1 stycznia 2012 r., a zatem zezwolenie będzie obowiązywało do 31 grudnia 2012 r. Wskazać jednak należy, że zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych na terenie m.st. Warszawy funkcjonuje i przedsiębiorcy mogą uzyskać wpis do tego rejestru, jednak do końca roku obowiązuje jeszcze dodatkowo zezwolenie. Zatem Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia takiego zezwolenia na potwierdzenie warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności, gdyż wykonawcy teoretycznie mogą jeszcze nie posiadać wpisu do rejestru działalności regulowanej, lecz mogą posługiwać się zezwoleniem. Zauważyć należy, że to właśnie niedopuszczenie obowiązującego na dzień ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zezwolenia mogłoby spotkać się z zarzutem nierównego traktowania wykonawców.

15

Ad. Punkt 3 Odwołanie

Zamawiający zauważa, że zgodnie z kwestionowanym zapisem SIWZ - „Przed podpisaniem umowy Zamawiający zażąda kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem aktualnej umowy z zakładami prowadzącymi działalność w zakresie składowania i utylizacji odpadów komunalnych (składowiskiem), a także nieczystości ciekłych (zlewnią).” Podmioty odbierające odpady komunalne muszą spełniać określone przepisami prawa wymagania dotyczące prowadzenia działalności w tym zakresie. Przedstawienie kserokopii ww. umów ma na celu potwierdzenie gotowości do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Podkreślić jednak należy, że to na wykonawcy ciąży obowiązek spełnienia warunków prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych oraz nieczystości ciekłych przez cały okres realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający nie ma wpływu na zmiany przepisów prawa w zakresie prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej. Należy podkreślić, że w sytuacji niemożliwości dalszego wykonywania przedmiotu umowy przez wykonawcę, ocena czy wykonawca ponosi za to winę (winę za nie spełnianie wymogów określonych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa) będzie dokonywana przez Zamawiającego w porozumieniu z wykonawcą, lub w razie sporu - przez sąd.

Odnosząc się do braku postanowień umowy w zakresie uregulowania sytuacji nie umieszczenia zakładu utylizacji odpadów, z którym wykonawcę łączy umowa na dzień składania ofert, w wykazie określonym przez obowiązujący w okresie realizacji zamówienia Wojewódzki Plan Gospodarowania Odpadami, Zamawiający wskazuje na § 8 ust. 2 pkt f wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym jeżeli wykonawca nie posiada ważnej umowy z zakładem prowadzącym działalność w zakresie składowania i utylizacji odpadów komunalnych **lub** zakładem prowadzącym odbiór i utylizację nieczystości ciekłych. § 9 ust. 4 wzoru umowy stanowi natomiast, że w przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy przez Zamawiającego lub wykonawcę z winy leżącej po stronie wykonawcy Zamawiający ma prawo naliczenia kary umownej w wysokości 20% maksymalnej kwoty wynagrodzenia. Kwestia winy - jak wskazano wyżej - będzie oceniana przy ewentualnym zamiarze nałożenia ww. kary umownej.

Biorąc pod uwagę powyższe zapisy wzoru umowy nie można zgodzić się z Odwołującym, iż nie jest wiadomo jakie konsekwencje prawne może mieć nie spełnianie ww. warunków.

Zamawiający podkreśla jeszcze raz, iż przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego działa na podstawie obowiązujących przepisów prawa i nie jest możliwe przewidzenie zmian umowy w związku z wejściem w życie przepisów, których ostateczny kształt będzie znany dopiero w chwili ich publikacji.

16

Ad. Punkt 4 Odwołania

W ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający w SIWZ w we wzorze umowy w § 1 zapisał, że przedmiotem umowy jest wywóz i śniegu z terenu nieruchomości zanieczyszczonego sprzymowanego administrowanych przez ZGN Praga Południe zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że zgodnie z § 3 ust. 1 umowy wywozu śniegu wykonawca ma dokonywać na podstawie zgłoszenia telefonicznego, którego dokonuje upoważniony pracownik Zamawiającego; kontenery do ich wywozu wykonawca ustawia w miejscach wskazanych przez Zamawiającego. Ust. 4 pkt f tego § umowy stanowi natomiast, że wykonawca jest zobowiązany do załadunku i wywozu sprzymowanego i zanieczyszczonego śniegu, natomiast pkt g przewiduje w jakim terminie od dnia zgłoszenia telefonicznego śnieg powinien być wywieziony.

Nie jest zatem prawdą, że Zamawiający nie określił czy jest to wywóz z załadunkiem, czy bez załadunku. Odnosząc się do zarzutu nie określenia przez Zamawiającego czy ma być to załadunek ręczny czy mechaniczny, Zamawiający informuje, że nie zawierał żadnego wymogu w tym zakresie, gdyż nie ma to znaczenia dla realizacji zamówienia. Zamawiający nie wyznaczał żadnego warunku w zakresie posiadania sprzętu do załadunku mechanicznego zanieczyszczonego i sprzymowanego śniegu. Dopuszczalny jest zatem zarówno mechaniczny, jak i ręczny załadunek, a kwestia kalkulacji oferty w tym zakresie należy do wykonawcy, który powinien wiedzieć w jaki sposób będzie wykonywał załadunek.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Zamawiającego przy sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wywozu sprzymowanego i zanieczyszczonego śniegu nie doszło do naruszenia tego przepisu.

Ad. Punkt 5 Odwołania

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że warunki wywozu odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych oraz nieczystości ciekłych zostały określone w § 2 wzoru umowy. Zgodnie z ust. 6 tego paragrafu, wykonawca zobowiązuje się do wykonania dodatkowych wywozów odpadów i nieczystości ciekłych (poza terminami określonymi w załączniku 1 i 2) na zgłoszenie zamawiającego złożone telefonicznie lub faxem w terminie 3 (trzech) godzin od momentu zgłoszenia.

Należy wskazać, że Zamawiający w § 9 ust. 1 wzoru umowy przewidział karę umowną w przypadku opóźnienia w należyтым wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wywozu odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych w wysokości 25% wartości usługi za każdy dzień opóźnienia. Nie jest zatem przewidziana

17

kara umowna za każdą godzinę opóźnienia w wykonaniu usługi. Zamawiający zwraca ponadto uwagę na to, że ww. postanowienie umowy - § 2 ust. 6 - dotyczy dodatkowych wywozów odpadów i nieczystości ciekłych nieuwjętych w harmonogramie określającym częstotliwość świadczenia usług stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. Ze względu na specyfikę świadczonych usług Zamawiający musi mieć możliwość zwrócenia się do wykonawcy o świadczenie dodatkowych, nie przewidzianych wcześniej ani ilościowo, ani czasowo usług. Rzeczywiście Zamawiający nie określił ani dni w tygodniu, ani godzin w ciągu doby, w których może dokonać takiego zgłoszenia, co oznacza, że może to zrobić w każdy dzień tygodnia i o każdej porze. Wykonawca podaje jednak ekstremalny przykład dokonania zgłoszenia telefonicznego o 24.00, który w praktyce nie miał nigdy miejsca. Podkreślić należy, że wykonawca od wielu lat realizuje samodzielnie bądź w ramach konsorcjum jako jego lider usługę wywozu nieczystości na rzecz ZGN Praga - Południe m.st. Warszawa. Odnosnie tej kwestii wszystkie dotychczas zawierane umowy miały identyczny zapis, który dotychczas nie wzbudzał żadnych wątpliwości - zgłoszenia odbywały się wyłącznie w dni robocze i w godzinach pracy ZGN w taki sposób, żeby pracownik Zamawiającego mógł odebrać wykonaną usługę tj. przed końcem dnia pracy (godz. 16.00). W zakresie praktyki realizacji tego elementu zamówienia wykonawca nie zgłaszał żadnych uwag pod adresem Zamawiającego.

Ad. Punkt 6 Odwołania

Zamawiający podnosi, że przedmiot zamówienia został określony zgodnie przepisem art. 30 ust. 7 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia stosuje nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. Nie przewiduje się w zakresie przedmiotu zamówienia wywożenia innych odpadów niż określone przez Zamawiającego z zastosowaniem kodów CPV określonych w załącznikach do SIWZ.

Ad. Punkt 7 Odwołania

Odnosząc się do zarzutu Zamawiający podnosi, że zapis § 2 ust. 9b wzoru umowy stanowi, że wykonawca zobowiązany jest do utrzymania czystości otoczenia pojemników w odległości 3 metrów, w tym zebrania i wywozu nieczystości stałych znajdujących się w tej odległości od pojemników. W ocenie Zamawiającego zapis ten wraz z pozostałymi postanowieniami umowy nie budzi wątpliwości co do sposobu rozliczenia kosztów za wywóz zebranych w powyższym zakresie odpadów. Należy jeszcze raz podkreślić, że wykonawca od wielu lat realizuje samodzielnie bądź w ramach konsorcjum jako jego lider usługę wywozu nieczystości na rzecz ZGN Praga - Południe m.st. Warszawa. Odnośnie tej kwestii wszystkie dotychczas zawierane umowy miały identyczny zapis, który dotychczas nie wzbudzał żadnych wątpliwości Odwołującego. Również w zakresie praktyki realizacji tego elementu zamówienia wykonawca nie zgłaszał żadnych uwag pod adresem Zamawiającego.

18

Ad. Punkt 8 Odwołania

Zarzut Odwołującego jest niezrozumiały, gdyż w § 3 ust. 4 pkt c wzoru umowy jest mowa o tym, że wykonawca zobowiązuje się do załadunku, wywozu lub przewozu do miejsca przechowywania wskazanego przez upoważnionego pracownika Zamawiającego, jak również opróżniania z rzeczy ruchomych lokali mieszkalnych po zmarłych najemcach oraz osobach eksmitowanych (w obecności pracownika Zamawiającego) oraz do zabezpieczenia ładunku plandeką ochronną w razie opadów atmosferycznych. Opis przedmiotu zamówienia będzie stanowił - zgodnie z § 1 wzoru umowy - załącznik nr 5 do umowy. Zatem obowiązki stron umowy będą określone zarówno przez postanowienia umowy, jak i załączniki do niej. Jednocześnie należy wskazać, że niesłuszny jest zarzut odnoszący się do trudności w skalkulowaniu ceny, gdyż rozliczanie za wywóz odpadów wielkogabarytowych (rzeczy ruchomych z lokali mieszkalnych, o których mowa w § 3 ust. 4 pkt c wzoru umowy) odbywać się będzie tak samo jak dla pozostałych odpadów wielkogabarytowych.

Ad. Punkt 9 Odwołania

Odnosząc się do tego zarzutu należy podnieść, że zgodnie z § 2 ust. 5 wzoru umowy wykonawca zobowiązuje się do wywozu nieczystości ciekłych z częstotliwością określoną w załączniku nr 2 do umowy, ale tak, aby nie dopuścić do nadmiernego gromadzenia się nieczystości i przepełnienia miejsca ich składowania. Zgodnie natomiast z § 9 ust. 2 wzoru umowy w przypadkach opóźnienia w należyтым wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wywozu nieczystości płynnych Zamawiający ma prawo naliczenia kar umownych w następujących wysokościach:

- a) w pierwszym dniu od dnia wycieku nieczystości płynnych ze zbiornika w wysokości 20% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika,
- b) w drugim dniu 50% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika,
- c) w trzecim dniu 70% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika,
- d) po trzecim dniu za każdy następny dzień 100% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika.

Jak wynika z powyższego zapisu wzoru umowy kary umowne mogą być naliczone w przypadkach opóźnienia w należyтым wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wywozu nieczystości płynnych. Zapis ten należy zatem interpretować w powiązaniu z pozostałymi postanowieniami umowy, które dotyczą tego w jakich terminach i na jakich zasadach mają być wywożone te nieczystości. Jak wskazano wyżej w § 2 ust. 5 wzoru umowy mowa jest o załączniku nr 2 do umowy, który określa częstotliwość wywozu nieczystości płynnych. W załączniku jest przewidziane wywożenie nieczystości ciekłych zarówno z przewidzianą

19

z góry częstotliwością, jak i na zgłoszenie telefoniczne. Zatem jeżeli wykonawca opóźni się z wykonaniem przedmiotu umowy w tym zakresie bądź w stosunku do terminu określonego w zgłoszeniu telefonicznym bądź w stosunku do terminu określonego przez wskazanie np. „raz w tygodniu” w taki sposób, że doprowadzi to do wycieku nieczystości ciekłych Zamawiający naliczy kary umowne.

Biorąc pod uwagę powyższe należy podnieść, że nie został naruszony przepis art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Wykonawca ma bowiem wpływ na to, aby nieczystości ciekłe były wywożone regularnie zgodnie z określoną przez Zamawiającego częstotliwością oraz zgodnie ze zgłoszeniem telefonicznym.

Ad. Punkt 10 Odwołania

Zarzut Odwołującego jest niezasadny z następujących względów.

Zauważyć należy, że zgodnie z § 2 ust. 7 wzoru umowy pojemniki na gromadzenie odpadów niesegregowanych i selektywnie zebranych odpadów surowcowych wykonawca ustawia w miejscach wskazanych przez Zamawiającego. Ust. 8 wskazanego paragrafu stanowi natomiast, że pojemniki uszkodzone w wyniku normalnej eksploatacji wykonawca wymieni na sprawne technicznie na własny koszt bez konieczności powiadamiania przez Zamawiającego. Zgodnie natomiast z ust. 10 Zamawiający zobowiązuje się do gromadzenia odpadów niesegregowanych i selektywnie zebranych odpadów surowcowych w podstawionych przez wykonawcę pojemnikach i zapewnienia swobodnego dostępu do nich. Sporny zapis § 11 ust. 5 stanowi, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zaginięcie (np. w wyniku kradzieży) pojemników i kontenerów oraz ich zniszczenie lub uszkodzenie nie wynikające z normalnej eksploatacji.

Z wyżej wskazanych postanowień umowy wynika, że pojemniki i kontenery nie są własnością Zamawiającego, lecz wykonawcy. W związku z tym, że są one i muszą być ustawiane w miejscach ogólnie dostępnych nie jest możliwe przejęcie odpowiedzialności finansowej za ich kradzież lub zniszczenie przez Zamawiającego. Określenie, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za takie zdarzenia jest wskazówką dla wykonawców do uwzględnienia takich okoliczności przy kalkulowaniu oferty. Odwołujący jako profesjonalista w swoim zakresie działający na rynku od wielu lat potrafi zapewne oszacować przeciętną stratę z tytułu skradzionych bądź zniszczonych pojemników i kontenerów i uwzględnić to w ofercie.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wniósł jak na wstępie odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

20

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny i biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego: Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga - Południe m.st. Warszawy na „wywóz nieczystości

z nieruchomości administrowanych przez ZGN".

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w *Dzienniku Wspólnot Europejskich* w dniu 2 listopada 2012 roku pod nr 2012/S 189-311273.

Odwolujący o naruszeniu wskazanych przepisów prawa dowiedział się w dniu zamieszczenia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu na stronie Zamawiającego, tj. w dniu **27 września 2012 roku**. Wartość Zamówienia przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Terminu do złożenia odwołania upływał w dniu 7 października 2012 roku. Dzień ten to niedziela, która na podstawie art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 18 stycznia 1951 roku o dniach wolnych od pracy (Dz. U. z 1951 r. nr 4, poz. 28) jest dniem ustawowo wolnym od pracy, na podstawie art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 115 *Kodeksu cywilnego*, termin na wniesienie odwołania upłynął dnia następnego po dniu końca terminu, tj. dnia 8 października 2012 roku. Niniejsze odwołanie złożone zostało w przepisany terminie.

Wpis od odwołania w stosownej kwocie został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

21

Odwolujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego w dniu 8 października 2012 roku za pośrednictwem faxu.

Odwolanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ potwierdziła się część zarzutów w nim zawartych.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i niewątpliwie posiada uprawnienia pozwalające mu określić przedmiot zamówienia stosownie do jego potrzeb. Ograniczenie tego uprawnienia wyznacza jednak art. 29 ust. 2 zakazujący opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zasada opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Dostrzeżenia dalej wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji, które pomogą i ułatwią wykonawcy złożenie prawidłowej oferty odpowiadającej wszystkim zapisom SIWZ. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć.

Zamawiający w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie dokonany opis przedmiotu

22

zamówienia przez Zamawiającego ma istotne znaczenie zarówno na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też w trakcie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o postanowieniach

przyszłej umowy.

Należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych, co w konsekwencji może wpływać na wynik postępowania.

Dalej wskazać należy, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 roku, sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2010 roku, sygn. akt KIO 1798/10).

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w zakresie odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zarzut nr 1 z odwołania.

Zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Na podstawie opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy zobowiązani są do wykonywania tego przedmiotu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zwłaszcza zgodnie z przepisami:

- ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;
- uchwały nr LXXVII/2427/2006 Rady miasta stołecznego Warszawy z dnia 22 czerwca 2006 roku ze zmianami wynikającymi z uchwały Rady miasta stołecznego Warszawy nr LXIII/1962/2009 z dnia 8 października 2009 roku w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy; ustawy z dnia 18 lipca 2001 roku Prawo wodne.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia odwołując przy tym opisie do planowanych zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego i prawa miejscowego. Zamawiającego obowiązuje stan prawny aktualny na dzień wszczęcia postępowania a nie stan prawny mający obowiązywać w przyszłości, gdyż nawet sam Odwołujący nie jest pewny, kiedy nadchodzące zmiany prawa miejscowego staną się obowiązującym prawem i w jaki sposób zmiany te wpłyną na realizację przedmiotu zamówienia, a także jaki ostatecznie kształt przyjmą owe zmiany

23

prawa. Słusznie zauważył Zamawiający, że z powodu nadchodzących i planowanych zmian w przepisach, umową objęto I półrocze 2013 roku, gdzie w tym czasie wyklarują się i wejdą w życie planowane zmiany, możliwe będzie zatem rozpoczęcie nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem nowych regulacji. Ponadto dostrzeżenia wymaga fakt, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający przewidział w umowie konsekwencje w przypadku niespełniania przez wykonawcę warunków realizacji przedmiotu zamówienia. Konsekwencje te określono w § 8 umożliwiającym Zamawiającemu rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem ze skutkiem natychmiastowym, gdy wykonawca utracił status prawny przedsiębiorcy, zaprzestał faktycznie prowadzenia działalności gospodarczej, utracił zezwolenie na wykonywanie działalności w zakresie obejmującym przedmiot umowy, nie jest wpisany do rejestru działalności regulowanej lub został wykreślony z tego rejestru.

Opisu przedmiotu zamówienia dokonano na podstawie wszystkich dostępnych i aktualnych na dzień jego sporządzania danych.

Zarzut nr 2 z odwołania

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z rozdziałem 7 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykonawcy posiadający uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Wskazano, warunek ten będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada m.in.:

- a) aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych udzielone przez Prezydenta m.st. Warszawy i obowiązujące na podstawie art.

14 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw z dnia 1 lipca 2011 roku lub aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy w dniu wejścia w życie ustawy posiadają zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych mogą wykonywać działalność w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych bez wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy zmienianej art. 1, w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy. Ustawa o zmianie ustawy (...) weszła w życie w dniu 1 stycznia 2012 r., a zatem posługiwanie się zezwoleniem będzie możliwe do 31 grudnia 2012 roku.

24

Wskazać także należy, że na podstawie znowelizowanego art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej i będzie podlegała wpisowi do odpowiedniego rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli. Jednak do końca 2012 roku możliwe jest wykonywanie tej działalności na podstawie wydawanych uprzednio zezwoleń. Skoro termin składania ofert wyznaczony został pierwotnie na 8 listopada 2012 roku, to możliwa jest sytuacja, w której ofertę złoży wykonawca legitymujący się zezwoleniem, będący na etapie wpisywania się do odpowiedniego rejestru. Prawidłowo postąpił więc Zamawiający dopuszczając możliwość przedstawienia na potwierdzenie warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności zarówno zezwolenia, jak też wpisu do rejestru, w przypadku wykonawcy, który procedurę już przeszedł. Natomiast z momentem rozpoczęcia świadczenia usługi wszyscy wykonawcy chcący wykonywać działalność regulowaną w zakresie objętym przedmiotem zamówienia będą musieli posługiwać się wpisem do rejestru. Powyższe nie dotyczy jednak etapu składania i oceny ofert.

Zarzut nr 3 z odwołania

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Z zapisów SIWZ wynika, że wykonawca w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest posiadać aktualne umowy zakładami prowadzącymi działalność w zakresie składowania i utylizacji odpadów komunalnych (składowiskiem), a także nieczystości ciekłych (zlewnią). Zapis ten powtórzono we wzorze umowy. Kopię tych umów złożyć należy Zamawiającemu przed podpisaniem umowy.

Zgodnie z § 8 ust. 2 f wzoru umowy Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy za wypowiedzeniem ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca nie posiada ważnej umowy z zakładem prowadzącym działalność w zakresie składowania i utylizacji odpadów komunalnych lub zakładem prowadzącym odbiór i utylizację nieczystości ciekłych. W umowie nie przewidziano jakiejkolwiek możliwości zmiany umowy w tym zakresie. Na podstawie § 9 ust. 4 wzoru umowy w przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy przez Zamawiającego lub wykonawcę z winy leżącej po stronie wykonawcy, Zamawiający ma prawo naliczenia kary umownej w wysokości 20% maksymalnej kwoty wynagrodzenia wskazanej w § 7 ust. 1 umowy.

W związku z wejściem w życie z 1 stycznia 2013 roku nowych przepisów, Izba za zasadne uznała wprowadzenie do umowy zapisów umożliwiających wykonawcy, w przypadku gdy zakład/zakłady utylizacji odpadów, z którymi wykonawca posiada umowę

25

aktualną na dzień składania oferty i podpisania umowy, nie będzie uprawniony do utylizacji odpadów w trakcie realizacji zamówienia, przedłożenia Zamawiającemu w wyznaczonym przez niego terminie (np. 7 dni roboczych) nowej umowy z innym podmiotem spełniającym warunki, a w skrajnym przypadku – kiedy niemożliwe będzie przedstawienie nowej umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy - przewidzenie możliwości rozwiązania umowy

z zachowaniem okresu wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy bez obowiązku naliczania kar umownych i traktowania powyższego jako działania zawinionego ze strony wykonawcy. Postuluje się wprowadzenie powyższych zmian w § 8 umowy przez dodanie kolejnego punktu w tym paragrafie bądź też w § 10 stanowiącym o możliwości zmiany umowy w określonych przypadkach, pozostawiając Zamawiającemu ostateczne sformułowanie zapisów.

Zarzut nr 4 z odwołania

Zarzut dotyczy sytuacji objęcia przedmiotem zamówienia wywozu śniegu, przy jednoczesnym pominięciu istotnych informacji dotyczących tej usługi, przede wszystkim warunków jej realizacji.

Tak sformułowany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W tym zakresie wskazać należy wykonawcom chcącym wziąć udział w postępowaniu po pierwsze punkt trzeci SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), z którego wynika, iż zamówienie obejmuje wywóz zanieczyszczzonego i sprzymowanego śniegu. Wywóz ten realizowany ma być tylko na zgłoszenie telefoniczne lub faksowe Zamawiającego, zaś usługa obejmuje załadunek i wywóz (§ 3 ust. 4 f wzoru umowy). Nieprawdziwa jest zatem teza postawiona przez Odwołującego, że z zapisów odpowiednich dokumentów nie wynika czy wywóz obejmować ma załadunek, czy też tej czynności nie obejmuje. Z postanowień wzoru umowy jasno i precyzyjnie wynika, że wykonawca zobowiązany jest do załadunku na skrzynie zanieczyszczzonego i sprzymowanego śniegu. Umowa zaś stanowi integralną część postanowień SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia. Także wynagrodzenie odniesiono do pełnego załadunku skrzyni ładunkowej (§ 6 ust. 1 d). W zakresie sposobu załadunku Zamawiający nie przewidział żadnych dodatkowych obostrzeń, co pozwala na przyjęcie tezy, iż załadunek odbywać się może zarówno sposobem mechanicznym, jak też ręcznym, a określenie sposobu i kalkulacja ceny należy do sfery decyzyjnej wykonawcy. To do podmiotu składającego ofertę należy wybór sposobu załadunku i odpowiednia kalkulacja ceny.

26

Zarzut nr 5 z odwołania.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu Odwołujący wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do dodatkowych wywozów odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych oraz nieczystości ciekłych na zgłoszenie zamawiającego, w terminie 3 godzin od momentu zgłoszenia, przy jednoczesnym pominięciu informacji, w jakich godzinach w ciągu doby i w jakich dniach tygodnia Zamawiający jest uprawniony do dokonania takiego zgłoszenia.

Zgodnie z § 2 ust. 6 wzoru umowy wykonawca zobowiązany będzie do wykonania dodatkowych wywozów odpadów i nieczystości ciekłych na zgłoszenie Zamawiającego dokonane telefonicznie lub faksem w terminie 3 godzin od momentu zgłoszenia.

Karę umowną przewidziano w przypadku opóźnienia w należyтым wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wywozu odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych w wysokości 25% wartości usługi za każdy dzień opóźnienia.

Odwołujący odnosił się do postanowień umownych dotyczących dodatkowych wywozów, a więc nie tych objętych harmonogramem przygotowanym przez Zamawiającego. Wobec powyższego, polemizować można z twierdzeniem Zamawiającego, że punkty umowy dotyczące kar umownych w ogóle dotyczą wywozów dodatkowych. Wskazują na to wprost zapisy umowy, które dotyczą kary za dzienne opóźnienie w wykonywaniu obowiązków umownych, a skoro mowa jest o dziennym opóźnieniu, to dotyczy ono opróżnień zgodnie z dziennym harmonogramem, nie zaś wywozu dodatkowego. W takiej sytuacji wskazać można byłoby, że wykonawcy nie grożą jakiegokolwiek kary za niedotrzymanie terminu 3 – godzinnego. Możliwe jest jednak rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem ze skutkiem natychmiastowym z powodu uznania, że wykonawca w sposób nienależyty wykonuje przedmiot umowy, narusza postanowienia umowy oraz przepisy prawa nie dotrzymując 3 godzinnego terminu na reakcję.

Gdyby przyjąć taką interpretację, to wskazać należy, iż w takim przypadku konieczne jest dookreślenie w umowie jak w poszczególnych dniach tygodnia w jakich określonych godzinach dokonywać można zgłoszeń dodatkowych.

Zarzut nr 6 z odwołania

Zarzut dotyczy sytuacji, gdzie Zamawiający nie zamieścił w SIWZ informacji o tym, jak powinien postępować wykonawca, gdy zgromadzone odpady nie będą odpowiadać kodom odpadów podanym przez Zamawiającego, kody są zaś podstawą do rozróżnienia wynagrodzenia. Zamawiający twierdzi natomiast, że nie przewiduje się w zakresie przedmiotu zamówienia wywożenia innych odpadów niż określone przez Zamawiającego z zastosowaniem kodów CPV określonych w załącznikach do SIWZ.

27

Spostrzeżenia wymaga, iż w formularzu ofertowym wykonawca określić ma cenę za wywóz odpadów niesegregowanych i zebranych selektywnie odpadów surowcowych. W przypadku odpadów niesegregowanych wskazano na kod 20.03.01, w przypadku zebranych selektywnie odpadów surowcowych określono kod jako 15.01.06. Odpadom wielkogabarytowym wywożonym kontenerami przypisano kod 20.30.07, odpadom roślinnym kod 20.02.01, a odpadom remontowym kod 17.01.01.

Skoro Zamawiający złożył oświadczenie, że zamówienie nie będzie obejmowało wywożenia innych odpadów niż określone w SIWZ, to tak należy skalkulować ofertę, opierając się na kodach wyznaczonych przez Zamawiającego w formularzu ofertowym. Ponadto sam przykład podany przez Odwołującego dotyczący gruzu wskazuje, że odpad ten klasyfikowany jest w grupie 17, a więc w grupie odpadów remontowych, za którą należy określić cenę w formularzu. Możliwe jest zatem takie skalkulowanie oferty, które w odpowiednich grupach kodów obejmowało będzie jak najszerszą kategorię odpadów.

Domniemywać należy, iż w przypadku konieczności wywieżenia odpadów o innych kodach, niż wskazane w SIWZ (z innych grup), obowiązywała będzie inna stawka i kalkulacja ceny, nie objęta powyższą umową.

Zarzut nr 7 z odwołania.

Odwołujący zarzuca, że wykonawca ma obowiązek polegający na zebraniu i wywozie nieczystości stałych, znajdujących się w odległości 3 metrów od pojemników, przy jednoczesnym pominięciu zasad rozliczania tej usługi.

Zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony.

Zgodnie z § 2 ust. 9 b wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do utrzymania czystości otoczenia pojemników w odległości 3 m, w tym zebrania i wywozu nieczystości stałych znajdujących się w odległości 3 m od pojemników. W ocenie składu orzekającego Izby oczywistym jest, że wykonanie usługi tej rozliczane będzie tak samo, za taką samą stawkę jak usługi wywozu odpadów znajdujących się w pojemnikach. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której odpady z pojemników oddzielane będą od tych znajdujących się w promieniu 3 m od pojemników i rozliczane oddzielnie, za inną, abstrakcyjną stawkę. Wykonawca otrzymywał będzie wynagrodzenie za zebrane i wywiezione odpady za pojemnik. W cenie można więc uwzględnić sytuację obejmującą konieczność zebrania odpadów wokół pojemnika. W jaki sposób wykonawca zamierza wykazać, że część odpadów pochodzi z pojemników, a część z otoczenia pojemników? Ponadto, a może przede wszystkim, należy zastanowić się czemu miałby taki podział służyć? Przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia bezprzedmiotowa wydaje się możliwość wprowadzenia zapisu dotyczącego rozliczania usługi za odpady znajdujące się w odległości 3 m od opróżnianych pojemników.

28

Zarzut nr 8 z odwołania

Zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w punkcie trzecim SIWZ, w ramach wykonywania zamówienia przewidziano wywóz odpadów komunalnych, w tym odpadów wielkogabarytowych. Wywóz takich odpadów odbywać się ma tylko na zgłoszenie Zamawiającego złożone telefonicznie lub faksem. Podobny zapis znajduje się we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ. Dodatkowo we wzorze umowy (§ 3 ust. 1) przewidziano i dookreślono obowiązki związane z wywozem odpadów wielkogabarytowych w ten sposób, że zgłoszenia telefonicznego dokonywał będzie upoważniony pracownik Zamawiającego. Wykonawca zaś zobowiązany został do ustawienia w miejscach wskazanych przez Zamawiającego odpowiednich kontenerów. Z dalszych zapisów wzoru

umowy (§ 3 ust. 4 a-g) wynika, że możliwa jest sytuacja, w której załadunek i wywóz określonej kategorii odpadów odbywał się będzie zarówno, w przypadku gdy odpady zlokalizowane będą w altankach śmietnikowych, przy komorach zsypowych, a także wskazanych przez pracownika Zamawiającego miejscach w budynkach, takich jak strychy, piwnice, korytarze piwniczne i tym podobne pomieszczenia wspólnego użytkowania (podkreślenie własne). Dotyczyć on może także lokali po najemcach zmarłych lub eksmitowanych.

Przy tak skonstruowanym opisie przedmiotu zamówienia, w ocenie składu orzekającego Izby, zupełnie niezrozumiałym jest zarzut sformułowany przez Odwołującego, że Zamawiający pominął te usługi i warunki ich realizacji w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ, § 1 wzoru umowy). Dostrzeżenia wymaga, że wywóz odpadów wielkogabarytowych przewidziany został w opisie przedmiotu zamówienia zarówno w SIWZ, jak też we wzorze umowy. Dodatkowo w umowie określone szczegółowo zostały warunki wykonywania wywozu odpadów o tej kategorii. Opis przedmiotu zamówienia umieszczony w początkowej części SIWZ odnosi się do poszczególnych kategorii odpadów objętych zamówieniem. Natomiast wzór umowy, będący integralną częścią SIWZ, uszczegółowia warunki realizacji zamówienia, co warto podkreślić nie tylko w odniesieniu do kategorii odpadów wielkogabarytowych. W punkcie trzecim SIWZ nie określono również, z jakich miejsc należy odbierać odpady niesegregowane, ale na przykład w tym wypadku wykonawca nie ma wątpliwości, że są to miejsca wskazane w odpowiednich załącznikach do SIWZ, które określają także częstotliwość wywozu odpadów. W ocenie Izby opisu przedmiotu zamówienia dokonano w sposób prawidłowy, wskazując, że wywóz odpadów wielkogabarytowych wchodzi w zakres zamówienia, w umowie przewidziano warunki i miejsca wykonywania obowiązków oraz określono sposób otrzymywania wynagrodzenia za tę kategorię odpadów. Nieuprawnione jest także żądanie, aby wywóz odpadów wielkogabarytowych ze wskazanych miejsc odbywał się za inną stawkę. Nie ma zatem

29

możliwości, że brak danych w tym zakresie znacznie utrudnia skalkulowanie oferty.

Zarzut nr 9 z odwołania

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut dotyczy sytuacji, w której Zamawiający może obciążyć wykonawcę karami umownymi za opóźnienia w należyтым wykonaniu wywozu nieczystości płynnych i uzależnienia wysokości kar umownych od czasu opóźnienia względem dnia wycieku nieczystości, bez powiązania tej okoliczności z datą zgłoszenia potrzeby opróżniania zbiornika nieczystości ciekłych.

W tym zakresie dostrzeżenia wymaga fakt, że wykaz nieruchomości z planowaną częstotliwością wywozu nieczystości ciekłych z wyznaczonych terenów określony został w załączniku nr 2 do umowy. W tym zakresie wykonawca zobowiązany będzie do wywozu nieczystości ciekłych właśnie z częstotliwością określoną w załączniku nr 2 do umowy, ale w taki sposób, by nie dopuścić do nadmiernego gromadzenia się nieczystości i przepełnienia miejsca ich składowania (§ 2 ust. 5 wzoru umowy). Ponadto wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania dodatkowych wywozów tej kategorii odpadów poza określonymi terminami na zgłoszenie Zamawiającego złożone telefonicznie lub faksem w terminie 3 godzin od momentu zgłoszenia.

W umowie w § 9 przewidziano kary umowne w przypadku opóźnienia w należyтым wykonaniu przedmiotu zamówienia w zakresie wywozu nieczystości płynnych w następujących wysokościach:

- a) w pierwszym dniu od dnia wycieku nieczystości ciekłych ze zbiornika w wysokości 20% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika;
- b) w drugim dniu 50% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika;
- c) w trzecim dniu 70% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika;
- d) po trzecim dniu za każdy następny dzień 100% wartości wynagrodzenia za wywóz nieczystości o pojemności danego zbiornika.

W umowie w ogóle nie przewidziano sytuacji powiadamiania wykonawcy o konieczności opróżnienia zbiornika. Przyjąć należy, iż to po stronie wykonawcy leży obowiązek monitorowania zbiorników, tak aby nie dopuścić do ich przepełnienia i przelania się

nieczystości płynnych. Po pierwsze domniemywać należy, że skoro Zamawiający stworzył harmonogram z określoną częstotliwością opróżniania zbiorników, to dotrzymanie tego harmonogramu nie spowoduje konieczności zapłaty kar umownych ze strony wykonawcy wywiązującego się ze swoich obowiązków (co Zamawiający potwierdził na rozprawie, deklarując, iż w przypadku dotrzymania przez wykonawcę harmonogramu i mimo to

30

wystąpienia sytuacji przepełnienia zbiornika, wykonawca nie będzie obciążony karami umownymi). W innym wypadku zakładać należałoby, że Zamawiający w sposób celowy działa na szkodę wykonawcy tak układając harmonogram, iż nawet jego dotrzymanie powodowałoby obowiązek zapłaty kary umownej. Takie działanie niewątpliwie byłoby naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Zakładając, że wywiązywanie się z obowiązków i opróżnianie zbiorników zgodnie z ustalonym harmonogramem nie doprowadzi do zapłaty kary umownej, nie ma potrzeby wprowadzania do umowy zasady informowania wykonawcy o konieczności opróżnienia zbiornika. Tylko wtedy, gdy wykonawca opóźni się z wykonaniem przedmiotu umowy w tym zakresie bądź w stosunku do terminu określonego w zgłoszeniu telefonicznym bądź w stosunku do terminu określonego w harmonogramie w taki sposób, że doprowadzi to do wycieku nieczystości ciekłych Zamawiający może naliczyć kary umowne. W innych przypadkach, nawet w przy przepełnieniu zbiornika, ale dotrzymaniu terminu z harmonogramu, czy zgłoszenia, Zamawiający w ocenie składu orzekającego Izby, nie będzie uprawniony do naliczania kar umownych.

Zarzut nr 10 z odwołania.

Zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zaginięcie pojemników i kontenerów bądź ich zniszczenie czy uszkodzenie, co stanowi o obciążeniu finansowy wykonawcy wynikającym ze zdarzeń, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Zgodnie z postanowieniami wzorca umowy wykonawca ustawia w miejscach wskazanych przez Zamawiającego pojemniki na gromadzenie odpadów niesegregowanych i selektywnie zebranych. W przypadku uszkodzenia pojemników w wyniku normalnej eksploatacji, wykonawca zobowiązany jest wymienić taki pojemnik na sprawny technicznie na własny koszt i nie ma obowiązku powiadamiania o tym fakcie Zamawiającego.

Zamawiający natomiast zobowiązany jest do gromadzenia odpadów w podstawionych przez wykonawcę pojemnikach i zapewnienia swobodnego dojazdu do nich.

Zgodnie z § 11 ust. 5 wzorca umowy Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zaginięcie pojemników i kontenerów oraz ich zniszczenie bądź uszkodzenie nie wynikające z normalnej eksploatacji. Jest to postanowienie umowne wyłączające odpowiedzialność za okoliczności niezależne od działań czy też zaniechań Zamawiającego.

Niewątpliwie zgodzić należy się z tezą Odwołującego, że jest to dodatkowe obciążenie finansowe wykonawcy za zdarzenia, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Trudno jednak wyobrazić sobie sytuację, w której za takie zdarzenia (faktycznie nie wynikające z zachowań żadnej ze stron umowy) odpowiedzialność ponosił będzie

31

Zamawiający. Za Zamawiającym podnieść trzeba, że wykonawca jako profesjonalista na rynku tego rodzaju usług powinien przewidzieć takie sytuacji i odpowiednio w kalkulować je w cenę za wykonanie usługi. Wykonawca posiada wiedzę jak często takiego rodzaju sytuacje mają miejsce i jaka jest skala i koszt zjawiska. Pojemniki i kontenery nie są własnością Zamawiającego i płaci on za ich opróżnienie, a zatem ryzyko poniesienia kosztów zniszczenia lub uszkodzenia mienia leży po stronie właściciela mienia.

Rozważać można byłoby sytuację, w której Zamawiający obciążony zostałby kosztami zawinionego działania bądź zaniechania, np. w przypadku niewłaściwego zabezpieczenia terenu, na którym znajdują się pojemniki, jednakże wykonawca żądał wprowadzenia odpowiedzialności zarówno za działania niezawinione, jak też zawinione, co w ocenie składu orzekającego uznać należało za niedopuszczalne.

Z uwagi na uwzględnienie części zarzutów i nakazaną modyfikację SIWZ oraz

ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zobowiązany jest dokonać koniecznych czynności informacyjnych przewidzianych w przepisach ustawy Pzp związanych z tymi dokumentami, a jeżeli dokonana modyfikacja wpłynie na konieczność zmiany terminu składania ofert, Zamawiający zobowiązany jest do przesunięcia terminu zgodnie z regulacją wynikającą z ustawy Pzp.

W ocenie Izby, potwierdziła się część zarzutów podniesionych przez Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił niektóre tezy zaprezentowane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

32

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 4 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

33