

Sygn. akt: KIO 559/13
Sygn. akt: KIO 560/13
Sygn. akt: KIO 561/13
Sygn. akt: KIO 562/13
Sygn. akt: KIO 602/13
Sygn. akt: KIO 603/13
Sygn. akt: KIO 610/13
Sygn. akt: KIO 611/13
Sygn. akt: KIO 612/13
Sygn. akt: KIO 613/13

WYROK
z dnia 29 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Emil Kawa
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 11 marca 2013 r. przez wykonawcę **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** (sygn. akt KIO 559/13, KIO 560/13, KIO 561/13 oraz KIO 562/13);
- B. w dniu 15 marca 2013 r. przez wykonawcę **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** (sygn. akt KIO 602/13, KIO 603/13);
- C. w dniu 15 marca 2013 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław** (sygn. akt KIO 610/13, KIO 611/13, KIO 612/13 oraz KIO 613/13),

1

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Michalczyka 23, 53-633 Wrocław**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 559/13, KIO 560/13, KIO 561/13 oraz KIO 562/13 po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCLAW Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 559/13, KIO 560/13, KIO 561/13, KIO 562/13 po stronie odwołującego;
- C. wykonawcy **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 610/13, KIO 611/13, KIO 612/13 oraz KIO 613/13 po stronie odwołującego,

orzeka:

- 1A. oddala odwołania wykonawcy Sita Zachód sp. z o.o. - sygn. akt: KIO 559/13, sygn. akt: KIO 560/13, sygn. akt: KIO 561/13 oraz sygn. akt: KIO 562/13;
- 1B. oddala odwołania wykonawcy Remondis sp. z o.o. - sygn. akt KIO 602/13, KIO 603/13;

1C. uwzględnia odwołania wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. - sygn. akt KIO 610/13, KIO 611/13, KIO 612/13 oraz KIO 613/13 i nakazuje zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postanowień projektu umowy oraz Szczegółowych Warunków Umowy w zakresie rozliczania prac interwencyjnych w sposób wskazany w uzasadnieniu do niniejszego wyroku;

2

2. kosztami postępowania obciąża:

- **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław,**
- **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa,**
- **Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. ul. Michalczyka 23, 53-633 Wrocław i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **150 000 zł 00 gr** (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław, Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** oraz **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław** tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** na rzecz **Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** na rzecz **Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.4. zasądza od **Gminy Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o.** na rzecz **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław** kwotę **63 600 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

3

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

.....

4

Uzasadnienie

Postępowania prowadzone są przez Zamawiającego - Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. z Warszawy [dalej Gmina Wrocław] na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej ustawa Pzp). Przedmiotem postępowań jest: 1. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu

gminy Wrocław w obrębie sektora I – Stare Miasto i Śródmieście”- dalej:

Postępowanie sektor I;

2. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie sektora II - Krzyki” - dalej: Postępowanie sektor II;
3. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie sektora III - Fabryczna” - dalej: Postępowanie sektor III];
4. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie sektora IV - Krzyki” - dalej: Postępowanie sektor IV.

Odwolania zostały wniesione wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) przez:

1. wykonawcę SITA Zachód sp. z o.o. – [dalej Odwołujący lub wykonawca SITA] w Postępowaniach: sektor I [sygn. akt KIO 559], sektor II [sygn. akt KIO 560], sektor III [sygn. akt KIO 561] i sektor IV [sygn. akt KIO 562];
2. wykonawcę Remondis sp. z o.o. z Warszawy - [dalej Odwołujący lub wykonawca Remondis] w Postępowaniach: sektor IV [sygn. akt KIO 602] i sektor II [sygn. akt KIO 603];
3. wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z Wrocławia – [dalej Odwołujący lub wykonawca ALBA] w Postępowaniach: sektor I [sygn. akt KIO 610] sektor II [sygn. akt KIO 611], sektor III [sygn. akt KIO 612] i sektor IV [sygn. akt KIO 613];

Sygn. akt: KIO 559/13

5

Sygn. akt: KIO 560/13

Sygn. akt: KIO 561/13

Sygn. akt: KIO 562/13

Odwolujący - SITA Zachód zarzucił w odwołaniach [Sygn. akt: KIO 559/13, sygn. akt: KIO 560/13, sygn. akt: KIO 561/13 i sygn. akt: KIO 562/13] naruszenie:

1. art. 25 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 1) i art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp w zw. z art. 9 c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez wprowadzenie w SIWZ - część IV punkt 9.4.3. w zw. z 9.1), wymogu o treści: „Do oferty należy dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia: ważne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, dotyczące odpadów zaklasyfikowanych do grup podanych w części II pkt 1.1.” Zdaniem wykonawcy (...) Wymóg posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, zezwolenia na zbieranie odpadów w odniesieniu do odpadów o kodach, które mogą być odbierane przez wykonawcę już na podstawie samego wpisu do rejestru działalności regulowanej (nie ma bowiem potrzeby ich „zbierania” w rozumieniu Ustawy o odpadach”), jest niezasadny, nieproporcjonalny, a ponadto niezwiązany z przedmiotem Zamówienia. Przedmiotowy wymóg, zdaniem wykonawcy, preferuje określoną kategorię wykonawców i uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich zdolnych do realizacji Zamówienia wykonawców. Powyższe narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

2. art. 23 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 1) oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (Część II pkt 4 w zw. z pkt 1.1. SIWZ) wymogu o treści: „W przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia, warunek podany w pkt 1.1. muszą spełniać wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną, warunki podane w pkt od 1.2.1. do 1.2.4. i 1.4.1. musi spełniać dowolny Wykonawca, warunki podane w pkt 1.3., 1.4.2, 1.4.3. i 1.5. dowolny Wykonawca lub Wykonawcy łącznie. Zdaniem wykonawcy (...) Uzależnienie możliwości złożenia oferty przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia od posiadania określonych uprawnień przez każdego z tych wykonawców, stoi w sprzeczności z art. 23 ust. 1 Pzp. Powyższe potwierdza

6

orzecznictwo KIO wskazujące, że w przypadku ustanowienia warunku posiadania odpowiednich uprawnień (wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp), przyjęć należy, że wystarczające jest wykazanie spełnienia danego warunku przez tego z członków konsorcjum, który będzie faktycznie realizował część zamówienia, do której wykonania wymagane jest posiadanie uprawnień ustawowych. Kwestionowany wymóg SIWZ, dotyczący obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dotyczącego wszystkich kodów odpadów, przez każdego z członków konsorcjum ubiegającego się o udzielenie Zamówienia, uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez konsorcjum wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia, a tym samym narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

3. art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 Ustawy o utrzymaniu czystości, art. 5 Kc i art. 353 (1) Kc w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (Szczegółowe Warunki Umowy, lit. C ust. 3 pkt. 1 w zw. z pkt. 2) wymogu uzyskania przez wykonawcę prawa do terenu (jak rozumie wykonawca dla 240 lokalizacji) i wszelkich pozwoleń na ustawienie pojemników do selektywnej zbiórki odpadów, (o których mowa w pkt 2 ppkt 4 Szczególnych Warunków Umowy), tj. pozwolenia na zajęcie pasa drogowego i pozwolenia/umowy zawartej z właścicielem nieruchomości dotyczącej zgody na podstawienie pojemnika oraz poniesienia kosztów związanych z uzyskaniem wszelkich pozwoleń na ustawienie). W tym przypadku Odwołujący stwierdził, że (...) Powyższy zapis stanowi nadmierne obciążenie wykonawców, nieproporcjonalne do celu Zamówienia, a ponadto jest niezwiązany z jego przedmiotem. To Zamawiający powinien wskazać wykonawcy miejsca do prowadzenia selektywnej zbiórki i zapewnić tytuł prawny do nieruchomości, na których posadowione będą pojemniki”.

4. art. 5 KC, art. 353 (1) KC w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (Szczegółowe Warunki Umowy, lit. J ust. 4) wymogu dostarczania Zamawiającemu przez Wykonawcę określonych oświadczeń wystawianych przez RIPOK. To wymaganie zdaniem Odwołującego (...) preferuje określoną kategorię wykonawców, tj. podmioty, które uzyskały status RIPOK, ewentualnie konsorcja, w których skład wejdzie RIPOK. Wykonawca niebędący RIPOK - iem (jego konsorcjantem) nie jest w stanie wymóc na takiej

7

instalacji i zagwarantować Zamawiającemu złożenia przez RIPOK niewymaganych prawem oświadczeń o określonej treści żądanej przez Zamawiającego. Powyższy wymóg uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

5. art. 5 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 139 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (§18 ust. 4 wzoru Umowy) zapisu o treści: „Zamawiający zastrzega, że każdorazowo w sytuacji, w której Wykonawca nie wykona obowiązków, których niewykonanie może być podstawą w danym czasie do jednoczesnego naliczenia w danym przypadku kary umownej z więcej niż z jednego tytułu, wówczas Zamawiający oceni czy w powyższe obowiązki nie są ze sobą bezpośrednio powiązane w taki sposób przyczynowo - skutkowy, że dany obowiązek jest jednocześnie przyczyną lub skutkiem niewykonania innego obowiązku w danym przypadku. W sytuacji uznania przez Zamawiającego, że w danym przypadku niewykonane lub nienależycie wykonane określone obowiązki są ściśle powiązane, Zamawiający naliczy karę łączną w wysokości najwyższej kary przewidzianej w danym przypadku dla danych obowiązków z danych tytułów. ” Zastrzeżenie przez Zamawiającego na jego rzecz uprawnienia do obciążenia wykonawcy różnymi karami umownymi w związku z zaistnieniem jednego zachowania wykonawcy wypełniającego opis zdarzeń uprawniających Zamawiającego do nałożenia różnych, niezależnych kar umownych, należy uznać – zdaniem Odwołującego - za naruszające zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Z uwagi na powyższe zarzuty wniosł o:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ poprzez:

A. zmianę pkt 9.4.3 część IV SIWZ na: „Ważne zezwolenie na zbieranie odpadów, dotyczące tych kodów odpadów objętych przedmiotem Zamówienia, dla których, zgodnie z obowiązującym prawem, istnieje konieczność ich gromadzenia na bazie magazynowo transportowej przed ich przekazaniem do odzysku lub unieszkodliwienia.”,

B. zmianę pkt 4 Część II SIWZ na: „W przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia, warunki podane w pkt od 1.2.1. do 1.2.4. i 1.4.1. musi spełniać dowolny Wykonawca, warunki podane w pkt 1.1. oraz pkt 1.3., 1.4.2, 1.4.3. i 1.5. dowolny Wykonawca lub Wykonawcy łącznie.”,

8

C. wykreślenie pkt 1), 2), 3), w ust. 3 w lit. C Szczegółowych Warunkach Umowy oraz dostosowanie wszystkich postanowień SIWZ do zmienionych postanowień, zgodnie z którymi to Zamawiającego obciążać będzie obowiązek uzyskania tytułów prawnych do nieruchomości, na których wykonawca rozstawi pojemniki przeznaczone do selektywnej zbiórki odpadów,

D. zmianę pkt 4) w ust. 3 w lit. C Szczegółowych Warunkach Umowy na:

„sukcesywnego podstawiania w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego, w terminie 90 dni kalendarzowych od pierwszego dnia świadczenia usługi, 240 zestawów pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki szkła na terenie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście, wymienionych w pkt 2 ppkt 4 składających się z dwóch pojemników, po jednym przeznaczonym do zbiórki szkła bezbarwnego i kolorowego, w miejsca ustalone zgodnie z Wykazem lokalizacji pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów opakowaniowych ze szkła w Sektorze I, gdzie Zamawiający uzyskał prawo do terenu, z zastrzeżeniem że:

a) Wykonawca ma obowiązek sukcesywnego podstawiania pojemników począwszy od pierwszego dnia świadczenia usługi,

b) podstawianie pojemników może odbywać się etapami,

c) Wykonawca przekaze Zamawiającemu drogą elektroniczną informację dotyczące podstawienia poszczególnych zestawów pojemników, najpóźniej w dniu następnym po dniu ich podstawienia, wraz z dokumentacją fotograficzną potwierdzającą ich podstawienie w miejscu zgodnym z Wykazem, z zastrzeżeniem, że na zdjęciach ma być widoczna data.”

E. wykreślenie zapisów zawartych w lit. J ust. 4 Szczegółowych Warunków Umowy w zakresie, w jakim nakładają na Wykonawcę obowiązki dostarczenia Zamawiającemu oświadczeń składanych przez RIPOK,

F. zmianę ust. 4 w § 18 wzoru Umowy na:

„W sytuacji, w której Wykonawca nie wykona obowiązków, których niewykonanie stanowi podstawę do naliczenia kary umownej z więcej niż z jednego tytułu, wówczas Zamawiający jest uprawniony do nałożenia na Wykonawcę kary umownej tylko z jednego tytułu”

W uzasadnieniu odwołania, wskazując na interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp wskazał w szczególności, że naruszenia Pzp, jakich dopuścił się Zamawiający polegające na niezgodnym z prawem sformułowaniu ogłoszenia o Zamówieniu oraz SIWZ utrudniają złożenie prawidłowo i

9

należycie przygotowanej oferty (w tym w zakresie jej wyceny), a w wielu wypadkach wręcz uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. To z kolei naraża SITA Zachód na szkodę wynikającą z nie uzyskania zamówienia. Ponadto, zaskarżone postanowienia ogłoszenia o Zamówieniu i SIWZ uniemożliwiają lub co najmniej utrudniają Odwołującemu należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w przypadku realizacji umowy zawartej na zasadach obecnie sformułowanych w postanowieniach wzoru umowy i załączonych do SIWZ Szczegółowych Warunkach Umowy. Jednocześnie wprowadzenie zmian sugerowanych przez Odwołującego w odpowiednich przypadkach spowoduje większą czytelność praw i obowiązków wykonawcy oraz umożliwi wykonawcy

przygotowanie dobrze skalkulowanej oferty. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania przyczyn utrudniających lub uniemożliwiających Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności następujące okoliczności:

1. Formułując warunki udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający winien kierować się celem, jakim służyć mają usługi objęte tym zamówieniem. Każde wymaganie zamawiającego, stawiane wykonawcy, musi znajdować uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i być proporcjonalne do tych potrzeb. Niedopuszczalne jest więc, aby wymogi ustanawiane przez zamawiającego ograniczały dostęp do postępowania wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie rodzajów odpadów określonych w SIWZ. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (dalej „Ustawa o odpadach”) - „zbieranie” odpadów oznacza: „(...) gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. ”Z kolei pkt 5 lit b Ustawy o odpadach wskazuje zaś, że przez magazynowanie odpadów: „(...) - rozumie się przez to czasowe przechowywanie odpadów obejmujące: a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę, b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów, c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów”. Biorąc pod uwagę zakres

10

obowiązków wykonawcy określony w SIWZ, zupełnie nieuzasadnione, jest nałożenie na wykonawców obowiązku posiadania zezwolenia na wszystkie kategorie (kody) odpadów wskazane w części II pkt 1.1. SIWZ. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawca nie jest zobowiązany do prowadzenia czynności, które należy zakwalifikować, jako „zbieranie” odpadów, w odniesieniu do wszystkich kategorii odpadów objętych zamówieniem. Przykładowo, w odniesieniu do zmieszanych odpadów komunalnych, wykonawca po ich odebraniu od właścicieli nieruchomości ma obowiązek przetransportować je do RIPOK i nie jest obowiązany (nie ma takiej obiektywnej potrzeby) do prowadzenia jakichkolwiek czynności stanowiących „zbieranie” odpadów w rozumieniu Ustawy o odpadach. Czynności odbierania zmieszanych odpadów komunalnych w RIPOK wykonawca realizować może na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej. Z kolei zagospodarowanie ww. odpadów wykonawca zapewni poprzez ich przekazanie zgodnie z obowiązującym prawem do instalacji RIPOK (lub instalacji zastępczej). Wprowadzenie wymogu posiadania przez wykonawców zezwolenia na zbieranie wszystkich odpadów objętych zamówieniem nie wynika z przepisów prawa, podważa sens istnienia instytucji rejestrów podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (rejestr działalności regulowanej prowadzony przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta; RDR jak zdefiniowano poniżej), nie daje Zamawiającemu żadnej konkretnej korzyści związanej z realizacją przedmiotu zamówienia a jedynie ogranicza dostęp do Zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Wykonawca zwrócił uwagę, że "przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest, zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców". Jego zdaniem w prowadzonym postępowaniu nie można nawet mówić o zachwianiu równowagi między interesem Zamawiającego, a interesem potencjalnych wykonawców, bowiem interes Zamawiającego w ogóle nie uzasadnia formułowania wobec wykonawców wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów o wszystkich kodach objętych Zamówieniem. Te same obowiązki wykonawca może - zgodnie z przepisami prawa - realizować w oparciu o wpis do RDR. Ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, nie jest w żadnym razie uzasadnione jego przedmiotem. Zaskarżony wymóg SIWZ narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając złożenie w postępowaniu ofert przez wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym Odwołującego.

2. Odwołujący wskazał, że uzależnienie możliwości złożenia oferty przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia od posiadania określonych uprawnień przez każdego z tych wykonawców, nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp, natomiast stanowi wymóg ograniczający konkurencję. Zdaniem wykonawcy, o ile zrozumiałe jest ustanowienie przez Zamawiającego wymogu posiadania wpisu do RDR przez wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, o tyle w żadnym razie nie można się zgodzić, że uzasadniony jest wymóg legitymowania się przez nich zezwoleniem na zbieranie na wszystkie rodzaje odpadów objęte przedmiotem zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem KIO, jak i stanowiskiem przedstawicieli doktryny, w przypadku ustanowienia przez zamawiającego warunku posiadania odpowiednich uprawnień (wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), przyjęć należy, że wystarczające jest wykazanie spełnienia danego warunku przez tego z członków konsorcjum, który będzie faktycznie realizował część zamówienia, do której wykonania wymagane jest posiadanie uprawnień ustawowych. Z uwagi na różnicowany charakter obowiązków przyszłego wykonawcy zamówienia, możliwy byłby taki podział tych obowiązków pomiędzy członków konsorcjum, by wystarczające było posiadanie zezwolenia na zbieranie, przez co najmniej jednego z nich (przy założeniu, że w ogóle powstałaby konieczność „zbierania” odpadów w rozumieniu Ustawy o odpadach). Wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie oraz wpisu do rejestru przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia jest więc absolutnie nieproporcjonalny, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając złożenie w postępowaniu ofert przez konsorcjum wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia zgodnie z jego opisem. W niniejszym przypadku, biorąc pod uwagę ustanowiony przez Zamawiającego wymóg posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów o wszystkich kodach, wykonawca, który legitymuje się zezwoleniem na zbieranie, w zakresie części kodów odpadów wymienionych w specyfikacji, nie mógłby nie tylko samodzielnie przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia,

ale także nie mógłby przystąpić do postępowania nawet działając w konsorcjum z podmiotem, który posiada zezwolenie w pełnym zakresie.

3. W Szczegółowych Warunkach Umowy (lit. C ust. 3 pkt. 1 w zw. z pkt. 2) Zamawiający nałożył na wykonawcę, który realizować będzie przedmiot Zamówienia, obowiązek uzyskania prawa do terenu oraz wszelkich pozwoleń, które będą niezbędne do ustawienia 520 pojemników do selektywnej zbiórki odpadów (jak rozumie Odwołujący w 240 różnych lokalizacjach). Zamawiający wskazał, że powyższy wymóg obejmuje obowiązek uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego oraz uzyskania pozwoleń lub zawarcia umów z właścicielami nieruchomości, na których zostaną postawione pojemniki. Koszty poniesione w związku z uzyskiwaniem zgód/zawieraniem umów mają obarczyć wykonawcę. Zdaniem Odwołującego, powyższy obowiązek umowny stanowi nadmierne obciążenie wykonawców, nieproporcjonalne do celu Zamówienia, a ponadto niezwiązane z jego przedmiotem. Nie ulega wątpliwości, że zgromadzenie wszystkich pozwoleń/zawarcie umów będzie czasochłonne i może nastęrczać różnorodnych trudności. Uzyskanie tych dokumentów nie jest uzależnione jedynie od wykonawcy, a tymczasem ich nieuzyskanie uniemożliwi wykonawcy realizację jego obowiązków wynikających z umowy i stanowić będzie dla Zamawiającego podstawę do obciążenia wykonawcy karami umownymi. Warto przy tym zauważyć, że ze względu na bardzo dużą liczbę mieszkańców uzyskanie stosownej zgody od każdego poszczególnego mieszkańca może okazać się nie tylko utrudnione, ale i

niejednokrotnie niemożliwe (w tym ze względu na nieobecność danego mieszkańca, brak woli podpisania oświadczenia o zgodzie przez niektórych mieszkańców z jakichkolwiek powodów). Konsekwencje wynikające z tego stanu będą z kolei obarczały jedynie wykonawcę. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony stara się obarczyć wykonawców obowiązkami, które to jego obciążają na podstawie przepisów prawa. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 Ustawy o utrzymaniu czystości organizacja selektywnego zbierania odpadów stanowi obowiązek gminy (Zamawiającego). W ocenie Odwołującego, to właśnie Zamawiający powinien wskazać wykonawcy miejsca do prowadzenia selektywnej zbiórki i zapewnić tytuł prawny do nieruchomości, na których posadowione będą pojemniki. Ponadto, nałożenie tego rodzaju obowiązków na wykonawcę z jednoczesnym zastrzeżeniem możliwości obciążenia go karami umownymi w sytuacji, gdy uzyskanie tych dokumentów jest zależne nie tylko od działań

13

wykonawcy narusza zasadę równości stron umowy. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający nie określił lokalizacji, w jakich powinny zostać usytuowane pojemniki na odpady zbierane selektywnie, które ma zakupić wykonawca. Brak doprecyzowania tej informacji w SIWZ oznacza, że Zamawiający nie wypełnił swojego zobowiązania do jednoznacznego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia.

4. Poprzez wprowadzenie w SIWZ (Szczegółowe Warunki Umowy, lit. J ust. 4) wymogu dostarczania Zamawiającemu przez wykonawcę określonych oświadczeń wystawianych przez RIPOK, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w szczególności w sposób jednoznaczny preferuje określoną kategorię wykonawców, tj.: podmioty, które posiadają status RIPOK, ewentualnie konsorcja, w których skład wejdzie RIPOK (o ile, biorąc pod uwagę warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, zawiązanie konsorcjum przez podmiot nieposiadającym statusu RIPOK z instalacją RIPOK będzie w ogóle możliwe). Oczywiście jest bowiem, że wykonawca niebędący RIPOK - iem (jego konsorcjantem) nie jest w stanie wymóc na takiej instalacji i zagwarantować Zamawiającemu złożenia przez RIPOK oświadczeń o określonej konkretnej treści żądanej przez Zamawiającego. Powyższy wymóg uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

5. W tym przypadku wykonawca stwierdził, że Zamawiający formułując postanowienia umów jakie zamierza zawrzeć z wybranym wykonawcą zobowiązany jest do przestrzegania bezwzględnie obowiązujących przepisów Kc. Obecnie (...) przedstawione w SIWZ zapisy istotnych postanowień umowy uchybiają art. 5 Kc, naruszając zasady współzycia społecznego, poprzez narzucenie wykonawcy obowiązku zapłaty kilku kar umownych za niewykonanie obowiązku umownego, który wypełniałby jednocześnie hipotezy kilku zapisów umowy ustanawiających podstawę do obciążenia wykonawcy karą umowną. Wykonawca stwierdził również, że zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do obciążenia wykonawcy różnymi karami umownymi w związku z zaistnieniem jednego zachowania wykonawcy wypełniającego z opisu zdarzeń uprawniających Zamawiającego do nałożenia różnych, niezależnych kar umownych, należy uznać za naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i sprzeczne z zasadami współzycia społecznego”.

14

Sygn. akt: KIO 602/13

Sygn. akt: KIO 603/13

Odwołujący – Remondis zarzucił w odwołaniach [sygn. akt: KIO 602/13 i sygn. akt: KIO 603/13] naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp - przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 22 Pzp - poprzez wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu

nieadekwatnych dla przedmiotu zamówienia oraz w części niemożliwych do spełnienia;

3. art. 25 Pzp - poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania (realizacji zamówienia);

4. art. 29 ust. 1 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

5. art. 29 ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję; Ponadto, zdaniem Odwołującego naruszone zostały przepisy ustawy o odpadach, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Kodeksu cywilnego, oraz § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122 z dnia 11 stycznia 2013 r.). Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na:

1) wykreślenie warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 1.2.3. SMZ (Instrukcja dla Wykonawców Część II), tj. wymogu posiadania ważnego zezwolenia na zbieranie i transport odpadów zgodne z obowiązującymi przepisami prawa;

2) wykreślenie warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w pkt 1.1.2. SMZ (Instrukcja dla Wykonawców Część II), tj. wymogu wykazania doświadczenia w zakresie odbierania i transportu odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w gminie o liczbie mieszkańców powyżej 100 000 osób, w ramach, którego wykonawcy zakończyli usługę o wartości brutto nie mniejszej niż

15

400 000 zł, trwającą minimum 6 kolejnych miesięcy kalendarzowych oraz ewentualne wprowadzenie w miejsce wykreślonego zapisu w pkt 1.1.2. SMZ warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu doświadczenia w zakresie odbioru określonej masy odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości na określonym obszarze, przy czym wymóg ten byłby uważany za spełniony, o ile łącznie w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania wykonawca odebrał i przekazał do zagospodarowania łącznie xxx Mg zmieszanych odpadów komunalnych (łączna masa odpadów odbieranych na podstawie wielu zawartych umów);

3) wykreślenie obowiązków nałożonych na wykonawców w § 10 ust. 1 pkt 3) i pkt 4) projektu umowy - obowiązek dostarczenia odpadów do bazy magazynowo - transportowej, zważenie i następnie dostarczenie do miejsca zagospodarowania odpadów oraz obowiązek zbierania i selektywnego magazynowania odebranych odpadów i takie ukształtowanie SMZ i umowy, aby odpady bezpośrednio po odebraniu kierowane były do miejsca zagospodarowania odpadów;

4) wykreślenie obowiązku nakładanego na wykonawców w § 21 - rezygnacji z obowiązku udzielania przez wykonawcę rękojmi na usługi wykonane w ramach zamówienia;

5) wykreślenie wymogu, aby odebrane odpady były transportowane do bazy magazynowo - transportowej, ważone i następnie dostarczenie do miejsca zagospodarowania odpadów;

6) wykreślenie wymogu przewidzianego w części III SMZ Opis przedmiotu zamówienia pkt 11 - obowiązku przeprowadzeni wizji lokalnej;

7) wykreślenie wymogu przewidzianego w części B pkt 3 ppkt 1) i 2) z

Szczegółowych warunków umowy, tj. obowiązku uzyskania przez wykonawcę prawa do terenu i wszelkich pozwoleń na ustawienie pojemników (...).

W uzasadnieniu interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp podał, że wykonawca Remodnis ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność w zakresie gospodarowania odpadami i zamierza złożyć ofertę w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu odwołania wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

1. Przedmiotem zamówienia są usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, wyłączając zbieranie odpadów. Niniejsze postępowanie prowadzenie jest w następstwie zmian prawa w zakresie gospodarki odpadami, w których ustawodawca

świadczącego usługi odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów. Jednocześnie ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określiła szczegółowe wymagania dot. podmiotów mogących odbierać odpady z terenu danej gminy. Zgodnie z Rozdziałem 4a ww. ustawy 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. Art. 9c. ust. 1 wskazuje, iż przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do Rejestru, w gminie na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Tym samym niezasadne jest żądanie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach jako zbieranie odpadów - rozumie się przez to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów. Tego typu działalności nie jest (nie powinna być) przedmiotem zamówienia. Przedmiotowy wymóg preferuje wykonawców posiadających takie zezwolenia i uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez do realizacji wszystkich zdolnych zamówienia wykonawców. Powyższe narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Zgodnie ze SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców - Część II pkt 1.2.4. (Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia) w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonują w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na odbieraniu i transporcie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w gminie o liczbie mieszkańców powyżej 100 000 osób, w ramach którego zakończyli usługę o wartości brutto nie mniejszej niż 400 000 zł, trwającą minimum 6 kolejnych miesięcy kalendarzowych. Zamawiający wyraźnie wskazuje, że ma to być, co najmniej jedno zamówienie realizowane w gminie powyżej 100 000 osób. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że warunki w udziale w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą prowadzić do naruszenia zasady równości uczestników postępowania wyrażonej w art. 7 Pzp.

Należy uznać za niedopuszczalne wprowadzenie takich warunków udziału w postępowaniu, które pomijałyby faktyczny zakres i rodzaj usług wykonywanych do tej pory przez wykonawców. Przykładowo w orzecznictwie wskazuje się, że wymagane doświadczenie może być wykazywane bez względu na rodzaj podmiotów na rzecz których usługa była świadczona. Zamawiający w treści SIWZ postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać m.in. wykonawcy, którzy w ramach jednego zamówienia świadczyli usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych realizowane w gminie powyżej 100 000 mieszkańców. W ocenie wykonawcy wyżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu wyklucza z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawców zdolnych do jego realizacji, ale nieposiadających wymaganego doświadczenia w zakresie świadczenia jednej usługi komunalnej o tak szerokim zasięgu. Poprzez tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu, zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wiele podmiotów, które realizowały lub realizują usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia - wykonawców posiadających niezbędne doświadczenie, a zatem zdolnych do realizacji, ale liczba odbiorców świadczonych przez nich usług nie wynosiła jednorazowo 100 000 osób. Zauważył, że w praktyce świadczenie usług o tak szerokim zakresie zdarza się rzadko, a przykładami gmin o liczbie mieszkańców ponad 100.000 są bardzo duże, dawne miasta wojewódzkie. Podał również, że przedmiotem zamówienia są usługi dopiero wprowadzane na

rynek Polski. W związku z powyższym praktycznie żadna firma działająca na terenie RP nie jest w stanie spełnić powyższego warunku. Gminy o liczbie mieszkańców ponad 100 000 tys. osób to duże miasta. Do chwili obecnej na terenie Polski, wg posiadanych informacji, nie były świadczone usługi odbioru odpadów od łącznie więcej niż 100 000 mieszkańców w ramach jednego zamówienia. O ile podobne postępowania były prowadzone, mogły mieć one charakter jednostkowy (wyjątkowy). Wprowadzenie zatem wymogów w zaproponowanej wersji oznacza znaczne utrudnienie dostępu do niniejszego zamówienia. W celu zapewnienia zasad konkurencyjności i równości udziału wykonawców w postępowaniu konieczne jest wprowadzenie proponowanej zmiany.

3. Zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem zamówienia jest: „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora ...”. Tym samym zamówienie obejmuje czynności polegające na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów. Natomiast wprowadzenie w § 10

18

ust. 1 pkt 3) umowy - dodatkowego obowiązku dostarczenia odpadów do bazy magazynowo - transportowej, oraz ich zważenie przed skierowaniem do miejsca zagospodarowania odpadów nie znajduje uzasadnienia z punktu widzenia celowości i zasad gospodarowania odpadami. Ekonomia postępowania z odpadami nakazuje, aby odpad odebrany od właściciela nieruchomości był kierowany bezpośrednio do miejsca jego zagospodarowania (miejsca zagospodarowania odpadów). Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do: przekazania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów. Podkreślił, że czynność ważenia odpadów jest wykonywana bezpośrednio po dostarczeniu odpadów do miejsca ich zagospodarowania. Na tej podstawie prowadzona jest ewidencja i dokumentacja gospodarowania odpadami. Wprowadzenie dodatkowego etapu wykonywania usługi nie znajduje uzasadnienia z punktu widzenia ekonomii (gospodarności) i celowości realizacji oraz zasad postępowania z odpadami komunalnymi (polegających na minimalizowaniu czynności poprzedzających ich zagospodarowanie). Wprowadzenie ww. wymogu oznacza dodatkowy etap w przetwarzaniu odpadów, który nie znajduje uzasadnienia w ustawie o odpadach. Co więcej wprowadzenie tego wymogu powoduje, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać pozwolenie na zbieranie odpadów na terenie bazy magazynowo transportowej, na terenie której odpad miałby być ważony. Wykonawca stwierdził, że zgodnie z ustawą o odpadach, przedmiotem prowadzonych postępowań przetargowych ma być odbiór i odbiór lub zagospodarowanie odpadów. Ustawa natomiast nie wprowadza wymogu przewidującego zbieranie odpadów przez wykonawców. Istotne jest przy tym, że wprowadzenie tego typu wymogu, w połączeniu z rejonizacją gospodarki odpadami, może faktycznie uniemożliwić udział w postępowaniu podmiotów nieposiadających zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie Miasta Wrocławia (właściwego rejonu). Ponadto – zdaniem Odwołującego - wprowadzony wymóg pozostaje w kolizji z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) w § 2 ust. 1 pkt 1 przewiduje, że podmiot odbierający odpady

19

komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną w gminie, z terenu której odbiera te odpady lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy. Wobec jednoznacznego brzmienia przepisu rozporządzenia Ministra Środowiska, zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzania warunków udziału w postępowaniu faktycznie ograniczających możliwość udziału w postępowaniu. O ile wykonawca posiadałby bazę poza obszarem rejonu gospodarowania odpadami (zgodnie z przepisami

przedsiębiorca może posiadać bazę nawet w odległości 60 km - tj. np w innym rejonie; tymczasem wywóz odpadów poza rejon, zgodnie z tzw. zasadą bliskości, nie jest generalnie dozwolony), mogłoby się zdarzyć, iż odpad musiałby zostać wywieziony poza rejon gospodarowania odpadami, w którym został wytworzony.

Podkreślił, że Zamawiający jest przede wszystkim zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Nie może przy tym nakładać na wykonawców warunków wykraczających poza wymogi ustawowe. Powyższy wymóg jest wymogiem przekraczającym warunki ustawowe.

4. Okolicznością uzasadniającą powstanie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest istnienie wady rzeczy będącej przedmiotem sprzedaży. Kodeks cywilny odróżnia dwa rodzaje wad rzeczy: wady fizyczne i wady prawne (art. 556 k.c.). Przedmiotem usługi jest odbiór i zagospodarowanie odpadów. W tej sytuacji brak jest uzasadnienia do żądania rękojmi od wykonawcy w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia. Należy przy tym zaznaczyć, iż rozliczenie usługi następuje z chwilą złożenia stosownej dokumentacji sprawozdawczej. Co więcej w § 20 przewidziane zostały inne formy zabezpieczania wykonania umowy. W konkluzji stwierdził, że postanowienie w wersji zaproponowanej przez Zamawiającego jest krzywdzące dla wykonawcy. Stanowi nadmierne obciążenie i może w nieuzasadnionym zakresie prowadzić do nadmiernego ryzyka po stronie wykonawcy.

5. W załączniku do SMZ pn. Szczegółowe Warunki umowy w Części B w pkt 3. 1) Zamawiający zamierza nałożyć na wykonawców obowiązek pozyskania prawa do terenu i wszelkich pozwoleń na ustawienie pojemników, o których mowa w pkt 2 ppkt 4., tj. pozwolenia na zajęcie pasa drogowego i pozwolenia/umowy zawartej z właścicielem nieruchomości dotyczącej zgody na podstawienie pojemnika, zgodnie z Wykazem lokalizacji pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów opakowaniowych ze szkła w Sektorze, o którym mowa w pkt 7 ppkt 1 oraz po uzyskaniu ww. pozwoleń, przedłożenia Zamawiającemu kserokopii przedmiotowych

20

dokumentów (...). Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony stara się obarczyć wykonawców obowiązkami, które to jego obciążają na podstawie przepisów prawa. Nałożenie na wykonawców ww. obowiązków jest nieuzasadnione i stanowi naruszenie zasady równości stron. Wskazał również, że art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy o utrzymaniu czystości nakłada na gminy obowiązek organizacji systemu zbierania odpadów. Z tego względu to Zamawiający powinien zapewnić, aby wykonawcy przystępujący do realizacji zamówieni dysponowali klarowną sytuacją prawną w zakresie obsługi nieruchomości (tytułu prawnego).

6. W części III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt. 11 Zamawiający przewidział wymóg, aby Wykonawcy we własnym zakresie przeprowadzali wizję lokalną pojemników, o których mowa w załącznikach nr 3, 5 i 10, oraz uzyskali uzyskać wszelkie niezbędne informacje, które mogą być pomocne przy sporządzaniu kalkulacji ceny ofertowej. Ponadto w części B pkt. 5.1.) Szczegółowych Warunków Umowy, Zamawiający wymaga od wykonawcy opracowania i przedłożenia Zamawiającemu w terminie do 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, jednakże nie później niż do 5-tego dnia roboczego od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi Wykazu miejsc gromadzenia odpadów komunalnych w danym Sektorze (...). Przedmiotowy wykaz zawierać ma między innymi informacje o rodzajach i pojemnościach pojemników, których opróżnianie ma być przedmiotem niniejszego zamówienia. Jednocześnie opisując przedmiot zamówienia Zamawiający nigdzie nie precyzuje ilości i rodzajów pojemników służących do gromadzenia zmieszanych odpadów komunalnych. Informacja taka jest natomiast niezbędna do obliczenia oferowanej ceny przetargowej. Powyższe sformułowania wskazują, iż Zamawiający zamierza niektóre zadania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przerzucić na wykonawcę. W tej sytuacji należy uznać, iż Zamawiający nie wypełnił swojego zobowiązania do jednoznacznego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia. Co więcej powyższe okoliczności stanowią zasadnicze utrudnienie (wręcz mogą uniemożliwić) dla skalkulowania ceny ofertowej.

Sygn. akt: KIO 610/13

Sygn. akt: KIO 611/13

Odwołujący – ALBA podniósł w odwołaniach [sygn. akt: KIO 610/13, KIO 611/13, KIO 612/13 i sygn. akt: KIO 613/13] naruszenie:

1. art. 5 ust. 1 pkt 1, 3, 3b, art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako u.c.p.g.) w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 5 u.c.p.g. oraz w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach i art. 487 § 2 k.c. [statuującego zasadę ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej], oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, z uwagi na niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez:

a. dopuszczenie w pkt 6IDW i § 1 ust. 2 projektu umowy możliwości pojawienia się w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia innych niż opisane w pkt III.5 IDW rodzajów odpadów komunalnych wymagających odebrania i zagospodarowania, bez określenia tych odpadów i zasad rozliczania się z wykonawcą z tego tytułu (vide pkt V.2, V.7 IDW),

b. przewidzenie w pkt V.2 IDW i „Zestawieniu kosztów zadania” (Załącznik III do SIWZ) rozliczenia z wykonawcą w zakresie odbioru i zagospodarowania szkła zebranego jedynie w pojemnikach stanowiących własność Zamawiającego, tj. bez uwzględnienia w kosztach zadania szkła selektywnie zebranego w pojemnikach stanowiących własność właścicieli nieruchomości,

c. zastrzeżenie w § 12 ust. 1 projektu umowy prawa Zamawiającego do zmiany ilości pojemników do selektywnej zbiórki bez możliwości zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy i bez określenia granic tych zmian (vide § 12 ust. 5 projektu umowy), w szczególności, gdy, po pierwsze, obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki spoczywa na właścicielach nieruchomości (vide art. 5 ust. 1 pkt 1 u.c.p.g.), po drugie, z mocy przepisów gminnych gmina określa minimalny zakres selektywnego zbierania odpadów komunalnych, co oznacza, że właściciele nieruchomości decydują ostatecznie o zwiększeniu zakresu selektywnego zbierania odpadów komunalnych o nieprzewidziane w SIWZ dodatkowe frakcje odpadów (np. odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone, szkło), i co za tym idzie, o wyposażeniu nieruchomości w pojemniki służące do zbierania tych odpadów, a które to odpady muszą być odebrane przez wykonawcę z mocy przepisów u.c.p.g.

d. brak możliwości rozliczenia prac interwencyjnych (vide pkt V.3 IDW, § 15 ust. 5 projektu umowy) wobec braku w „Sekocenbud” kosztów zagospodarowania odpadów,

e. niedookreślenie zakresu prac interwencyjnych (pkt I Szczegółowych Warunków Umowy, dalej jako „SWU”) w odniesieniu do „usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych” stanowiących odrębne świadczenie wykonawcy (vide pkt H SWU), w szczególności wobec wskazania przez Zamawiającego w pkt I SWU, iż prace interwencyjne również dotyczą również usuwania, wywozu i zagospodarowania odpadów w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych;

f. zastrzeżenie w § 4 ust. 10 projektu umowy, że wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi przed 31.12.2016r. i zakończenia realizacji zamówienia przed 28.02.2017r., bez względu na przyczynę (np. opisaną w § 4 ust. 6-8 projektu umowy) i bez określenia zasad rozliczenia z wykonawcą z tego tytułu poniesionych przez wykonawcę po podpisaniu umowy kosztów zakupu na rzecz Zamawiającego fabrycznie nowych pojemników i innych kosztów związanych z infrastrukturą techniczną oczekiwaną przez Zamawiającego (m.in. oprogramowanie, sprzęt informatyczny), a które to koszty są uwzględnione przez wykonawcę w cenach jednostkowych zgodnie z pkt V.7 IDW i § 15 ust. 12 projektu umowy, co oznacza, że koszty te z założenia mają być rozliczane przez cały przewidywany okres trwania

umowy,

g. brak obowiązków Zamawiającego w zakresie współdziałania z wykonawcą, w szczególności w zakresie obowiązków obciążających gminę (Zamawiającego) z mocy przepisów u.c.p.g.: (1) udostępnienia przez Zamawiającego wykonawcy przed rozpoczęciem świadczenia usługi i w trakcie realizacji usługi informacji, wynikających m.in. z deklaracji składanych Zamawiającemu przez właścicieli nieruchomości zgodnie z przepisami u.c.p.g. o ilości osób zamieszkujących nieruchomość i ilości odpadów wytwarzanych na nieruchomości niezamieszkałej (np. poprzez wskazanie ilości pojemników, w które jest wyposażona nieruchomość niezamieszkała), oraz o zmianach w tym zakresie, w tym o objęciu systemem nowych (kolejnych) nieruchomości niezamieszkałych, na których będą powstawać odpady komunalne; (2) prowadzenia przez Zamawiającego działań niezbędnych do zwiększenia rozmiaru selektywnej zbiórki odpadów przez właścicieli nieruchomości (tzw. „u źródła”), np. edukacyjnych, co warunkuje osiągnięcie wymaganych prawem i oczekiwanych przez Zamawiającego od wykonawcy, pod rygorem kar umownych, odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi

23

metodami oraz ograniczenia masy opadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Taki opis przedmiotu zamówienia stanowi jednocześnie naruszenie art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 Pzp i utrudnia uczciwą konkurencję.

2. art. 29 ust. 1 i 2, art. 139 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 Pzp oraz z art. 353 (1) k.c. i art. 483 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, z uwagi na obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością, w szczególności z tytułu kar umownych, za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, które z mocy przepisów u.c.p.g. i przepisów gminnych obciążają Zamawiającego lub właścicieli nieruchomości, oraz obciążenie odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w następstwie okoliczności od wykonawcy niezależnych, od zdarzeń przyszłych i nieprzewidywalnych, w szczególności jak warunki atmosferyczne (vide § 8 ust. 4 pkt 11 projektu umowy), tj. okoliczności - ryzyk, których nie da się oszacować, a także poprzez obciążanie wykonawcę karami umownymi nieadekwatnymi do zawinienia wykonawcy czy wartości świadczenia, z którym kara jest związana. Zarzut dotyczący kary umownych określonych w § 18 projektu umowy odniósł do następujących postanowień:

(1) ust. 2 pkt 2 lit. c - za każdorazowy przypadek niedostarczenia przez Wykonawcę jakiegokolwiek Harmonogramu, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w umowie i/lub Szczegółowych Warunkach Umowy - za każdy przypadek, za każdą niezgodność, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

(2) ust. 2 pkt 2 lit. e) - za każdorazowy brak aktualizacji jakiegokolwiek z Harmonogramów zgodnie z zapisami umowy i/lub Szczegółowych Warunków Umowy, za każdą niezgodność, za każdy Harmonogram, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

(3) ust. 2 pkt 2 lit. f) - za każdorazowy brak aktualizacji jakiegokolwiek z Wykazów zgodnie z zapisami umowy oraz Szczegółowych Warunków Umowy, za każdą niezgodność, za każdy Wykaz, za każdy dzień następujący po upływie terminu, Zdaniem wykonawcy z umowy nie wynika zobowiązanie Zamawiającego do informowania o znanych Zamawiającemu „z urzędu” (w szczególności z przewidzianych prawem deklaracji właścicieli nieruchomości) okolicznościach mających wpływ na wykonanie umowy, w tym na ilość odpadów, wykaz miejsc odbioru odpadów (nowi mieszkańcy w danej nieruchomości, nowe nieruchomości etc.);

24

(4) ust. 2 pkt 3 lit. e) - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego naruszenia przez Wykonawcę wymogów w zakresie utrzymania czystości i porządku terenu wokół pojemników/kontenerów do gromadzenia odpadów, Zdaniem wykonawcy umowa nie precyzuje, o jaki dokładnie teren wokół pojemników/kontenerów chodzi, oraz nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności

ekskulpujących wykonawcę, w szczególności w razie naruszenia przez właściciela nieruchomości obowiązków zbierania odpadów w miejscach i urządzeniach do tego przeznaczonych, w tym w przypadkach podrzucania odpadów pod pojemniki/kontenery, np. odpadów wielkogabarytowych;

(5) ust. 2 pkt 3 lit. g) - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego naruszenia przez Wykonawcę obowiązku opróżniania, na koniec dnia roboczego, pojazdów z odpadów oraz parkowania pojazdów wyłącznie na terenie bazy magazynowo - transportowej, za każdy przypadek, Zdaniem wykonawcy umowa nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności ekskulpujących wykonawcę (np. parkowanie pojazdu w warsztacie specjalistycznym z powodu awarii);

(6) ust. 2 pkt 3 lit. h) - w wysokości ceny rynkowej pojemnika/pojemników ustalonej na dzień stwierdzenia braku pojemnika/pojemników - za każdorazowe niewykonanie obowiązku dostarczenia w miejsce utraconego/zniszczonego pojemnika/pojemników fabrycznie nowego pojemnika/pojemników, spełniającego wymagania określone w SWU w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia zgłoszenia Zamawiającemu/stwierdzenia przez Zamawiającego utraty/zniszczenia pojemnika/pojemników. Ta kara - zdaniem wykonawcy – jest niewspółmierna do wartości świadczenia;

(7) ust. 2 pkt 4 lit. a) - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego naruszania przez Wykonawcę wymogów umowy i/lub Szczegółowych Warunków Umowy w zakresie podstawienia pojemnika do zbiórki odpadów komunalnych, przestawiania pojemnika do zbiórki odpadów i/lub ustawienia nowego pojemnika do zbiórki odpadów komunalnych i/lub ustawienia zastępczego pojemnika do zbiórki odpadów komunalnych, Zdaniem wykonawcy podstawienie pojemników nie jest obowiązkiem Wykonawcy, lecz obowiązkiem właściciela nieruchomości z mocy u.c.p.g. i przepisów gminnych;

(8) ust. 2 pkt 4 lit. b) - za każdorazowe nieodebranie odpadów w terminach wynikających z zaakceptowanych przez Zamawiającego Harmonogramów, o których

25

mowa w Szczegółowych Warunkach Umowy, za każdą niezgodność, za każdy z Harmonogramów,

Wykonawca stwierdził, że umowa nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności ekskulpujących wykonawcę (np. brak dostępności do pojemnika, co jest obowiązkiem właściciela nieruchomości, siła wyższa), a nadto z uwagi na fakt, że kara ta jest niewspółmierna do wartości świadczenia - średnia wartość rynkowa usługi to 18 zł/120l pojemnik, 60 zł/1001 pojemnik, co oznacza to, iż wartość kary jest 8-krotnością, a nawet 27-krotnością wartości usługi. Przy założeniu średniej liczby ok. 20.000 pojemników na sektorze i jednorazowym przesunięciu terminu opróżnienia pojemników, chociażby ze względu na trudne warunki atmosferyczne czy inne okoliczności niezależne od wykonawcy, oznacza to obciążenie wykonawcy jednorazowo karami z powyższego tytułu w łącznej kwocie ok. 10 milionów złotych,

(9) ust. 2 pkt 4 lit. d) - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników do zbiórki odpadów; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90 % całkowitej pojemności danego pojemnika,

W tym przypadku stwierdził, że zgodnie z przepisami u.c.p.g. i przepisami gminnymi to właściciel nieruchomości jest zobowiązany do niedopuszczania do przepełnienia pojemnika oraz do wyposażenia nieruchomości w pojemnik odpowiedniej wielkości, mając na względzie ilość wytwarzanych odpadów oraz częstotliwość odbioru odpadów wynikającą z zakresu usług świadczonych przez gminę (Zamawiającego);

(10) ust. 2 pkt 4 lit. h) - w wysokości 100,00 zł - za każdorazowe, stwierdzone przez Zamawiającego, niewykonywanie przez Wykonawcę któregośkolwiek z obowiązków określonych w Szczegółowych Warunkach Umowy, część C, pkt 4, ppkt 10), ppkt 11) i ppkt 12). Zdaniem wykonawcy również w tym przypadku umowa nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności ekskulpujących wykonawcę (np. siła wyższa);

(11) ust. 2 pkt 4 lit. j) - w wysokości 500,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego uszkodzenia przez Wykonawcę pojemników do zbiórki odpadów komunalnych, za każdy pojemnik. Ta kara - zdaniem wykonawcy – jest

niewspółmierna do wartości świadczenia;
(12) ust. 2 pkt 4 lit. p) - w wysokości 100,00 zł - za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego braku uporządkowania terenu wokół ustawionych kontenerów do zbierania odpadów, a nadto niezapewnienia czystości i porządku w miejscu

26

ustawienia kontenerów przez okres 48 godzin, liczony od daty i godziny ich odbioru, za każdy dzień następujący po upływie terminu.

Zdaniem wykonawcy umowa nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności ekskulpujących wykonawcę, w szczególności w razie naruszenia przez właściciela nieruchomości obowiązków zbierania odpadów w miejscach i urządzeniach do tego przeznaczonych, w tym w przypadkach podrzucania odpadów pod kontenery;

(13) ust. 2 pkt 4 lit. r) - w wysokości 1 000,00 zł - za odbieranie odpadów w godzinach innych niż określone w Szczegółowych Warunkach Umowy, za każdy przypadek stwierdzony przez Zamawiającego, z wyłączeniem sytuacji, w których odbiór odpadów przez Wykonawcę wynikać będzie z polecenia Zamawiającego.

Zdaniem wykonawcy umowa nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności ekskulpujących wykonawcę (np. brak dostępności do pojemnika, co jest obowiązkiem właściciela nieruchomości, siła wyższa);

(14) ust. 2 pkt 5 lit. b) - w wysokości 400,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu w dniu zakończenia świadczenia usługi pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów opakowaniowych i/lub pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki przeterminowanych leków i/lub pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki zużytych baterii, za każdy dzień następujący po upływie terminu, za każdy pojemnik,

Zdaniem wykonawcy umowa nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności ekskulpujących wykonawcę (np. siła wyższa) oraz z uwagi na fakt, że kara niewspółmierna do naruszenia (kara przekracza wartość pojemnika);

(15) ust. 2 pkt 5 lit. p) - za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w Szczegółowych Warunkach Umowy, część K, pkt 1, ppkt 1, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27.04.2001 r. - prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,

(16) ust. 2 pkt 5 lit. q) - za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu, o którym mowa w Szczegółowych Warunkach Umowy, część K, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy - Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia

27

odpowiedniego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia innymi metodami, następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła;

(17) ust. 2 pkt 5 lit. r) - za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w Szczegółowych Warunkach Umowy, część K, pkt 1, ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami odpadów budowlanych i rozbiórkowych, w sytuacji, gdy umowa nie przewiduje jakichkolwiek okoliczności ekskulpujących wykonawcę, w szczególności wobec braku prawnych możliwości po stronie wykonawcy zmuszenia prowadzącego regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK), do której to instalacji wykonawca zmuszony jest skierować odpady zmieszane i zielone (vide art. 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g.), do zapewnienia osiągnięcia tych poziomów, a także wobec braku w SIWZ obowiązków Zamawiającego w zakresie tworzenia warunków do

zwiększania selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, oraz nie objęcia SMZ odbioru odpadów ulegających biodegradacji (innych niż odpady zielone) oraz szkła zbieranego w pojemnikach nienależących do Zamawiającego. Podał również, że kwestionowane postanowienia SMZ narzucają warunki, które mogą być przez każdego wykonawców w tym postępowaniu inaczej identyfikowane jako ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym do naruszenia art. 7 ustawy Pzp. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SMZ poprzez:

1. doprecyzowanie SMZ w taki sposób, aby wykonawcy mogli skalkulować ofertę, poprzez wskazanie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, z określeniem wynagrodzenia wykonawcy za dany odpadów (w szczególności odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone, szkło selektywnie zebrane z pojemników stanowiących własność właścicieli nieruchomości), względnie poprzez przyjęcie, iż odbiór i zagospodarowanie odpadów mogących się pojawić w trakcie realizacji umowy, które nie są w SMZ zdefiniowane, będzie rozliczany z wykonawcą wg ceny jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych;

28

2. wprowadzenie w SMZ odpłatności na rzecz wykonawcy za wszystkie świadczenia objęte przedmiotem zamówienia, w szczególności z tytułu zwiększenia ilości pojemników na żądanie Zamawiającego, poniesienia przez wykonawcę kosztów „inwestycyjnych” związanych z przedmiotem zamówienia (w szczególności zakupu fabrycznie nowych pojemników) na wypadek wcześniejszego rozwiązania umowy przez Zamawiającego z przyczyn niezależnych od wykonawcy, innych niż opisana w § 4 ust. 6 projektu umowy;

3. doprecyzowanie przedmiotu świadczenia w zakresie „prac interwencyjnych” oraz zasad rozliczania z tytułu ich wykonania, w szczególności poprzez wprowadzenie do „Zestawienia kosztów zadania” ceny jednostkowej, analogicznie jak przy świadczeniu dot. usuwania odpadów z miejsc do tego nieprzeznaczonych;

4. wprowadzenie do SMZ obowiązku współdziałania z wykonawcą, w szczególności w zakresie opisanym w odwołaniu, a wynikającym z przepisów u.c.p.g., w szczególności obowiązku Zamawiającego do udostępnienia wykonawcy przed przystąpieniem do realizacji umowy wszelkich danych pozyskanych przez Zamawiającego „z urzędu”, w tym z deklaracji właścicieli nieruchomości składanych w trybie u.c.p.g. i przepisów gminnych, a niezbędnych do wykonania umowy, w tym sporządzenia Harmonogramu i Wykazu (np. o dokładnej lokalizacji i rodzaju nieruchomości niezamieszkałych, na których są wytwarzane odpady komunalne, ilości odpadów wytworzonych na danej nieruchomości niezamieszkałej, ilości osób zamieszkałych na danej nieruchomości, pojemnikach „przypisanych” do danej nieruchomości), oraz do aktualizowania tych danych w trakcie trwania umowy;

5. wykreślenie z projektu umowy kar umownych niezwiązanych z naruszeniem obowiązków czy to ustawowych czy kontraktowych przez wykonawcę, w szczególności dot. spoczywającego na właścicielach nieruchomości obowiązku nie przepelniania pojemników;

6. modyfikację odpowiedzialności wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy poprzez umożliwienie wykonawcy uwolnienie się od odpowiedzialności w razie zaistnienia okoliczności od wykonawcy niezależnych (na zasadach ogólnej odpowiedzialności kontraktowej związanej z winą wykonawcy), w szczególności w razie braku współdziałania z zamawiającym, przyczyn leżących po stronie RIPOK (w zakresie potwierdzania osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, ponownego użycia etc.), zaistnienia siły wyższej, w tym nieprzewidzianych warunków atmosferycznych;

29

7. modyfikację rażąco wygórowanych kar umownych wskazanych w zarzutach poprzez określenie ich wysokości adekwatnie do wartości świadczenia, z którym kara jest związana, oraz rozmiaru poniesionej przez Zamawiającego szkody, w

szczegółności wobec nowego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy – zdaniem wykonawcy - Zamawiający dokonał błędnej oceny zakresu obowiązków ciążących na wykonawcy. W świetle powyższego obowiązki polegające na wyposażeniu nieruchomości w pojemniki służące do zbierania od komunalnych oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, oraz w zakresie możliwości ich przepelnienia, co do zasady, jak już wyżej wskazano, ciąży na właścicielach nieruchomości. W świetle przytoczonych zapisów art. 5 ust. 1 u.c.p.g. oraz regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, wykonawca nie ma obowiązku utrzymywania pojemników w należyłym stanie porządkowym poprzez niedopuszczanie do ich przepelniania. Obowiązek ten obciąża właściciela nieruchomości. Również Gmina Wrocław nie ma możliwości obecnie przenieść powyższego obowiązku na Wykonawcę, albowiem jak wynika z art. 5 ust. 1 pkt 1 u.c.p.g., ich przejście przez gminę jest uzależnione od podjęcia przez radę gminy uchwały, o której mowa w art. 6r ust. 3 u.c.p.g. Dlatego też brak podjęcia tej uchwały - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - przesądza o konieczności zastosowania wprost regulacji ustawowej. Tym samym, art. 5 ust. 1 u.c.p.g. wyznacza jedną z granic swobody umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Brak podjęcia przez Gminę Wrocław tej uchwały oznacza, że to ustawa (w art. 5 ust. 1 u.c.p.g.) wyznacza treść umownego stosunku zobowiązaniowego. Co więcej, przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby sprzeczne z art. 5 ust. 1 u.c.p.g. w zw. art. 353 (1) k.c. Zakładałoby bowiem przejście przez gminę obowiązków określonych art. 5 ust. 1 u.c.p.g., jako część usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i w konsekwencji przeniesienie ich na wykonawcę, bez konieczności podjęcia uchwały. Wobec powyższego, skoro Zamawiający nie mógł na Wykonawcę nałożyć obowiązku polegającego na wyposażeniu nieruchomości w pojemniki służące do zbierania od komunalnych oraz na utrzymywaniu tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, zastrzeżenie w tym zakresie kary umownej, nie może być uznane za zgodne z art. 483 k.c. Wykonawca stwierdził również, że Zamawiający w ogóle nie przewiduje przypadków wyjątkowego/okazjonalnego przepelnienia pojemnika przez właściciela

30

nieruchomości (przysłowiowy Kowalski zrobił większe zakupy lub ma gości). Biorąc pod uwagę także skalę możliwych naruszeń - kilkanaście tysięcy pojemników w sektorze, a dodatkowo fakty, iż kara jest naliczana za „każdorazowe stwierdzenie naruszenia” i, że za przepelnienie pojemnika uważa się powyżej 90% pojemności pojemnika, zastrzeżenie kary umownej z § 18 ust. 2 pkt 4 lit. d projektu umowy jest całkowicie chybione. Kara ta w ogóle nie koresponduje z obowiązkami wykonawcy wynikającymi z umowy i przepisów prawa, nie kreuje nawet odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka. Pewne jest, że zaistnieją przypadki uprawniające Zamawiającego do tej kary, co czyni odpowiedzialność wykonawcy absolutną. Odpowiedzialność absolutna nie jest jednak znana w naszym systemie prawnym, poza prawem atomowym w zakresie odpowiedzialności za szkody jądrowe. Tym samym zastrzeżenie tej kary nie pozwala na oszacowanie ryzyka, ergo na skalkulowanie ceny ofertowej. Odwołujący stwierdził również, że postanowienia umowy naruszają zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp wskutek przekroczenia granic swobody umów wskazanych w art. 353 (1) k.c. Stwierdził również, że jest świadomy, że w orzecznictwie KIO dominuje pogląd, zgodnie z którym wykonawca w proponowanym przez zamawiającego projekcie obciążony ryzykiem w większym stopniu niż druga strona umowy, powinien skalkulować swoją ofertę, wyceniając ryzyka i uwzględnić związany z nimi koszt w cenie oferty. W niniejszym przypadku kwestionowane zapisy umowy nie pozwalają jednak na skalkulowanie ryzyka wynikających z tych zapisów. Natomiast oczywiście błędne będą takie postanowienia umowy, które przenoszą na wykonawcę ryzyka normalnie będące po stronie zamawiającego, jeśli jednocześnie zapisy umowne nie pozwalają na wycenę i oszacowanie konsekwencji ich przejścia. Podkreślił, że kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, że każdy z wykonawców będzie mógł inaczej i identyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 Pzp,

zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp. Za ewidentnie naruszające zasadę swobody umów i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp jest zdaniem wykonawcy postanowienie, które wymaga sporządzenia Harmonogramów opróżnień pojemników i odbioru worków od właścicieli nieruchomości, opisanych w SWU, dotyczących poszczególnych rodzajów odpadów, zapewniających

31

odpowiednią częstotliwość odbioru, aby nie doprowadzać do przepełnienia pojemników, w sytuacji, gdy Wykonawca, mimo dołożenia nawet podwyższonej staranności nie jest w stanie, bez udziału Zamawiającego, ustalić szeregu danych niezbędnych do sporządzenia takiego Harmonogramu i w konsekwencji wykonania usługi. Częstotliwość wykonania usługi opiera się na założeniu, iż właściciele nieruchomości pojemniki „dopasowali” zgodnie z gminnymi przepisami do ilości faktycznie wytwarzanych na nieruchomości, o czym była mowa powyżej. Wykonawca, zatem może w tym zakresie ustalić, chociażby w trakcie wizji lokalnej, jakie pojemniki znajdują się w sektorze (terenie, który jest objęty przedmiotem zamówienia). Częstotliwość wykonania usługi jest nadto zależna od rodzaju zabudowy i gęstości zaludnienia, o czym sam pisze Zamawiający w wytycznych do opracowania Harmonogramów w SWU, a także opiera się na Wykazie miejsc gromadzenia odpadów, który to Wykaz ma także z mocy umowy wykonać (i następnie aktualizować) wykonawca. Jednak owe dane „wyjściowe” posiada, a przynajmniej winien posiadać, Zamawiający. Podkreślenia, bowiem wymaga, że każdy właściciel nieruchomości zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu deklaracji w trybie u.c.p.g., określającej liczbę mieszkańców zamieszkujących daną nieruchomość, oraz liczbę i rodzaj pojemników - w przypadku nieruchomości niezamieszkałych. Wykonawca nie jest w stanie sam pozyskać tych informacji, co oznacza, że, po pierwsze, brak mu danych do skalkulowania oferty i prawidłowego wykonania umowy, a po drugie, wykonawca nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za naruszenia w tym zakresie, jeżeli do naruszenia doszło z przyczyn od wykonawcy całkowicie niezależnych. Odwołujący podkreślił, że (...) granicą dopuszczalnej wysokości kar umownych za zwłokę wykonawcy jest wysokość, od której naliczona kara nie tyle miałaby funkcję kompensacyjną i dyscyplinującą, co prowadziłyby do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy. Błędem zamawiającego jest zastrzeżenie kary, która prowadzi do wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy. Aby ocenić, czy kara nie jest nadmiernie wygórowana, należy ją odnieść przede wszystkim do wysokości wynagrodzenia wykonawcy i - kolejno - ewentualnych szkód, jakie powinna kompensować. W niniejszej sprawie zasady te zostały przez Zamawiającego naruszone. Na gruncie k.c. kara umowna ma charakter odszkodowawczy, a nie prewencyjny. Wprowadzenie kar umownych na grunt umowy stanowi zabezpieczenie Zamawiającego przed potencjalnymi działaniami lub zaniechaniem

32

Odwołującego polegającymi na nienależyтым wykonaniu zobowiązania o charakterze niepieniężnym bądź na całkowitym jego niewykonaniu. Jednocześnie kara umowna stanowi element mobilizujący Wykonawcę do działania zgodnego z treścią umowy. Istota kary umownej zaś sprowadza się do stworzenia dolegliwości finansowej wobec dłużnika w razie zaistnienia zdarzenia ograniczającego prawidłowe wykonanie umowy, leżącego po stronie Wykonawcy”. Z powyższym poglądem koresponduje stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010r., sygn. akt: V ACa 267/10: „Zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi. Wprawdzie powstanie roszczenia zapłaty kary umownej nie jest uzależnione od powstania szkody, to jednak brak szkody po stronie wierzyciela jest przesłanką do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 483 k.c. i art. 484 § 2 k.c. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może

prować do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela". Zdaniem Odwołującego SMW zawiera szereg zapisów tworzących wyraźną dysproporcję w pozycji stron zawieranej umowy. Zamawiający jest silniejszą stroną umowy zawieranej w zamówieniach publicznych i z tego względu powinien ograniczać swoje dążenia do tworzenia wzoru umowy niekorzystnego dla wykonawcy, w szczególności w zakresie kar umownych, prowadzących do nadmiernych represji wykonawcy, tracących tym samym swój dyscyplinujący charakter, a prowadzących w tej sytuacji jedynie do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego, biorąc pod uwagę ilość i wartość kar umownych przewidzianych w § 18 projektu umowy, oraz fakt, iż kary te całkowicie oderwane są od przyczyn zależnych od wykonawcy, a mało tego zastrzeżone są na wypadek stwierdzenia naruszeń, których dopuścić się może nawet sam Zamawiający czy właściciel nieruchomości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących przystąpienie zgłosili: w sprawach o sygn. akt: KIO 559/13, KIO 560/13, KIO 561/13 oraz KIO 562/13 wykonawca - Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA z Wrocław i wykonawca - Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS - FORMERS WROCŁAW Sp. z o.o., z Kobierzyc, a w sprawach o sygn. akt: KIO 610/13, KIO

33

611/13, KIO 612/13 oraz KIO 613/13 - wykonawca Sita Zachód Sp. z o.o. z Wrocławia, wnosząc o uwzględnienie każdego z tych odwołań.

Rozpoznając odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem postępowań jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław. Pierwsze z nich dotyczy sektora I – Stare Miasto i Śródmieście; drugie - sektora II - Krzyki; trzecie - sektora III – Fabryczna, a czwarte sektora IV – Psie Pole. Odwołania zostały wniesione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, postanowień projektu umowy oraz postanowień Szczegółowych Warunków Umowy, a zarzuty podnoszone przez danego wykonawcę są analogiczne w odniesieniu do każdego z sektorów, którego dotyczy odwołanie tego wykonawcy.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, którego strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W niniejszej sprawie Izba miała również na uwadze, że w piśmie z dnia 22 marca 2013 r. Zamawiający w całości uwzględnił odwołania wniesione w postępowaniach w odniesieniu do każdego z czterech sektorów przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS – FORMERS WROCŁAW sp. z o.o. z Bielń Wrocławskich – [dalej wykonawca TRANS – FORMERS]. Pierwszy z zarzutów odnosił się do § 8 ust. 2 pkt 2 ppkt m, projektu umowy, stanowiącego o karze umownej w wysokości rażąco wygórowanej w stosunku do ewentualnych negatywnych skutków dla Zamawiającego (szkody), jakie mogą powstać w wyniku opóźnienia wykonawcy w terminowym przedłożeniu dokumentów określonych w części J pkt 2, 3, 4 Szczegółowych warunków umowy. Drugi - do § 9 ust. 2 pkt 1 projektu umowy, stanowiącego o obowiązku dysponowania przez wykonawców bazą

34

magazynowo-transportową, która musi posiadać status prawny i faktyczny instalacji przewidzianej do zastępczej obsługi regionów gospodarki odpadami komunalnymi lub status faktyczny i prawny regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w znaczeniu ustalonym treścią przepisu art. 91 ustawy o utrzymaniu czystości porządku w gminach. Zamawiający uwzględnił również zarzut dotyczący § 9 ust. 2 pkt 1 projektu umowy związany z możliwością magazynowania oraz wstępnego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na terenie bazy

magazynowo - transportowej, ale z wyłączeniem tych odpadów, które zostały zakwalifikowane za kodem odpadu 20 03 01 według katalogu odpadów zawartego w rozporządzeniu ministra środowiska w sprawie katalogu odpadów i które to odpady wykonawca zobowiązany jest do bezpośredniego przekazania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ostatni z zarzutów dotyczył z kolei § 8 ust. 4 pkt 15 projektu umowy stanowiącego o obowiązku ponoszenia przez wykonawcę kosztów związanych z wypłatą odszkodowań za szkody, które powstaną w związku z wykonaniem i wykonywaniem przedmiotu zamówienia, w każdym przypadku, podczas gdy taka odpowiedzialność odszkodowawcza wykonawców powinna być uzależniona od winy w wyrządzeniu szkody na osobie lub w mieniu osób trzecich. Izba uwzględniła również, że Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2013 r. wprowadził zmiany do specyfikacji i Szczegółowych Warunków Umowy, informując jednocześnie wykonawców o zmienionej treści dokumentów, w tym o zmianie Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymaganym ustawą Pzp. Powyższe zmiany odnosiły się do postanowień części II pkt 4 w zw. z pkt 1.1 specyfikacji w zakresie potwierdzania spełniania wymagań przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz postanowień z lit. J ust. 4 Szczegółowych Warunków Umowy w zakresie sprawozdawczości oraz sporządzania bilansów przez wykonawcę. Tym samym - zgodnie z orzecznictwem i doktryną - Krajowa Izba Odwoławcza, wobec wprowadzonych zmian do specyfikacji i częściowego uwzględnienia zarzutów, co nie było kwestionowane przez wykonawców w toku postępowania odwoławczego, uprawniona była rozpoznawać odwołania tylko w granicach nieuwzględnionych zarzutów, co do których istnieje spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego i w tym zakresie strony ponoszą odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego, o którym stanowi przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

35

Sygn. akt: KIO 559/13

Sygn. akt: KIO 560/13

Sygn. akt: KIO 561/13

Sygn. akt: KIO 562/13

Odwołania podlegają oddaleniu.

Wykonawca SITA Zachód sp. z o.o. – [dalej Odwołujący lub wykonawca SITA] odwołania wniósł w odniesieniu do czterech sektorów, kwestionując postanowienia:

- 1) części II pkt 4 w zw. z pkt 1.1. specyfikacji, odnoszące się do potwierdzania spełniania wymagań przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 2) części IV punkt 9.4.3. w zw. z 9.1 specyfikacji, odnoszące się do wymagania posiadania zezwolenia na zbieranie i transport odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
- 3) lit. C ust. 3 pkt. 1 w zw. z pkt. 2 Szczegółowych Warunków Umowy w zakresie dotyczącym wymogu uzyskania przez wykonawcę prawa do terenu i wszelkich pozwoleń na ustawienie pojemników do selektywnej zbiórki odpadów,
- 4) lit. J ust. 4 Szczegółowych Warunków Umowy odnoszących się do wymogu dostarczenia oświadczeń składanych przez RIPOK, a także
- 5) § 18 ust. 4 projektu umowy.

Wykonawca Sita w toku rozprawy przyznał, że Zamawiający, wprowadzając zmiany do specyfikacji oraz Szczegółowych warunków umowy *de facto* uwzględnił zarzuty z jego odwołania odnoszące się do postanowień części II pkt 4 w zw. z pkt 1.1 specyfikacji oraz postanowień z lit. J ust. 4 Szczegółowych Warunków Umowy. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza, wobec częściowego uwzględnienia zarzutów, rozpoznawała odwołanie tylko w granicach nieuwzględnionych zarzutów, co do których istnieje spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

Rozpoznając zarzut dotyczący części IV punktu 9.4.3. specyfikacji (siwz) w

podstawie art. 41 ustawy o odpadach, dotyczącego odpadów zaklasyfikowanych do grup podanych w części II pkt 1.1. specyfikacji, Izba miała na uwadze, że przedmiotem tego zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych i jak wskazano w pkt 2 części III siwz to zamówienie obejmuje odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów. Z kolei w Szczegółowych Warunkach Zamówienia - w lit. B.2 oraz w lit. C. 5 - wskazano również na obowiązki wykonawcy w zakresie magazynowania odpadów. Tak opisany przedmiot zamówienia nie został przez wykonawcę SITA zakwestionowany. Tym samym zdaniem Izby, mając na uwadze przepisy ustawy o odpadach, wymagane art. 41 ust.1 tej ustawy zezwolenie na prowadzenie zbierania odpadów, jest uzasadnione, albowiem tak ustalonego zakresu zadań nie można zrealizować tylko na podstawie wpisu do rejestru działalności gospodarczej, o którym stanowi art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Powyższe potwierdza także wskazany art. 9b ustawy, w myśl którego tylko działalność w zakresie odbioru odpadów jest działalnością regulowaną, podczas gdy w art. 6d tej ustawy obok odbierania odpadów komunalnych ustawodawca przewiduje także możliwość zorganizowania przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów

Kolejny zarzut dotyczący wymogu uzyskania przez wykonawcę prawa do terenu i wszelkich pozwoleń na ustawienie pojemników do selektywnej zbiórki odpadów (Szczegółowe Warunki Umowy, lit. C ust. 3 pkt. 1 w zw. z pkt. 2), [który to wymaganie jest kwestionowane jako nadmiernie obciążające wykonawcę oraz nieproporcjonalne do celu zamówienia oraz, którego realizacja może „następować różnorodnych trudności”], wykonawca oparł na twierdzeniu naruszenia przez Zamawiającego przede wszystkim art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, albowiem zdaniem wykonawcy organizacja selektywnego zbierania odpadów stanowi obowiązek gminy (Zamawiającego). Wykonawca wskazał również na brak określenia lokalizacji, w jakich powinny zostać usytuowane pojemniki na odpady zbierane selektywnie, które ma zakupić wykonawca. W tym przypadku – w ocenie Izby - wykonawca powołując się ogólnie na art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp w żaden sposób nie uprawdopodobnił naruszenia szczegółowych przepisów ustawy Pzp, w tym odnoszących się do art. 29 ustawy Pzp. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że zadania określone przez ustawodawcę w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach nie muszą być wprost i bezpośrednio realizowane przez gminę. Dla zapewnienia ich realizacji gmina może tworzyć jednostki organizacyjne lub dokonywać wyboru właściwego podmiotu, któremu na podstawie umowy zleci realizację niektórych, a nawet wszystkich zadań. W zakresie tego zarzutu Izba zwraca także uwagę, że odnośnie realizacji spornego zobowiązania, Zamawiający przewiduje możliwość zmiany lokalizacji pojemników, w tych przypadkach, gdy nieuzyskanie prawa do terenu lub pozwolenia [lit. C ust. 3 pkt 3] następuje z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Wymaga również podkreślenia, że realizacja tego obowiązku dotyczy tylko tych pojemników, przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów opakowaniowych, które zostaną zakupione przez wykonawcę [lit. C ust. 2 pkt 4], co z kolei przez tego wykonawcę nie jest kwestionowane. Izba zwraca również uwagę, że tryb konsultacji [lit. C ust.7 pkt 1 lit. b)] nie wymaga uzgodnień z każdym z mieszkańców. W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszone przez Odwołującego okoliczności nie mogą stanowić o naruszeniu przez Zamawiającego zobowiązania do jednoznacznego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia, o którym stanowi przepis art. 29 ust.1 ustawy Pzp. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że kwestionowane wymaganie jest związane z realizacją obowiązku ustalonego w lit. K Szczegółowych Warunków Umowy, które to zadanie nie jest kwestionowane przez tego wykonawcę, a dla jego realizacji to zadaniem wykonawcy jest właściwe

dobranie lokalizacji dla pojemników, które to lokalizacje będą mogły być modyfikowane, tak, aby umożliwić wykonawcy osiągnięcie rocznych poziomów, o których stanowią postanowienia Szczegółowych Warunków Umowy [wskazana lit. K]. Tym samym sporne wymaganie stanowi niewątpliwie jest obciążeniem dla wykonawcy, jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy, jako związane z przedmiotem zamówienia, nie może być kwalifikowane, jako nieproporcjonalne do celu zamówienia.

Ostatni z zarzutów dotyczący § 18 ust. 4 wzoru umowy również nie podlega uwzględnieniu. Zdaniem Izby to postanowienie w zdaniu drugim, jednoznacznie eliminuje możliwość stosowania podwójnego karania wykonawcy za analogiczne przewinienia. Zgodnie z tym postanowieniem bowiem, jeśli Zamawiający stwierdzi, (...) że w danym przypadku niewykonane lub nienależycie wykonane określone obowiązki są ściśle powiązane, Zamawiający naliczy karę łączną w wysokości

38

najwyższej kary przewidzianej w danym przypadku dla danych obowiązków z danych tytułów.”

Sygn. akt: KIO 602/13

Sygn. akt: KIO 603/13

Odwołania podlegają oddaleniu.

Wykonawca Remondis sp. z o.o. [dalej Odwołujący lub wykonawca Remondis] wniósł odwołanie w zakresie dwóch sektorów (II i IV), kwestionując wskazane postanowienia:

- 1) pkt 1.2.3. specyfikacji (Instrukcja dla Wykonawców Część II), dotyczącego wymogu posiadania ważnego zezwolenia na zbieranie i transport odpadów zgodne z obowiązującymi przepisami prawa;
- 2) pkt 1.1.2. specyfikacji (Instrukcja dla Wykonawców Część II), dotyczącego wymogu wykazania doświadczenia w zakresie odbierania i transportu odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w gminie o liczbie mieszkańców powyżej 100 000 osób, w ramach, którego wykonawcy zakończyli usługę o wartości brutto nie mniejszej niż 400 000 zł, trwającą minimum 6 kolejnych miesięcy kalendarzowych, [ewentualne wprowadzenie w miejsce wykreślonego postanowienia w pkt 1.1.2. warunku polegającego na wykazaniu doświadczenia w zakresie odbioru określonej masy odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości na określonym obszarze, przy czym wymóg ten byłby uważany za spełniony, o ile łącznie w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania wykonawca odebrał i przekazał do zagospodarowania łącznie xxx Mg zmieszanych odpadów komunalnych (łącznie masa odpadów odbieranych na podstawie wielu zawartych umów)];
- 3) § 10 ust. 1 pkt 3) i pkt 4) projektu umowy, dotyczącego obowiązku dostarczenia odpadów do bazy magazynowo - transportowej, zważenia i następnie dostarczenia do miejsca zagospodarowania odpadów oraz obowiązku zbierania i selektywnego magazynowania odebranych odpadów;
- 4) § 21 projektu umowy, dotyczącego obowiązku udzielania przez wykonawcę rękojmi na usługi wykonane w ramach zamówienia;

39

-
- 5) pkt 11 w części specyfikacji - Opis przedmiotu zamówienia - w zakresie obowiązku przeprowadzenia wizji lokalnej pojemników;
 - 6) pkt 3 ppkt 1) w części B Szczegółowych warunków umowy, dotyczącego obowiązku uzyskania przez wykonawcę prawa do terenu i wszelkich pozwoleń na ustawienie pojemników (...).

Odnośnie zarzutu z pkt 1 i 6 Izba orzekając o nieuwzględnieniu tych zarzutów

podtrzymała argumentację – jak powyżej - podnoszoną przez Izbę w odniesieniu do analogicznych zarzutów z pkt 1 i pkt 3 odwołań wykonawcy SITA [sygn. akt: KIO 559/13, sygn. akt: KIO 560/13, sygn. akt: KIO 561/13 i sygn. akt: KIO 562/13].

Rozpoznając zarzut dotyczący pkt 1.1.2. specyfikacji (Instrukcja dla Wykonawców Część II) Izba stwierdziła przede wszystkim, że ten warunek dotyczy usługi wykonywanej w gminie o liczbie mieszkańców, co najmniej 100.000, a nie na rzecz samej gminy. To oznacza, jak wyjaśniał Zamawiający w toku rozprawy, że wykonanie tej usługi może być wykazane poprzez wskazanie każdego z podmiotów [nie tylko gminy], na rzecz którego nastąpiła realizacja usługi, z uwzględnieniem minimalnej liczby mieszkańców [nie mniej niż 100 tys.] i z uwzględnieniem jej minimalnej wartości brutto [nie mniejszej niż 400 000 zł] oraz minimalnego czasu jej wykonywania [trwającej minimum 6 kolejnych miesięcy kalendarzowych]. Tym samym, jak domaga się Odwołujący, doświadczenie może być wykazywane bez względu na rodzaj podmiotów na rzecz których usługa była świadczona, nie jest bowiem wymagane doświadczenie w świadczeniu usługi na rzecz gminy o co najmniej 100 tys. liczbie mieszkańców. Tym samym zarzut ten nie podlega uwzględnieniu, albowiem kwestionowany warunek nie wyklucza z udziału w postępowaniu podmiotów, które realizowały lub realizują usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia na rzecz innych podmiotów niż gmina.

Nie podlega również uwzględnieniu zarzut dotyczący § 10 ust. 1 pkt 3) i pkt 4) projektu umowy. W tym przypadku Izba stwierdza, że nie jest uzasadnione twierdzenie, że przedmiotem zamówienia jest tylko odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych Jak już Izba wskazała, jednym z obowiązków wykonawcy jest magazynowanie odpadów, co wynika z lit. B.3 oraz lit. C. 5 Szczegółowych

40

Warunków Umowy. Ten obowiązek nie jest kwestionowany przez wykonawcę. Konsekwencją wykonania tego obowiązku jest posiadanie bazy magazynowo-transportowej wyposażonej w legalizowaną samochodową wagę samochodową, jak wymagają tego przepisy (§ 2 ust. 2 pkt 5 lit. d) rozporządzenia ministra środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122). Także to rozporządzenie (§ 2 ust.1 pkt 1 lit. d) wskazuje jak ma być usytuowana baza magazynowo-transportowa. Zdaniem Izby, wykonawca kwestionując wskazane postanowienia nie uprawdopodobnił, że wprowadzając sporne wymagania Zamawiający naruszył w niniejszym postępowaniu uczciwą konkurencję.

Odnosnie zarzutu dotyczącego obowiązku udzielania przez wykonawcę rękojmi na usługi wykonane w ramach zamówienia [§ 21 projektu umowy] Izba ponownie stwierdza, że przedmiotem tego zamówienia – wbrew twierdzeniom wykonawcy – jest nie tylko odbiór i zagospodarowanie odpadów. Tak jak już Izba wskazała zamówienie w niniejszym postępowaniu obejmuje odbiór, zbieranie, magazynowanie, transport i zagospodarowanie odpadów. Tym samym zdaniem Izby – wykonawca powołując się na jeden z elementów zamówienia nie wykazuje, dlaczego w pozostałym – wskazanym przez Izbę zakresie - żądanie rękojmi od wykonawcy jest niezasadne. Ponadto rękojmia nie jest wyłączona ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Usługa objęta zamówieniem jest usługą rezultatu obejmującą również uporządkowanie terenu i sporządzenie stosowanych sprawozdań. Tym samym to wymaganie jest, z punktu widzenia interesów gminy, zasadne, a okoliczność, że to wymaganie stanowi nadmierne obciążenie i może w nieuzasadnionym zakresie prowadzić do nadmiernego ryzyka po stronie wykonawcy nie może stanowić samodzielnej podstawy do uwzględnienia żądania wykonawcy w przedmiocie wykreślenia § 21 projektu umowy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wizji lokalnej pojemników (pkt 11 cz. III specyfikacji) Izba stwierdza przede wszystkim, że obowiązek wizji lokalnej pojemników nie jest obowiązkiem bezwzględnym. Tak jak wynika z pkt 11 taka wizja

jest zalecana, a ponadto dotyczy trzech kategorii pojemników wymienionych w zał. 3, 5 i 10 do specyfikacji, które to pojemniki, służące do zbierania selektywnych odpadów, stanowią własność Zamawiającego. Jak wynika z treści tych załączników

41

pojemniki są zlokalizowane aktualnie już w konkretnych lokalizacjach. Tak jak stwierdził Zamawiający w toku rozprawy, sporne zalecenie miało być tylko pomocne wykonawcom w kalkulacji ceny oferty. Tym samym zdaniem Izby, wykonawca nie udowodnił, że zamiarem Zamawiającego było przerzucenie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia na wykonawcę, a zatem podnoszona argumentacja przez Odwołującego nie potwierdza słuszności żądania wykreślenia tego postanowienia.

Sygn. akt: KIO 610/13

Sygn. akt: KIO 611/13

Sygn. akt: KIO 612/13

Sygn. akt: KIO 613/13

Odwołania podlegają uwzględnieniu.

Wykonawca - Alba Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. – [dalej Odwołujący lub wykonawca ALBA] odwołania wniósł w odniesieniu do czterech sektorów, kwestionując postanowienia:

- a. pkt 6 IDW i § 1 ust. 2 projektu umowy stanowiącego o możliwości pojawienia się w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia innych niż opisane w pkt III.5 IDW rodzajów odpadów komunalnych wymagających odebrania i zagospodarowania;
- b. pkt V.2 IDW i załącznika III do siwz - „Zestawienie kosztów zadania” w zakresie dotyczącym rozliczenia z wykonawcą odbioru i zagospodarowania szkła zebranego;
- c. § 12 ust. 1 projektu umowy dotyczącego zmiany ilości pojemników do selektywnej zbiórki odpadów;
- d. pkt V.3 IDW i § 15 ust. 5 projektu umowy, dotyczących rozliczania prac interwencyjnych oraz niedookreślenia zakresu prac interwencyjnych;
- e. § 4 ust. 10 projektu umowy, dotyczącego zrzeczenia się przez wykonawcę roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi przed 31.12.2016 r. i zakończenia realizacji zamówienia przed 28.02.2017 r.;
- f. w zakresie współdziałania z wykonawcą, w szczególności w zakresie obowiązków obciążających gminę (Zamawiającego), wskazując na brak obowiązku: (1) udostępnienia wykonawcy przed rozpoczęciem świadczenia usługi i w trakcie

42

realizacji usługi informacji, wynikających m.in. z deklaracji składanych Zamawiającemu przez właścicieli nieruchomości zgodnie z przepisami u.c.p.g. o ilości osób zamieszkujących nieruchomość i ilości odpadów wytwarzanych na nieruchomości niezamieszkałej (np. poprzez wskazanie ilości pojemników, w które jest wyposażona nieruchomość niezamieszkała), oraz o zmianach w tym zakresie, w tym o objęciu systemem nowych (kolejnych) nieruchomości niezamieszkałych, na których będą powstawać odpady komunalne; (2) prowadzenia przez Zamawiającego działań niezbędnych do zwiększenia rozmiaru selektywnej zbiórki odpadów przez właścicieli nieruchomości (tzw. „u źródła”), np. edukacyjnych.

Odwołujący – ALBA w odniesieniu do wskazanych postanowień podniósł zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1, 3, 3b i art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 5 tej ustawy oraz w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach i art. 487 § 2 k.c., statuującym zasadę ekwiwalentności świadczeń z umowy wzajemnej, a także art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.6 IDW Zamawiający – oprócz wskazanych w pkt 5 kodów odpadów - nie wykluczył możliwości pojawienia się w trakcie realizacji przedmiotów zamówienia, innych rodzajów odpadów komunalnych wymagających odebrania i zagospodarowania. W pkt III.5 Zamawiający wymienił trzy grupy odpadów, w tym grupę 20 oznaczoną, jako odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, wskazując w tej grupie na rodzaje odpadów komunalnych, z oznaczeniem ich kodu, oraz zaznaczył, że grupa 20 odpadów komunalnych obejmuje również odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach o kodzie 20 03 99. Kwestionowany przez wykonawcę § 1 ust. 2 projektu umowy stanowi z kolei tylko generalnie o przedmiocie zamówienia. Odnosząc się, zatem do tak sformułowanego zarzutu, Izba stwierdza, że naczelnym kodem w tym postępowaniu jest odpad komunalny [grupa 20] i Zamawiający wskazał tylko na typowe możliwe kody rodzajów odpadów. Zatem, jeżeli zdaniem wykonawcy mógłby potencjalnie pojawić się jakiś nieujęty w tej grupie odpad komunalny, domagając się jego określenia powinien wskazać kod takiego

43

odpadu. Zdaniem Izby, żadne postanowienie specyfikacji czy projektu umowy nie wskazuje na zamiar Zamawiającego, aby wykonawca realizował umowne obowiązki nieodpłatnie. Izba, w tym przypadku podzieliła pogląd Zamawiającego, że nietypowe odpady mogą występować bądź w odpadach zmieszanych bądź na dzikich wysypiskach i tym samym, to będzie stanowiło podstawę do odpowiedniego zakwalifikowania takiego odpadu.

Uznając niezasadność sugerowanej zmiany w pkt V.2 IDW i w „Zestawieniu kosztów zadania” (Załącznik III do SMWZ), Izba miała na uwadze – powołaną przez Zamawiającego w toku rozprawy - uchwałę Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 18 października 2012 r., - akt prawa miejscowego powszechnie obowiązującego [§ 2 tej uchwały], która nie pozwala na odbiór szkła bezpośrednio od właściciela. Tym samym nie jest możliwe ustalanie dodatkowo, indywidualnych zasad rozliczania takich odpadów.

Odnosnie § 12 ust. 1 projektu umowy Izba stwierdza, że postanowienie, co do zmiany ilości pojemników należy interpretować – tak jak stwierdził Zamawiający w toku rozprawy – przede wszystkim z uwzględnieniem ust. 2 pkt 4 lit. C Szczegółowych Warunków Umowy. Zgodnie ze wskazanym punktem 4 [ust. 2 lit. C] z ogólnej liczby pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów w danym sektorze, część z nich ma służyć jako pojemniki dodatkowe, które będą podstawiane na zlecenia Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że sam Zamawiający dla pojemników zakupionych przez wykonawcę w Zestawieniu kosztów zadania – załącznik Nr III - uwzględniał ich maksymalną łączną liczbę, niepomniejszoną o liczbę pojemników dodatkowych. Odnosnie zmiany lokalizacji pojemnika, polegającej na fizycznym jego przestawieniu Izba stwierdza, że taka zmiana może nastąpić tylko w obrębie danego sektora, a koszty związane z dostawieniem pojemników czy zmianą lokalizacji wykonawca powinien uwzględniać w kalkulacji ceny oferty.

Odnosnie zarzutu związanego z pracami interwencyjnymi, Izba stwierdza, że zarzut ten podlega tylko uwzględnieniu w części. Zdaniem Izby zakres prac interwencyjnych został uregulowany w lit. I Szczegółowych Warunków Umowy, gdzie w ust. 2 wskazano sposób realizacji tej usługi, inny aniżeli w ust. 4 lit. H Szczegółowych Warunków Umowy, odnoszący się do „usuwania odpadów

44

zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych” i stanowiących odrębne świadczenie wykonawcy. Zamawiający podając, że prace interwencyjne dotyczą również usuwania, wywozu i zagospodarowania odpadów w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych, wymaga jednocześnie w odniesieniu dla tych prac, w szczególności, dyżurów 24h/na dobę i 7 dni w tygodniu [ust. 2. 2 lit. I] oraz natychmiastowego przystąpienia do wykonywania prac interwencyjnych po

otrzymaniu zlecenia [ust. 2.4 lit. I]. Jednocześnie Iżba stwierdza, że sposób rozliczania prac interwencyjnych, nie został dostatecznie uregulowany. W tym przypadku Zamawiający – jak wskazano w lit I ust.2 pkt Szczegółowych Warunków Umowy oraz w § 15 ust. 5 projektu umowy – ustalił, że rozliczenie tych prac będzie następowało na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego przez wykonawcę (...) w oparciu o czynniki cenotwórcze przyjęte, jako średnie ceny z „Sekocendbudu” (...). W tym przypadku Iżba stwierdza, że publikacje Secocendbudu służą do sporządzania kosztorysów metodą szczegółową i rozliczeń w kosztorysach powykonawczych i zawierają informacje o cenach materiałów budowlanych, materiałów instalacyjnych, materiałów elektrycznych oraz o stawkach robocizny kosztorysowej i cenach najmu sprzętu budowlanego. Jak przyznał Zamawiający w toku rozprawy ta publikacja nie zawiera podstaw do ustalenia kosztów zagospodarowania odpadów i w takim przypadku ich rozliczenie będzie mogło następować na podstawie faktury wystawionej przez dany punkt instalacji. Tym samym postanowienie w tym zakresie wymaga stosownej modyfikacji, co do zasad rozliczania prac interwencyjnych w sposób proponowany przez wykonawcę, a mianowicie wprowadzenie do „Zestawienia kosztów zadania” ceny jednostkowej, analogicznie jak przy świadczeniu dotyczącym usuwania odpadów z miejsc do tego nieprzeznaczonych, bądź wskazanie, że rozliczania kosztów zagospodarowania odpadów będzie mogło następować na podstawie faktury wystawionej przez właściwy podmiot.

Co do postanowień § 4 ust. 10 projektu umowy, Iżba przede wszystkim zwraca uwagę, że ten paragraf oznaczony, jako „Termin realizacji zamówienia”, określa w ust.1 czas trwania umowy, a w kolejnych ustępach [ust.3] stanowi o terminie rozpoczęcia [nie wcześniej niż od dnia 01.07.2013 r.] przedmiotu umowy, polegającego na odbiorze, zbieraniu, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych oraz o zakończeniu – nie później niż do dnia 31.12.2016 r. Z kolei w

45

ust. 4 wskazano, że (...) Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować oraz sporządzić sprawozdawczość dotyczącą tych odpadów do dnia 28.02.2017 r.”, zastrzegając w ust. 5, że termin świadczenia usługi z ust.3 oraz termin zakończenia realizacji zamówienia z ust.4 może ulec skróceniu z przyczyn wskazanych w ust.6. W ust. 6 tego paragrafu wskazano, że w sytuacji, gdy przewidywana przez Zamawiającego, (...) w oparciu o przeprowadzoną kalkulację wynagrodzenia należnego Wykonawcy za trzy minione następujące po sobie okresy rozliczeniowe, suma wynagrodzenia należnego Wykonawcy w trzech następnych miesiącach świadczenia usługi, będzie mogła osiągnąć kwotę określoną w § 15 ust.1, Zamawiający pisemnie poinformuje Wykonawcę o dacie zakończenia świadczenia usługi oraz o dacie zakończenia realizacji zamówienia”. To oznacza, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, przyczyna zakończenia świadczenia usługi przed datą 31.12.2013 r. oraz zakończenia realizacji zamówienia przed datą 28.02.2017 r., o których stanowi § 4 ust. 10 projektu umowy, może wynikać nie z powodu jakichkolwiek okoliczności – ale wyłącznie tylko z okoliczności określonych w ust. 6 tego paragrafu. Z tego też względu zarzut dotyczący tego postanowienia projektu umowy nie podlega uwzględnieniu przez Izbę.

Wykonawca formułując zarzut braku obowiązków Zamawiającego w zakresie współdziałania z wykonawcą, w szczególności w zakresie obowiązków obciążających gminę (Zamawiającego) z mocy przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazał na nie udostępnienie wykonawcy przed rozpoczęciem świadczenia usługi i w trakcie realizacji usługi informacji, wynikających m.in. z deklaracji składanych Zamawiającemu przez właścicieli nieruchomości o ilości osób zamieszkujących nieruchomość i ilości odpadów wytwarzanych na nieruchomości niezamieszkałej (np. poprzez wskazanie ilości pojemników, w które jest wyposażona nieruchomość niezamieszkała), oraz o zmianach w tym zakresie, w tym o objęciu systemem nowych (kolejnych) nieruchomości niezamieszkałych, na których będą powstawać odpady komunalne i prowadzenia przez Zamawiającego działań niezbędnych do zwiększenia rozmiaru selektywnej zbiórki odpadów przez właścicieli

nieruchomości (tzw. „u źródła”), np. edukacyjnych, co warunkuje osiągnięcie wymaganych prawem i oczekiwanych przez Zamawiającego od wykonawcy, pod rygorem kar umownych, odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy opadów

46

ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Taki opis przedmiotu zamówienia stanowi, zdaniem wykonawcy, naruszenie art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 Pzp i utrudnia uczciwą konkurencję. W tym przypadku wykonawca domaga się wprowadzenia do SIWZ obowiązku współdziałania z wykonawcą, w szczególności obowiązku Zamawiającego do udostępnienia wykonawcy przed przystąpieniem do realizacji umowy wszelkich danych pozyskanych przez Zamawiającego „z urzędu”, w tym z deklaracji właścicieli nieruchomości składanych w trybie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w trybie przepisów gminnych, a niezbędnych do wykonania umowy, w tym sporządzenia Harmonogramu i Wykazu (np. o dokładnej lokalizacji i rodzaju nieruchomości niezamieszkałych, na których są wytwarzane odpady komunalne, ilości odpadów wytworzonych na danej nieruchomości niezamieszkałej, ilości osób zamieszkałych na danej nieruchomości, pojemnikach „przypisanych” do danej nieruchomości), oraz do aktualizowania tych danych w trakcie trwania umowy. Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający w części III specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia w ust. 4 określił miejsca odbioru i zbierania odpadów dla każdego z sektorów wskazując obszary działania Rad Osiedli, a w pkt 9 zawarł dodatkowe informacje dla wykonawców m.in. o ilości mieszkańców danego sektora, ilości odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości w roku 2011, i o innych średnich oraz całkowitych wartościach, dla oszacowania ilości odpadów powstających w trakcie realizacji zamówienia, zaznaczając, że rzeczywista liczba odpadów może być mniejsza lub większa i to wykonawca jest zobowiązany do prawidłowego oszacowania ilości odpadów. Z kolei w części V specyfikacji – Sposób obliczenia ceny ofertowej - w ust.1 ustalił, że wykonawca w Formularzu oferty [załącznik nr III] poda cenę ofertową brutto wliczoną – w oparciu o ryczałtowe ceny jednostkowe wskazane w tym Formularzu [z ust.2.1] i wskazane również w tym Formularzu przez Zamawiającego [ust.2.2.] m.in. ilości poszczególnych pojemników i kontenerów objętych przedmiotem zamówienia, poszczególnych frakcji odpadów i usuniętych odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych. Te postanowienia – zdaniem Izby - bezspornie wskazują, że dane z deklaracji właścicieli nie mają wpływu na sporządzenie oferty przez wykonawcę. Także zamieszczenie w specyfikacji po stronie Zamawiającego obowiązków informacyjno-edukacyjnych i sposobu jego wykonania nie jest wymagane na gruncie ustawy Pzp i tym samym nie może być kwalifikowane, jako naruszenie jej przepisów w tym art. 29 ustawy Pzp. Jednakże w praktyce, jeżeli brak realizacji tego ustawowego obowiązku

47

na gruncie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, bądź sposób jego realizacji będzie miał wpływ, zdaniem wykonawcy, na możliwość wykonania jego zobowiązań, to może to skutkować żądaniem wykonawcy przed sądem o ustalenie braku podstaw do naliczania kary umownej z danego tytułu lub żądaniem weryfikacji wysokości naliczonych kar.

Zarzut dotyczący kar umownych również nie podlega uwzględnieniu. Przede wszystkim zarzut ten wykonawca oparł na twierdzeniu, że kwestionowane postanowienia projektu umowy naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Izba stwierdza, że te postanowienia nie dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, a zatem nie mogą skutkować naruszeniem wskazanego przepisu ustawy Pzp. Wykonawca stwierdził również, że (...) wykonawca jest obciążony odpowiedzialnością, w szczególności z tytułu kar umownych, za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, które z mocy ustawy (...) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisów gminnych obciążają Zamawiającego lub właścicieli nieruchomości oraz, że te postanowienia nie uwzględniają okoliczności od wykonawcy niezależnych, przyszłych i nieprzewidywalnych. Powyższa argumentacja

nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, albowiem – jak już Izba wskazała – ustawa ta, co do zasady zobowiązuje gminę do powierzenia realizacji zadania własnego w zakresie odbioru odpadów lub odbioru i zagospodarowania odpadów przedsiębiorcy wyłonionemu w drodze przetargu (por. art. 6c ust.1 w zw. z art. 6d). Tym samym gmina powinna mieć również możliwość zapewnienia prawidłowej realizacji tej usługi na możliwie najwyższym standardzie. We wskazanej ustawie nie wyłączono żadnych obowiązków, których gmina nie mogłaby przekazać do realizacji podmiotowi wybranemu w drodze przetargu. Stąd też argumentacja podnoszona na poparcie zarzutu dotyczącego kar umownych, co do nieuzasadnionego przeniesienia zobowiązań gminy lub właścicieli nieruchomości, nie może stanowić przesłanki do uwzględnienia tego zarzutu. Izba stwierdza również, że postanowień dotyczących kar nie można interpretować w oderwaniu od innych postanowień umowy, w tym postanowień Szczegółowych Warunków Umowy. W tym przypadku należy mieć na uwadze chociażby zobowiązania wykonawcy m.in. określone w lit. B ust.2 ppkt 13 i pkt 14, stanowiące o obiektywnych przeszkodach w realizacji usługi, czy też w ppkt 3 i 16, stanowiące o obowiązkach informacyjnych wykonawcy wobec zamawiającego,

48

w przypadku braku możliwości realizacji usługi według zasad określonych warunkami umowy. Wykonawca pomija także inne postanowienia, chociażby postanowienia w lit. C ust. 4 pkt 10, 11 i 12, które również dotyczą sytuacji braku możliwości wykonania usługi z uwagi na czynniki zewnętrzne. Tym samym wykonawca nie może twierdzić, że kwestionowane postanowienia nie uwzględniają okoliczności od wykonawcy niezależnych, przyszłych i nieprzewidywalnych. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że wykonawca, nieadekwatność kara umownych do zawinienia wykonawcy, czy też wartości świadczenia, z którym kara jest związana - odniósł do wynikających z umowy obowiązków informacyjnych [w tym sporządzania wykazów i harmonogramów], uzupełnienia w terminach określonych umową utraconych bądź zniszczonych pojemników oraz obowiązków związanych z terminowym odbiorem odpadów. Taka argumentacja w odniesieniu do wymaganych dokumentów jest niezasadna, albowiem ich terminowa i prawidłowa realizacja umożliwia w konsekwencji Zamawiającemu kontrolę prawidłowości realizacji innych umownych zadań wykonawcy. Izba zwraca ponadto uwagę, w szczególności na ust. 2 pkt 4 lit. g § 18, w którym to postanowieniu Zamawiający wskazuje na okoliczności, które obiektywnie będzie zobowiązany uwzględniać w tych przypadkach, gdy opróżnienie pojemnika przez wykonawcę nie będzie możliwe z przyczyn przez niego niezawinionych. Izba podzieliła również pogląd Zamawiającego, że wysokość kary nie można - we wszystkich kwestionowanych przypadkach - utożsamiać z ceną pojemnika, gdyż brak pojemnika lub jego uszkodzenie uniemożliwia realizację uprawnień przez mieszkańca i zadania przez gminę, co z kolei może skutkować roszczeniami wobec gminy. Izba zwraca również uwagę, że wskazana wysokość kar dotyczy indywidualnych zdarzeń i w konsekwencji – zdaniem Izby – profesjonalny wykonawca nie może hipotetycznych obliczeń odnosić do wszystkich pojemników z danego sektora. Izba zwraca uwagę, że do ważnych zadań – niekwestionowanych przez wykonawcę jest przeprowadzanie systematycznych kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników odpadami. Zamawiający w lit. B ust.2 Szczegółowych Warunków Umowy wskazał minimalne częstotliwości odbioru – niekwestionowane również przez wykonawcę i tak: dla odpadów zbieranych selektywnie (z wyłączeniem odpadów zielonych) – co najmniej raz w miesiącu [pkt 7], a w odniesieniu do odpadów zielonych – co najmniej raz na dwa tygodnie [pkt 8], a w odniesieniu do innych odpadów - co najmniej raz tygodniu [pkt 6]. Tym samym to od organizacji odbiorów po stronie wykonawcy i jej częstotliwości zależeć będzie nie

49

dopuszczenie do wypełnienia pojemników powyżej 90 % ich całkowitej pojemności. W konkluzji, oddalając zarzut dotyczący kar umownych, Izba zwraca uwagę, że żądając modyfikacji rażąco wygórowanych kar umownych wykonawca nie sprecyzował, w jakiej wysokości dana kara byłaby adekwatna do wartości

związanego z nią świadczenia.

Z ustaleń w sprawie wynika zatem, że jeden z zarzutów dotyczący sposobu rozliczania prac interwencyjnych, wskazany m.in. w lit I ust.2 pkt Szczegółowych Warunków Umowy oraz w § 15 ust. 5 projektu umowy nie został dostatecznie uregulowany. Tym samym stosowne postanowienia tych dokumentów [i odpowiednio załącznika nr III - Zestawieniu kosztów zadania - w zależności od przyjętej przez Zamawiającego modyfikacji] wymagają odpowiedniej modyfikacji, w sposób proponowany przez wykonawcę poprzez wprowadzenie do „Zestawienia kosztów zadania” ceny jednostkowej, analogicznie jak przy świadczeniu dotyczącym usuwania odpadów z miejsc do tego nieprzeznaczonych, bądź też ustalenie, że rozliczanie kosztów zagospodarowania odpadów będzie mogło następować na podstawie faktury wystawionej przez odpowiedni podmiot.

Mając powyższe ustalenia na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych. Orzekając o wynagrodzeniu pełnomocników Izba uwzględniła również przepis § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uznając odpowiednio - w związku z § 4 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 rozporządzenia - za

50

uzasadnione koszty danej strony postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników tylko w łącznej kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:
.....
.....

51