

WYROK

z dnia 4 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2012 r. przez wykonawcę: **KON-TRA sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasta Gdyni, Gdynia**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża KON-TRA sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy* (oznaczenie sprawy MN.271.132.2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2012/S 237-390574 z 8 grudnia 2012 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.gdynia.pl), na której od 10 grudnia 2012 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 grudnia 2012 r. (pismem z 19 grudnia 2012 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosła odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia KON-TRA sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej zwana „Odwołującym”), zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 14 pzp w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc w zw. z art. 353 i kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 483 § 1 kc – przez nałożenie na wykonawcę obowiązku dostarczenia wszystkim właścicielom lokali usytuowanych na terenie Gminy Miasta Gdyni harmonogramu odbierania odpadów pod rygorem zapłaty kary umownej.
2. Art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 58 kc w zw. z art. 353 i kc oraz art. 9g w zw. z art. 6f ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz.U. z 2012 r. poz. 391; zwana dalej również „ustawą o

czystości i porządku”) – przez bezprawne nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, pod rygorem zapłaty kary umownej oraz poniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej do pełnej wysokości poniesionej przez Zamawiającego szkody.

3. Art. 29 ust 2 pzp zw. z art. 7 pzp – przez narzucenie wykonawcy w § 3 ust. 1 pkt. 5 załącznika nr 4 do SIWZ (Projekt *umowy w sprawie zamówienia publicznego*) obowiązku przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji do

2

Sygn. akt KIO 2829/12

Przetwarzania Odpadów Komunalnych „EKO DOLINA” sp. z o.o. z siedzibą w Łęczycach, której notabene jednym z udziałowców jest Zamawiający, co z kolei uniemożliwia wykonawcy wybór podmiotu, z którym mógłby zawrzeć umowę na odbiór odpadów oraz stanowi działanie utrudniające uczciwą konkurencję z wykorzystaniem przez Zamawiającego pozycji dominującej.

4. Naruszenie art. 29 ust. 1 pzp – przez sformułowanie treści SIWZ w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę – wyrażające się w następujących okolicznościach uniemożliwiających dokonanie prawidłowej wyceny oferty:
- a) w treści SIWZ właścicieli Niezamieszczenie danych dotyczących liczby na przy nieruchomości terenie Gminy zamieszkujących Miasta Gdyni, jednoczesnym obciążeniu wykonawcy karą umowną za niedostarczenie wszystkim właścicielom nieruchomości harmonogramu odbierania odpadów.
 - b) Nałożenie na wykonawcę obowiązku przedłożenia wraz z ofertą: wykazu usług świadczonych w ostatnich 3 latach (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz załącznika w postaci dokumentów poświadczających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym wypełnienie tego obowiązku należy uznać za niewykonalne w wypadku świadczenia przez wykonawcę usług na rzecz mieszkańców zajmujących lokale w zabudowie jednorodzinnej, albowiem mieszkańcy, z którymi zawierane są umowy, nie wystawiają referencji.
 - c) Zamieszczenie w załączniku nr 3 do SIWZ wewnętrznie sprzecznych informacji, albowiem wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia dokumentów poświadczających należyte wykonanie bądź wykonywanie usług, przy czym treść dokumentu wskazuje na okres ostatnich 3 lat, podczas gdy tabela zamieszczona w dokumencie dotyczy usług świadczonych w okresie 12 miesięcy.
 - d) Zamieszczenie przez Zamawiającego na stronie drugiej załącznika nr 5 do SIWZ tabeli obrazującej ilość odpadów odebranych w roku 2012 z obszaru miasta Gdyni, bez sprecyzowania, czy ilości te odnoszą się do odpadów komunalnych odebranych wyłącznie z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, czy też ujęte w tabeli ilości obejmują wszystkie odpady komunalne odebrane na terenie Gminy Miasta Gdyni, w tym także odpady odebrane z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, których odbiór nie jest przedmiotem przetargu.
 - e) Nałożenie na wykonawcę obowiązku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej przez

3

Sygn. akt KIO 2829/12

cały okres realizacji umowy w kwocie nie niższej niż 2.000.000 złotych, przy jednoczesnym nieokreśleniu, czy ww. kwota ubezpieczenia obowiązuje bez względu na liczbę rejonów obsługiwanych przez wykonawcę.

- f) Uznanie dopuszczalności odbierania surowców przy użyciu pojazdów do pod warunkiem przystosowanych odbierania odpadów zmieszanych niezgniatania niemieszania odpadów, podczas gdy każdy pojazd do odbierania odpadów zgniata je, a mechanizm ten nie może być wyłączony.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ przez:

- a) Dodanie do postanowienia zawartego w pkt. 3.3.1 ppkt 15) załącznika nr 5 do SIWZ zdania: *za równoznaczne ze spełnieniem powyższego obowiązku Zamawiający będzie uznawał pozostawienie przez wykonawcę egzemplarza harmonogramu w oddawczych skrzynkach pocztowych znajdujących się w budynku z jednoczesnym umieszczeniem egzemplarza harmonogramu na tablicy ogłoszeń znajdującej się na terenie posesji; względnie zmianę zwrotu właścicielom na mieszkańcom; lub nakazanie Zamawiającemu zamieszczenia w treści SIWZ informacji o liczbie właścicieli nieruchomości zamieszkujących na terenie Gminy Miasta Gdyni.*
- b) Usunięcie z załącznika nr 4 do SIWZ (Projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego), następujących postanowień: § 3 ust. 1 pkt 5, § 6 oraz § 9 ust. 1.
- c) Usunięcie z załącznika nr 5 do SIWZ – ppkt 3.1 ust. 1 lit. e – wskazującego na obowiązek wykonawcy posiadania umowy z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu Eko Dolina; względnie usunięcie z przedmiotowego zapisu frazy *dla regionu Eko Dolina*.
- d) Precyzyjne określenie w tabeli Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (dalej zwanego również w skrócie „SOPZ”), znajdującej się na stronie 2 załącznika nr 5 do SIWZ, czy ujęte w niej ilości odpadów zmieszanych zostały odebrane z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, czy też z wszystkich nieruchomości znajdujących się w obszarze Gminy Miasta Gdyni, w tym także nieruchomości nieobjętych przedmiotowym zamówieniem; względnie dokonanie zmiany danych zawartych w tabeli, w celu ujęcia w niej wyłącznie ilości odpadów odebranych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.
- e) Dodanie w załączniku nr 3 do SIWZ po fragmencie *dokumenty poświadczające, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie*, następującej frazy: *lub umów potwierdzających fakt dokonywania odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości w ostatnich trzech latach*.
- f) Usunięcie wewnętrznie sprzecznych informacji odnoszących się do czasu świadczenia

4

Sygn. akt KIO 2829/12

usług polegających na dokonywaniu odbioru odpadów z treści załącznika nr 3 do SIWZ.

- g) Doprecyzowanie zapisu § 4 ust. 6 załącznika nr 4 do SIWZ poprzez określenie, czy wskazana suma ubezpieczenia jest stała niezależnie od ilości sektorów obsługiwanych przez wykonawcę.
- h) Usunięcie pkt. 33.2 ppkt 9 załącznika nr 5 do SIWZ.

Odwołujący ponadto podał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Ad zarzut 1.

Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, wykonawca jest zobowiązany do opracowania harmonogramu odbierania odpadów, który następnie powinien przekazać Zamawiającemu, w terminie co najmniej 30 dni przed początkiem roku kalendarzowego (vide: pkt 3.3.1 ppkt 5-7 SOPZ). Harmonogram powinien wskazywać daty odbierania poszczególnych rodzajów odpadów z nieruchomości (np. szkło, tworzywa sztuczne, komunalne odpady zmieszane, etc.) i obejmować cały sektor. Zgodnie z pkt 3.3.1 ppkt 15) SOPZ, *„wykonawca jest zobowiązany do przekazania harmonogramu właścicielom nieruchomości”, przy czym dla zabudowy do czterech lokali mieszkalnych, każdy z właścicieli powinien otrzymać jeden egzemplarz w formie papierowej, natomiast w budynkach składających się z większej liczby lokali mieszkalnych, wykonawca powinien przekazać jeden egzemplarz w formie papierowej dla każdego zarządzającego nieruchomości. Jednocześnie, w myśl § 9 ust. 2 pkt 5 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ): Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 5.000 złotych za niedostarczenie właścicielom nieruchomości harmonogramu zaakceptowanego przez Zamawiającego: za równoznaczne z niedostarczeniem harmonogramu uważa się sytuację, w której spośród 50 wybranych przez Zamawiającego właścicieli nieruchomości więcej niż 25 osób oświadczyło, iż nie otrzymało od Wykonawcy harmonogramu.*

Zdaniem Odwołującego istotne jest, że żadne z postanowień SIWZ nie przewiduje

przekazania wykonawcy przez Zamawiającego danych osobowych właścicieli lokali (imię i nazwisko, miejsce zamieszkania). Nadto możliwości uzyskania przez wykonawcę powyższych danych nie przewidują także obowiązujące przepisy prawa, chociażby poprzez samodzielne zbieranie przez wykonawcę oświadczeń i deklaracji od mieszkańców gminy o nieruchomościach stanowiących ich własność. Odwołujący wywiódł z tego bezsporną fakt, że nałożone na wykonawcę zobowiązanie jest w istocie niemożliwe do zrealizowania.

Ponadto według Odwołującego Zamawiający przygotowując SIWZ pominął istotną z punktu widzenia obowiązków wykonawcy okoliczność, że część właścicieli lokali

5

Sygn. akt KIO 2829/12

położonych na terenie Gminy Miasta Gdyni mieszka i żyje poza terenem gminy bądź wynajmuje lokale mieszkalne osobom trzecim, które w nich zamieszkują. Odwołujący podniósł także, że dokumentacja przetargowa nie zawiera jakichkolwiek informacji, które wskazywałyby chociażby na szacunkową liczbę właścicieli nieruchomości i zarządców, co w dalszej kolejności mogłyby posłużyć wykonawcy do przygotowania oferty uwzględniającej koszt dokonania powiadomień oraz ryzyko związane z powstaniem obowiązku zapłaty kary umownej. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania w treści SIWZ szacunkowej liczby mieszkańców Gminy Miasta Gdyni, która to informacja – zdaniem Odwołującego – może być pomocna wyłącznie dla oszacowania ilości wytwarzanych przez te osoby odpadów komunalnych.

W ocenie Odwołującego, wprowadzając powyższe postanowienia do treści SIWZ i projektu umowy – Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 pzp, który przewiduje obowiązek dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przede wszystkim jednak nałożenie na wykonawcę obowiązku przekazania rzeczono harmonogramu wszystkim właścicielom nieruchomości położonych na terenie gminy stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 14 pzp w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 5 kc w zw. z art. 353 1 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 483 § 1 kc. Zdaniem Odwołującego obiektywnie niemożliwe jest ustalenie przez wykonawcę danych wszystkich właścicieli lokali, a następnie uzyskanie informacji o miejscach ich zamieszkania celem doręczenia egzemplarza harmonogramu. Natomiast zgodnie z art. 387 § 1 kc umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Według odwołującego tym samym należy uznać, że wprowadzony przez Zamawiającego zapis umowny przekracza granice swobody kontraktowania, jako sprzeczny z przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego. Według Odwołującego w orzecznictwie wskazuje się, że zapisami umownymi naruszającymi zasady współżycia społecznego są między innymi postanowienia kształtujące prawa i obowiązki stron stosunku w sposób nieodpowiadający słuszności kontraktowej, np. sprzeciwiające się regułom uczciwości i rzetelności profesjonalnej oraz kontrakty rażąco nierównoważnie kształtujące wzajemne prawa i obowiązki oraz ryzyka związane z powstaniem lub wykonaniem zobowiązania (w tym miejscu Odwołujący wyszczególnił następujące daty i sygnatury orzeczeń Sądu Najwyższego: wyrok z 6 stycznia 1976 r., sygn. akt I CR 713/75; wyrok z 7 stycznia 1980 r., sygn. akt II CR 464/79; uchwała z 22 maja 1991 r., sygn. akt III CZP 15/91, uchwała z 6 marca 1992 r., sygn. akt III CZP 141/91; wyrok z 6 stycznia 1976 r., sygn. akt I CR 713/75; wyrok z 7 stycznia 1980 r., sygn. akt II CR 464/79; uchwała z 22 maja 1991 r., sygn. akt III

6

Sygn. akt KIO 2829/12

CZP 15/91; uchwała z 6 marca 1992 r., sygn. akt III CZP 141/91, wyrok z 4 października 2001 r., sygn. akt I CKN 328/99; wyrok z 9 listopada 2006 r., sygn. akt IV CSK 208/06).

Odwołujący stwierdził, że podobne stanowisko – w zakresie braku możliwości nakładania przez zamawiającego na wykonawcę kar umownych za niewykonanie zobowiązania z przyczyn od niego niezależnych – wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z 16 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1388/10): *Jak słusznie podniósł odwołujący, a zamawiający przyznał, za nadmierne i niedopuszczalne uznać należy nakładanie na*

wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności – co należało przyjąć w świetle klauzuli generalnej ograniczającej wykonywanie praw podmiotowych oraz zasadę swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 i 353 ¹ Kodeksu cywilnego.

Odwolujący zauważył na marginesie powyższych rozważań, że ewentualne niezrealizowanie przez wykonawcę obowiązku poinformowania wszystkich właścicieli lokali położonych na terenie Gdyni, nie wiąże się z powstaniem po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek szkody. Tymczasem, zgodnie z art. 483 § 1 kc, kara umowna należy się wierzycielowi wyłącznie w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego spowodowało wyrządzenie wierzycielowi szkody.

Ad zarzut 2.

Zgodnie z regulacją art. 3 ust. 2 pkt 7) ustawy o czystości i porządku, gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności zapewniają osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Powyższy obowiązek został przez ustawodawcę uszczegółowiony w art. 3b ust. 1 cytowanej ustawy, który to przepis nakłada na gminy obowiązek osiągnięcia do dnia 31 grudnia 2020 roku poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50% wagowo, przy czym poziomy recyklingu do osiągnięcia przez gminy w poszczególnych latach kalendarzowych oraz sposób ich obliczania określa rozporządzenie Ministra Środowiska.

Według Odwołującego treść tych regulacji nie pozostawia wątpliwości co do tego, że obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu odpadów spoczywa na gminach (zadania własne gminy). Świadczy ma o tym także uregulowanie zawarte w § 1 ust. 1) rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów

Sygn. akt KIO 2829/12

komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów (Dz.U. z 2012 r., poz. 676), który stanowi, że *rozporządzenie określa poziomy ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowiska, które gmina jest obowiązana osiągać w poszczególnych latach.*

Odwolujący zwrócił uwagę na to, że osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu i odzysku jest uzależnione w szczególności od dokonywania przez samych mieszkańców segregacji odpadów oraz możliwości eksploatacyjnych i organizacyjnych regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, gdzie dokonuje się właściwej selekcji odpadów oraz odzysku poszczególnych frakcji surowców. Natomiast zgodnie z art. 3a ustawy o czystości i porządku, obowiązek zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, spoczywa na gminie. Przy czym w cytowanym przepisie ustawodawca wyraźnie wskazał, że gmina jest obowiązana do wyłonienia podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych.

Odwolujący wywiódł dalej, że ocena dopuszczalności przeniesienia przez gminę, jako jednostkę samorządu terytorialnego, obowiązku uzyskania odpowiedniego poziomu odzysku odpadów oraz odpowiedzialności za uchybienie tejże powinności, wymaga przeprowadzenia wykładni art. 9g w zw. z art. 6f ust. 1 ustawy o czystości i porządku oraz zestawienia wyinterpretowanej normy prawnej z pozostałymi przepisami ujętymi w ustawie.

Ustawodawca w art. 9g tej ustawy wyraźnie uregulował sytuację, w których obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu może zostać przeniesiony na podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości: *podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który nie działa na podstawie umowy, o której mowa w art. 6f ust 1, i nie świadczy takiej usługi w trybie zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 6f ust 2, jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów*

recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3b ust. 2 i art. 3c ust. 2. Zgodnie z art. 6f ust. 1: *wójt, burmistrz lub prezydent miasta zawiera z przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, wybranym w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1, umowę na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości*. Przepis art. 6f ust. 2 ustawy upoważnia wójta, burmistrza, prezydenta miasta do zapewnienia usług odbierania odpadów z wolnej ręki, do czasu

8

Sygn. akt KIO 2829/12

wyłonienia takiego podmiotu w drodze przetargu.

Odwolujący ocenił, że powyższy przepis ustawy jest jednoznaczny i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, a wynika z niego wprost, że przeniesienie na podmiot odbierający odpady obowiązku osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu może mieć zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do tych podmiotów, które nie dokonują odbioru odpadów na podstawie zamówienia uzyskanego w drodze organizowanego przez gminę przetargu bądź zamówienia z wolnej ręki (w przypisie Odwołujący stwierdził, że stanowisko to znajduje również aprobatę wśród przedstawicieli doktryny, vide: W. Radecki, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*. Lex 2012 r.) Skoro ustawodawca wprost i wyraźnie ograniczył krąg podmiotów, na które gmina może nałożyć obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku i recyklingu, to należy uznać, że wykładnia rozszerzająca analizowanej normy prawnej byłaby sprzeczna z wolą prawodawcy i niedopuszczalna, tym bardziej, iż ma ona charakter normy nakładającej określone obowiązki. Gdyby intencją polskiego ustawodawcy byłoby wyposażenie gminy w uprawnienie do cedowania bądź nakładania na wszystkie podmioty odbierające odpady komunalne obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku, to dałby temu wyraz w ustawie.

Zdaniem Odwołującego powyższy wniosek należy uznać za uprawniony także w kontekście pozostałych przepisów ustawy, w tym m.in. art. 9z ust. 2, który nakłada właśnie na gminy obowiązek zapłaty kary pieniężnej w wypadku nieosiągnięcia w kolejnych latach odpowiedniego poziomu odzysku i recyklingu odpadów komunalnych; jak również przepisów wchodzących w życie z dniem 1 lipca 2013 roku (Odwołujący podał, że jest to także dzień rozpoczęcia świadczenia usług odbierania odpadów przez wykonawcę wyłonionego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia) – m.in. art. 9j ust. 2 pkt 5, który stanowi, że przedsiębiorca (dokonujący odbioru odpadów na innej podstawie prawnej, niż w ramach przetargu bądź zamówienia z wolnej ręki) podlega wykreśleniu z rejestru działalności regulowanej w razie nieosiągnięcia w kolejnych latach kalendarzowych odpowiedniego poziomu odzysku odpadów.

Odwolujący dostrzegł, że stosownie do regulacji zawartej w art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (tekst jednolity Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591, z późn. zm), gmina, w celu wykonywania zadań własnych, może zawierać umowy z innymi podmiotami. Jednakże w ocenie Odwołującego regulacja ta nie znajduje zastosowania w zaistniałym stanie faktycznym, albowiem czym innym jest zawarcie umowy w celu realizacji zadań własnych gminy, a czym innym jest niedopuszczalne w świetle art. 9g w zw. z art. 6f ust. 1 ustawy o czystości i porządku obciążenie przez gminę podmiotu odbierającego odpady odpowiedzialnością za skutki niewypełnienia obowiązków przez

9

Sygn. akt KIO 2829/12

gminę.

Z uwagi na powyższe okoliczności według Odwołującego należy uznać, że Zamawiający naruszył art. 14 pzp w zw. z art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 58 kc w zw. z art. 353 1 kc, albowiem nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu i odzysku odpadów jest działaniem sprzecznym z ustawą. Tymczasem zgodnie z art. 353 1 kc strony zawierające umowę nie mogą ułożyć stosunku prawnego o treści lub celu, który sprzeciwiałby się ustawie, przy czym, jak wskazuje się w doktrynie,

oznacza to wszystkie źródła powszechnie obowiązującego prawa w Polsce (Odwołujący wskazał tu na: E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 5. Warszawa 2013 r., wyd. Legalis). Natomiast stosownie do art. 58 kc, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna.

Na marginesie powyższych rozważań Odwołujący wskazał, że pomiędzy obowiązkiem zapłaty kary umownej, a należyтым bądź nienależyтым wykonaniem zobowiązań przez wykonawcę brak jest jakiegokolwiek zależności. Natomiast wysokość zastrzeżonych kar umownych oraz rzeczywisty brak wpływu wykonawcy na osiągnięcie przez gminę określonych poziomów recyklingu uniemożliwia, w sensie obiektywnym, dostosowanie oferty do warunków określonych przez Zamawiającego, w tym przede wszystkim w zakresie dotyczącym kalkulacji ceny, aby jej ramach ewentualnie uwzględnić kompensację związanego z kwestionowanym postanowieniem ryzyka skarżącego. Kwestionowane przez wykonawcę postanowienie ponadto sprzeciwia się naturze stosunku zobowiązaniowego i stanowi przyjęcie przez wykonawcę do wykonania obowiązku, który w istocie jest niemożliwy dla niego do zrealizowania, także przy dołożeniu najwyższego stopnia staranności.

Odwołujący uznał za celowe przytoczenie wyroku Krajowej Izbie Odwoławczej z 27 kwietnia 2011 r., który zapadł – jego zdaniem – w podobnym do rozpatrywanego stanie faktycznym, a dotyczył zamówienia, na podstawie którego gmina (inwestor) wprowadziła do projektu umowy zapisy, na mocy których wykonawca robót budowlanych miał przyjąć na siebie odpowiedzialność za ewentualne błędy projektanta, na którego działania i zaniechania wykonawca nie miał żadnego wpływu. Izba wskazała, iż „wykonawca *nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty* Zrozumiałe jest, że Zamawiający chce się zabezpieczyć na wypadek zaistnienia takich błędów, jednak w ocenie składu orzekającego postanowienie subklauzuli 1.8 akapit 5 tak dalece wkracza w zakres odpowiedzialności projektanta, że obarcza przyszłego wykonawcę robót ryzykiem, którego nie jest on w stanie przewidzieć i określić i wycenić) na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze

10

Sygn. akt KIO 2829/12

przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową i teren budowy, żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót. Wobec powyższego, zgodnie z kwestionowanym postanowieniem, do kalkulacji ceny ofertowej należałoby wliczyć wycenę dodatkowego ryzyka, nie wchodzącego w zakres ryzyka wynagrodzenia ryczałtowego. Dalej Odwołujący przywołał wyrok z 19 lipca 2010 r. w którym Izba wskazała, że: Niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części SIWZ kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi KC, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353 i KC.

Ad zarzut 3.

Odwołujący podał, że zarówno w § 3 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 4 do SIWZ (projekt umowy) oraz w ppkt 3.1 ust. 1 lit. e) załącznika nr 5 do SIWZ (SOPZ), Zamawiający nałożył na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia obowiązek posiadania umowy z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu Eko Dolina na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

W ocenie Odwołującego powyższy zapis SIWZ narusza art. 29 ust 2 w zw. z art. 7 ustawy pzp – przez narzucenie wykonawcy obowiązku przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) „EKO DOLINA” sp. z o. o. z siedzibą w Łęczycach (zwanej dalej „Zakładem”), który to zakład,

jak wynika z informacji zamieszczonych na jego stronie internetowej, obsługuje następujące miasta i gminy: Gdynia, Sopot, Rumia, Reda, Wejherowo, gmina Wejherowo, Kosakowo, Szemud. Odwołujący podał, że z informacjami zamieszczonymi w Rejestrze Przedsiębiorców KRS prowadzonym dla Zakładu, Gmina Miasta Gdyni posiada w nim 129.337 udziałów o łącznej wartości 12.933.700,00 złotych.

Zdaniem Odwołującego należy zauważyć, że stosownie do regulacji art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli

11

Sygn. akt KIO 2829/12

nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Z kolei art. 9e ust. 1 tej ustawy stanowi, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (*posiadacz odpadów jest obowiązany do postępowania z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami, wymaganiami ochrony środowiska oraz planami gospodarki odpadami*). Stosownie do postanowień zawartych w art. 14 ust. 1 ustawy o odpadach, plany gospodarki odpadami są ustalane na poziomie krajowym oraz wojewódzkim oraz zawierają m.in. informacje dotyczące rodzajów, rozmieszczenia i mocy przerobowych instalacji do przetwarzania odpadów (ust. 6 pkt 1 lit. f), określenie kryteriów rozmieszczenia obiektów przeznaczonych do gospodarowania odpadami (ust. 6 pkt. 5), wykaz regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi (ust. 8 pkt. 2).

Według Odwołującego biorąc pod uwagę, że przedmiotowy przetarg prowadzony jest na odbieranie i zagospodarowanie odpadów, narzucenie przez Zamawiającego konieczności zawarcia przez wykonawcę umowy z konkretną instalacją, do której ma przekazywać odpady w celu ich zagospodarowania, stanowi działanie utrudniające uczciwą konkurencję i pozbawiające wykonawcę swobody zawarcia umowy z podmiotem, który miałby gospodarować przekazanymi mu przez wykonawcę odpadami oraz osiągać odpowiednie poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów. Jednocześnie – zdaniem Odwołującego – Zamawiający jako udziałowiec „Eko Doliny” sp. z o.o. jest zainteresowany w tym, aby odpady komunalne pochodzące od mieszkańców Gminy Miasta Gdyni były przekazywane do tej konkretnej instalacji. Odwołujący ocenił, że takie działanie należy uznać za całkowicie bezprawne, także na gruncie ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), jako nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przejawiające się w przeciwdziałaniu przez Zamawiającego w ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku gospodarowania odpadami komunalnymi. zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 pzp (lit. e-f zarzutów odwołania) zarzut 4 (lit. a zarzutów odwołania)

Odwołujący raz jeszcze podniósł, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał przybliżoną liczbę mieszkańców Gdyni, przy czym nie zawarł tam informacji odnoszących się do rzeczywistej liczby właścicieli nieruchomości. Jednocześnie Zamawiający nałożył na

12

Sygn. akt KIO 2829/12

wykonawcę obowiązek zapłaty kary umownej, w wypadku niedoręczenia harmonogramu wszystkim właścicielom nieruchomości bądź zarządom (w przypadku zabudowy powyżej 4 lokali). Zdaniem Odwołującego brak danych dotyczących liczby właścicieli nieruchomości uniemożliwia wykonawcy wycenę oferty, albowiem liczba właścicieli nieruchomości jest całkowicie różna od liczby mieszkańców.

zarzut 5 (lit. b zarzutów odwołania)

Według Odwołującego Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 pzp także przez

nieprecyzyjne określenie sposobu wykazania przez wykonawcę kryterium wiedzy i doświadczenia w realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia. Odwołujący podał, że stosownie do załącznika nr 3 do SIWZ na wykonawcy ciąży obowiązek przedłożenia wraz z ofertą wykazu usług świadczonych w ostatnich 3 latach oraz dokumentów poświadczających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Odwołujący zaznaczył, że w odniesieniu do usług stanowiących przedmiot zamówienia, literalne wykonanie tego obowiązku jest niemożliwe, albowiem mieszkańcy, z którymi zawierane są umowy na odbiór i wywóz odpadów komunalnych, nie wystawiają referencji, przy czym nie sposób wskazać innego dokumentu, przy pomocy którego wykonawca mógłby udowodnić, że usługi wykonał bądź nadal wykonuje należycie. Odwołujący podał również, że Zamawiający nie wskazał jednocześnie dokumentów, którymi wykonawca mógłby wykazać powyższą okoliczność.

zarzut 6 (lit. c zarzutów odwołania)

Odwołujący zarzucił również treści załącznika nr 3 do SIWZ niejednoznaczność w zakresie dotyczącym okresu świadczenia usług, który zobowiązany jest udokumentować wykonawca. Z jednej bowiem strony treść dokumentu wskazuje na okres ostatnich 3 lat, podczas gdy zamieszczona w dokumencie tabela dotyczy usług świadczonych w okresie ostatnich 12 miesięcy.

Zdaniem Odwołującego powyższe, niejednoznaczne kryteria, narażają wykonawcę na ryzyko związane z odrzuceniem oferty przez Zamawiającego, jako niespełniającej wymogów SIWZ, w wypadku przyjęcia przez Zamawiającego odmiennego od wykonawcy rozumienia obowiązków określonych w załączniku nr 3 do SIWZ, co z kolei uniemożliwia wykonawcy sporządzenie oferty uwzględniającej wszystkie wymogi Zamawiającego.

zarzut 7 (lit. d zarzutów odwołania)

Odwołujący dodatkowo podniósł, że analiza danych zawartych w przywołanej w zarzutach odwołania tabeli wzbudza uzasadnione obawy, że zamieszczone tam liczby odnoszą się do wszystkich odpadów zebranych z obszaru Gminy Miasta Gdyni. W tej mierze wskazał, że w sektorze III, na obszarze którego znajduje się liczne skupisko przedsiębiorstw

Sygn. akt KIO 2829/12

wytwarzających odpady, pojedynczy mieszkaniec wytwarza ok. 414 kg odpadów rocznie ($12500 \text{ kg} / 30143 \text{ mieszkańców} = 414,69 \text{ kg odpadów}$), podczas gdy w sektorze VII, w którym znajdują się w przeważającej mierze osiedla mieszkaniowe, według danych zawartych w tabeli, pojedynczy mieszkaniec wytwarza ok. 167,92 kg odpadów rocznie ($8541000 \text{ kg} / 50864 \text{ mieszkańców} = 167,92 \text{ kg odpadów}$). Te rażące dysproporcje w ilości wytwarzanych odpadów w ujęciu *per capita* na terenie poszczególnych sektorów, wskazują – według Odwołującego – że Zamawiający w treści SIWZ zamieścił dane nierzetelne, które uniemożliwiają wykonawcy dokonanie kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący podniósł, że najistotniejszym czynnikiem cenotwórczym jest ilość odpadów komunalnych wytwarzanych przez mieszkańców, co przy obecnym sformułowaniu treści SIWZ jest, według niego, niemożliwe do oszacowania.

zarzut 8 (lit. e zarzutów odwołania)

Odwołujący podał, że zgodnie z zapisem § 4 ust. 6 umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), *wykonawca zobowiązuje się do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie niższą, niż 2.000.000 złotych przez cały okres realizacji Umowy*. Jednocześnie przedmiotowy zapis, jak również pozostałe postanowienia SIWZ, nie wskazują, czy wymóg posiadania ubezpieczenia do wskazanej kwoty musi być spełniony przez wykonawcę w odniesieniu do każdego z obsługiwanych rejonów, czy też suma ubezpieczenia jest stała i niezależna od liczby rejonów, na obsługę których organizowany jest niniejszy przetarg.

Zdaniem Odwołującego powyższa sytuacja powoduje, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie jest w stanie dokonać precyzyjnej wyceny oferty, uwzględniając ogół kosztów związanych z koniecznością zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

zarzut 9 (lit. f zarzutów odwołania)

Uznanie dopuszczalności odbierania przez wykonawcę surowców przy użyciu pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów zmieszanych, „przy czym odbierane

odpady nie mogą być zgniatane oraz mieszane, a kontenery pojazdów muszą być czyste (vide: załącznik nr 5 do SIWZ, pkt 3.3.2, ppkt 10). Odwołujący ocenił powyższy wymóg jako obiektywnie niemożliwy do spełnienia, gdyż każdy pojazd do odbierania odpadów zgniata je, a mechanizm ten nie może być wyłączony. Zdaniem Odwołującego pozostawienie przedmiotowego zapisu w obecnym kształcie uniemożliwia wykonawcy ustalenie, czy będzie mógł odbierać surowce przy użyciu posiadanych pojazdów, co z kolei niweczy możliwość dokonania prawidłowej wyceny oferty.

14

Sygn. akt KIO 2829/12

Odwołujący podsumował, że w jego ocenie SIWZ została napisana niezgodnie ze standardami przewidzianymi w ustawie pzp, jak również sprzecznie ze stanowiskiem wyrażanym w wyrokach Zespołu Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Odwołującego warto przytoczyć wyrok Zespołu Arbitrów z 12 kwietnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-1005/06), w którym wyrażnie wskazano, co następuje: „Zamawiający przy tworzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób staranny i niebudzący wątpliwości. Również w sposób niebudzący wątpliwości powinien określić warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty, których będzie żądał od Wykonawców. SIWZ powinna być napisana w sposób przejrzysty, czytelny i niepozostawiający miejsca na dowolne interpretacje i domysły. Porównać także warto wyrok z 20 kwietnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-1076/06), z którego wynika, że: Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W takiej sytuacji wykonawcy nie mogli prawidłowo ustalić ceny poszczególnego operatu szacunkowego dla danej nieruchomości, a zatem nie mogli złożyć prawidłowej oferty. Odwołujący stwierdził, że – jak podkreśla się w literaturze przedmiotu – art. 29 nakłada na zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Opis musi być na tyle oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty porównywalnych ofert.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł na piśmie lub ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

20 grudnia 2012 r. Zamawiający zamieścił informację o wniesieniu odwołania oraz kopię odwołania na swojej stronie internetowej. Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których

15

Sygn. akt KIO 2829/12

mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwoławczy legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami.

W ramach uwzględnienia stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego (art. 191 ust. 2 pzp) – Izba wzięła pod uwagę również wyjaśnienia i zmiany treści s.i.w.z., które miały miejsce po wniesieniu odwołania, w szczególności odpowiedzi na pytania zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dwóch zestawach z 24 grudnia 2012 r., których wydruk złożono na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 1 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia („SOPZ”), stanowiącym załącznik nr 5 do s.i.w.z.:

- 1) *Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na wszystkich nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Miasta Gdyni.*
- 2) *Powierzchnia miasta Gdyni wynosi 13 514 ha. Liczba ludności miasta wynosi ok. 242 000 mieszkańców, z czego ok. 100 000 w budynkach do czterech lokali, a ok. 142 000 w*

16

Sygn. akt KIO 2829/12

budynkach powyżej 4 lokali.

- 3) *Wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowywania odpadów komunalnych wymienionych w tabeli nr 1 SOPZ wytworzonych na nieruchomościach na których zamieszkują mieszkańcy, w tym także takich, które w części wykorzystywane są do prowadzenia działalności gospodarczej.*

W tabeli 1 wymieniono 9 rodzajów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia:

- 1) komunalne odpady zmieszane
- 2) szkło
- 3) papier
- 4) metale
- 5) opakowania wielomateriałowe
- 6) tworzywa sztuczne
- 7) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny
- 8) meble i inne odpady wielkogabarytowe
- 9) zużyte opony

Odnosnie 1. i 4. zarzutu:

– pełne brzmienie ppkt 15 pkt 3.3.1. SOPZ (załącznik nr 5 do s.i.w.z.):

Wykonawca jest zobowiązany do przekazania harmonogramu właścicielom nieruchomości w następujących formach:

- a) *dla zabudowy do czterech lokali mieszkalnych – 1 egzemplarz w formie papierowej dla każdego właściciela,*
- b) *dla zabudowy powyżej czterech lokali mieszkalnych – 1 egzemplarz w formie papierowej dla każdego zarządzającego nieruchomością.*

– w odwołaniu adekwatnie zacytowano brzmienie § 9 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy (załącznik nr 4 do s.i.w.z.)

– brzmienie § 5 ust. 1 wzoru umowy:

Zamawiający zobowiązuje się do współpracy w celu wykonania Umowy, w szczególności:

- 1) *współpracy z Wykonawcą przy akceptacji Harmonogramu odbierania odpadów, o którym mowa w pkt 3.3.1. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia;*
- 2) *udostępniania Wykonawcy aplikacji informatycznej, w której umieszczone są informacje*

o nieruchomościach objętych obowiązkiem odbierania odpadów;
3) przekazywania drogą elektroniczną informacji niezbędnych dla prawidłowego wykonywania Umowy, w szczególności informowania o zmianach w liczbie i lokalizacji nieruchomości objętych obowiązkiem odbierania odpadów.
– brzmienie wyjaśnień treści s.i.w.z. z 24 grudnia 2012 r.:

17

Sygn. akt KIO 2829/12

Pytanie 1

Zgodnie z zapisami pkt 3.2.1 ppkt 15 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik 5 do siwz) Wykonawca jest zobowiązany do przekazania harmonogramu odbioru odpadów z nieruchomości właścicielom.

W związku z tym prosimy o potwierdzenie, że wykonawca będzie miał dostęp do informacji o właścicielach nieruchomości w systemie informatycznym, który zapewnia zamawiający (o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 2 projektu umowy), co pozwoli na zidentyfikowanie właścicieli nieruchomości.

Jednocześnie prosimy o wyjaśnienie czy wystarczającym będzie przekazanie harmonogramu właścicielom przez wrzucenie go do skrzynki pocztowej w budynku na danej nieruchomości?

Odpowiedź 1

Zamawiający potwierdza, że system informatyczny, do którego dostęp będzie miał wykonawca będzie zawierał informacje o właścicielach nieruchomości.

Zamawiający uznaje, że wystarczającym dla obowiązku doręczenia harmonogramu będzie włożenie go do skrzynek pocztowych każdego lokalu, a w przypadku bloków – dodatkowo umieszczenie harmonogramu na tablicy ogłoszeń (za zgodą zarządzającego nieruchomością).

Pytanie 16

W § 9 ust. 2 pkt 5) projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) Zamawiający zastrzegł możliwość zobowiązania wykonawcy do zapłaty kary umownej za niedostarczenie właścicielom nieruchomości harmonogramu. W jaki sposób i jakim konkretnie podmiotom wykonawca ma dostarczyć harmonogram skoro Zamawiający nie wskazuje imion i nazwisk oraz adresów zamieszkania właścicieli nieruchomości?

Odpowiedź 16

System informatyczny, do którego dostęp będzie miał wykonawca będzie zawierał informacje o właścicielach nieruchomości. Zamawiający uzna, że wystarczającym dla obowiązku doręczenia harmonogramu będzie włożenie go do skrzynek pocztowych każdego lokalu, a w przypadku bloków – dodatkowo umieszczenie harmonogramu na tablicy ogłoszeń (za zgodą zarządzającego nieruchomością).

Odnosnie 2. zarzutu:

– brzmienie § 6 Wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku wzoru umowy:

1. Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia na obszarze sektora/sektorów objętych przedmiotem zamówienia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło

18

Sygn. akt KIO 2829/12

wyliczanych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012r. poz. 645).

2. Wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku wskazanych w ust. 1 frakcji odpadów wynoszą:

1) w roku 2013 – co najmniej 12%,

2) w roku 2014 – co najmniej 14%,

3) w roku 2015 – co najmniej 16%.

3. Osiągnięcie wskazanych w ust. 2 poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku wskazanych w ust. 1 frakcji odpadów wymagane jest w każdym kwartale

danego roku.

4. Dla potrzeb Umowy przyjmuje się, że:

1) wartość współczynnika L_m rozumianego jako liczba mieszkańców sektora wynosi (wpisać odpowiednio dla danego sektora z tabeli 2 Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia)

2) wartość współczynnika U_m _{prts} wynosi 0,486. [Współczynnik ten został sprostowany na 0,468 w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 24 grudnia 2012 r. w odpowiedzi 11. na pytanie 11. wykonawcy]

5. Ustalenie, czy Wykonawca osiągnął wymagane poziomy recyklingu nastąpi na podstawie sprawozdania, o którym mowa w § 7 ust. 6 Umowy.

– brzmienie § 9 ust. 1 pkt 1-3 wzoru umowy, które jest reprezentatywne dla kar umownych dotyczących innych sektorów, ujętych w dalszych pkt 4 - 21:

1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w przypadku nieosiągnięcia wymaganych zgodnie z § 6 Umowy poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku w danym kwartale na poniższych zasadach:

1) w roku 2013 w sektorze I w przypadku osiągnięcia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku w wysokości:

a) do 3,00% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 50 000 zł;

b) od 3,01% do 6,00% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 37 500 zł;

c) od 6,01% do 9,00% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 25 000 zł;

d) od 9,01% do 11,99% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 12 500 zł;

2) w roku 2014 w sektorze I w przypadku osiągnięcia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku w wysokości:

a) do 3,50% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 50 000 zł;

b) od 3,51% do 7,00% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 37 500 zł;

c) od 7,01% do 10,50% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 25 000 zł;

19

Sygn. akt KIO 2829/12

d) do 10,51% do 13,99% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 12 500 zł;

3) w roku 2015 w sektorze I w przypadku osiągnięcia poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku w wysokości:

a) do 4,00% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 50 000 zł;

b) od 4,01% do 8,00% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 37 500 zł;

c) od 8,01% do 12,00% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 25 000 zł;

d) do 12,01% do 15,99% w danym kwartale – wykonawca zapłaci karę w wysokości 12 500 zł;

Odnośnie 3. zarzutu:

– brzmienie pkt 3.1 ppkt 1 lit. e ust. 2 pkt 5 OPZ:

Wykonawca obowiązany jest w dniu podpisania umowy do spełnienia następujących wymagań:

e) posiadania umowy z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu Eko Dolina na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych,

– brzmienie § 3 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy:

Wykonawca oświadcza, że posiada niezbędne uprawnienia oraz potencjał techniczny i osobowy, w celu wykonania Przedmiotu Umowy w szczególności:

4) zawarł umowę z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych dla regionu Eko Dolina na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Odnośnie 5. i 6. zarzutu:

– brzmienie pkt 6.2.2 zamieszczonego w pkt 6.2 Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków:

Posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj.: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał lub wykonuje, usługi odbierania odpadów

komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy o masie łącznej odebranych odpadów komunalnych w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy co najmniej:

6.2.2.1 4.000 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora I,

6.2.2.2 7.000 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora II,

20

Sygn. akt KIO 2829/12

6.2.2.3 11.000 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora III,

6.2.2.4 6.000 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora IV,

6.2.2.5 4.000 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora V,

6.2.2.6 7.000 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora VI,

6.2.2.7 7.000 Mg – w przypadku ubiegania się o obsługę sektora VII,

W przypadku wykonawcy składającego ofertę na więcej niż jedną część zamówienia (sektor), spełnieniem postawionego warunku będzie wykazanie się doświadczeniem na sumę mas odebranych odpadów w częściach (sektorach), na które Wykonawca składa ofertę.

W przypadku, gdy wykonawca złoży ofertę na więcej niż jedną część, z której wynika mniejsza ilość odebranych odpadów niż suma wymaganych ilości dla tych części,

Zamawiający po zastosowaniu instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów

na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz w przypadku gdy z treści złożonych przez wykonawcę

dokumentów nie wynika inaczej, uzna warunek za spełniony w kolejnych częściach

zamówienia poczynając od oznaczonej najniższym numerem (do całkowitej ilości wykazanej przez wykonawcę)

– brzmienie pkt 6.3.4 zamieszczonego w pkt 6.3 Oświadczenia i dokumenty, jakie mają

dostarczyć Wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

a także wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków,

o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp:

wykaz usług wykonanych lub w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, z podaniem ich

wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu

potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie; wzór

wykazu stanowi załącznik nr 3 do SIWZ;

Zamawiający uzna za dokument potwierdzający należyte wykonanie usług m.in. dokumenty

potwierdzające odbiór odpadów komunalnych, np. sprawozdanie M-09 o wywozie

i unieszkodliwianiu odpadów, sprawozdanie G-06 potwierdzające obrót surowcami wtórnymi.

(...)

– brzmienie Wzoru wykazu usług (załącznik nr 3 do s.i.w.z.):

Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i

zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Miasta Gdyni z

nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”, oświadczam, że w okresie ostatnich 3

lat (jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie) wykonaliśmy/

wykonujemy następujące usługi:

Lp. Rodzaj wykonanej usługi Data wykonania Masa odpadów Nazwa i adres Nazwa i adres (od miesiąc/rok komunalnych od odbiorcy usługi 5 wykonawcy lub

21

Sygn. akt KIO 2829/12

do miesiąc/rok) mieszkańców podmiotu nieruchomości, w udostępniającego
okresie 12 potencjał 6 miesięcy,

Do wykazu dołączam dokumenty poświadczające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

(...)

5 W przypadku zabudowy jednorodzinnej wpisać ilość obsługiwanych nieruchomości (umów na odbiór odpadów komunalnych) wraz z podaniem nazw gmin, w której usługi są realizowane

(...)

– brzmienie wyjaśnień treści s.i.w.z. z 24 grudnia 2012 r.:

Pytanie 2

W pkt 6.2.2. siwz zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia. Prosimy o potwierdzenie, że wykonawca ma wykazać się doświadczeniem polegającym na wykonaniu usług odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

Odpowiedź 2

Zamawiający potwierdza, że wymagane jest doświadczenie w wykonywaniu usług odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zaś skala doświadczenia została określona jako masa odpadów (wskazana dla każdego sektora), osiągnięta w ciągu następujących po sobie miesięcy, zaś okres z jakiego można wykazać doświadczenie to 3 lata przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to ten okres.

Pytanie 6

Zamawiający nałożył na wykonawcę w Załączniku nr 3 do SIWZ (Wzór wykazu usług) obowiązek dołączenia do wykazu również dokumentów poświadczających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie w przypadku zabudowy jednorodzinnej.

Pytanie 6a

W jaki sposób wykonawca ma wykazać, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie w przypadku zabudowy jednorodzinnej, skoro jest to obowiązek fizycznie nie do wykonania z uwagi na fakt, iż na terenie Gminy Miasta Gdyni znajduje się kilkaset nieruchomości o zabudowie jednorodzinnej obsługiwanej przez wykonawcę i fizycznie odebranie od każdego indywidualnego właściciela danej nieruchomości dokumentu poświadczającego, że usługi zostały lub są wykonywane należycie oraz załączenie kilku tysięcy dokumentów do oferty jest niewykonalne?

22

Sygn. akt KIO 2829/12

Odpowiedź 6a

Zamawiający w załączniku nr 3 wskazał, że w odniesieniu do zabudowy jednorodzinnej wpisać należy ilość obsługiwanych nieruchomości (umów na odbiór odpadów komunalnych) wraz z podaniem nazw gmin, w której usługi są realizowane. Zamawiający ma świadomość, że mieszkańcy domków jednorodzinnych zwykle nie wystawiają dokumentów poświadczających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, choć jednocześnie nic nie stoi na przeszkodzie, aby taki dokument wystawili, tak jak każdy inny odbiorca usług.

Zamawiający dokona weryfikacji należytości świadczonych usług na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów. Zwracamy uwagę, że dopuszczono m.in. dokumenty potwierdzające odbiór odpadów komunalnych, np. sprawozdanie M-09 o wywozie i unieszkodliwianiu odpadów, sprawozdanie G-06 potwierdzające obrót surowcami wtórnymi.

Pytanie 6b

Jaki dokument Zamawiający uzna za poświadczający, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie w przypadku zabudowy jednorodzinnej?

Odpowiedź 6b: Zgodnie z zapisami siwz pkt 6.3.4. na podstawie „wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotów, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie; wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ; Zamawiający uzna za dokument potwierdzający należyte wykonanie usług m.in. dokumenty potwierdzające odbiór odpadów komunalnych, np. sprawozdanie M-09 o wywozie i unieszkodliwianiu odpadów, sprawozdanie G-06 potwierdzające obrót surowcami wtórnymi.

Pytanie 6c

Czy wykonawca musi uzyskać od każdego właściciela nieruchomości jednorodzinnej dokument poświadczający, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie i go załączyć do oferty?

Odpowiedź 6c

Zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) oraz zgodnie z powyżej przywołanymi zapisami siwz (odp. 6b) Zamawiający przyjmie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług.

Odnosnie 7. zarzutu:

– na stronie drugiej SOPZ (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) znajduje się Tabela 2 SOPZ. Odpady

23

Sygn. akt KIO 2829/12

zmieszane, źródło RIPOK, przed którą bezpośrednio zamieszczono następujące zdanie: W roku 2012 z obszaru miasta Gdyni, odebrano ilości odpadów określone w tabelach 2, 3 i 4.; na górze tej strony znajduje się następujący nagłówek wspólny dla wszystkich stron s.i.w.z. wraz z załącznikami: Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy

– brzmienie wyjaśnień treści s.i.w.z. z 24 grudnia 2012 r.:

Pytanie 3

Czy dane umieszczone w tabelach 2, 3 i 4 OPZ odnoszą się do odpadów zebranych od mieszkańców, czy też obejmują odpady zbierane z takich nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy?

Odpowiedź 3

Dane przedstawione w tabelach zostały przygotowane przez Zamawiającego w oparciu o dane Regionalnej Instalacji do Przetworzenia Odpadów komunalnych Eko Dolina Sp. z o.o. oraz sprawozdań przekazanych przez przedsiębiorców odbierających odpady komunalne na terenie miasta Gdyni na podstawie art. 9a ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w brzmieniu sprzed nowelizacji, tj.: „Prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych jest obowiązany do sporządzania i przekazywania wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta informacji dotyczącej:

1) masy poszczególnych rodzajów odebranych odpadów komunalnych lub ilości i rodzaju nieczystości ciekłych z obszaru danej gminy w terminie do końca pierwszego kwartału za poprzedni rok kalendarzowy;

2) sposobów zagospodarowania poszczególnych rodzajów odebranych odpadów komunalnych;

3) masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji składowanych na składowisku odpadów;

4) masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji nieskladowanych na składowiskach odpadów i sposób lub sposoby ich zagospodarowania.”

Reasumując, dane zawarte w tabelach 2, 3 i 4 obejmują odpady odebrane z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, jak i nieruchomości na których powstają odpady komunalne, a nie zamieszkują mieszkańcy.

Odnosnie 8. zarzutu:

– w odwołaniu adekwatnie zacytowano brzmienie § 4 ust. 26 wzoru umowy

– brzmienie wyjaśnień treści s.i.w.z. z 24 grudnia 2012 r.:

24

Sygn. akt KIO 2829/12

Pytanie 4

Zgodnie z § 4 ust. 6 projektu umowy zamawiający wymaga od wykonawcy posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie niższą niż 2 mln zł, Proszę o wyjaśnienie, czy kwota ta odnosi się do umowy zawieranej na jeden sektor? Czy w przypadku zawarcia umowy na kilka sektorów z jednym wykonawcą, wykonawca będzie zobowiązany do posiadania ubezpieczenia w wysokości 2 mln złotych czy też równej iloczynowi liczby części i kwoty 2 mln złotych?

Odpowiedź 4

Zgodnie z wymogami Zamawiającego wykonawca powinien posiadać ubezpieczenie

od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie niższą niż 2 mln złotych przez cały okres obowiązywania umowy. W przypadku, gdy umowa zostanie zawarta na więcej niż 1 sektor Zamawiający nie stawia wymogu posiadania wyższego ubezpieczenia.

Pytanie 7

W § 1 ust. 1 projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) Zamawiający pozostawił wy kropkowane miejsce na określenie numeru sektora.

Czy Zamawiający będzie podpisywał z jednym wykonawcą jedną umowę na kilka sektorów, czy też kilka umów odrębnie dla każdego sektora?

Odpowiedź 7

Zamawiający będzie podpisywał z jednym wykonawcą jedną umowę na kilka sektorów, czy też kilka umów odrębnie dla każdego sektora?

Pytanie 9

W § 4 ust. 6 projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) Zamawiający zobowiązał wykonawcę do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie niższą niż 2.000.000 zł przez cały okres realizacji umowy.

Czy wykonawca musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie niższą niż 2.000.000 zł odrębnie na każdy sektor, czy też łącznie na wszystkie sektory?

Odpowiedź 9

Zgodnie z wymogami Zamawiającego wykonawca powinien posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie niższą niż 2 mln złotych przez cały okres obowiązywania umowy. W przypadku, gdy umowa zostanie zawarta na więcej niż 1 sektor Zamawiający nie stawia wymogu posiadania wyższego ubezpieczenia.

25

Sygn. akt KIO 2829/12

Odnosnie 9. zarzutu:

– brzmienie ppkt od 6 do 10 pkt 3.3.2 Wymagania co do sposobu odbierania odpadów SOPZ:

6) Ponadto Zamawiający wymaga, aby przez cały okres realizacji umowy Wykonawca dysponował pojazdami wskazanymi w Tabeli 7 SOPZ – odpowiednio dla sektora, w których realizuje zamówienie.

7) Pojazdy powinny być w pełni sprawne, posiadać aktualne badania techniczne, być dopuszczone do ruchu oraz oznakowane widoczną nazwą przedsiębiorcy i numerem jego telefonu.

8) W razie awarii pojazdu Wykonawca zobowiązany jest zapewnić pojazd zastępczy o zbliżonych parametrach.

9) Zamawiający dopuszcza, aby odbieranie surowców następowało przy użyciu pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów zmieszanych, przy czym odbierane odpady nie mogą być zgniatane oraz mieszane, a kontenery pojazdów muszą być czyste.

10) Pojazdy do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych powinny spełniać wymagania Dyrektywy 98/69/EC – norma Euro 3

– pod tymi postanowieniami w pkt 3.3.2 znajduje się Tabela 7 SOPZ: Wymagane ilości i rodzaje pojazdów w podziale na sektory (części):

Nr Ilość i rodzaj pojazdów sektora zmieszane surowce wielkie gabaryty

I co najmniej 2 pojazdy bezpylnych z co najmniej 2 pojazdy przystosowane co najmniej 1 pojazd typu grzebieniowym i widłowym do odbierania selektywnie zebranych hakowic

mechanizmem załadowniczym, z funkcją odpadów komunalnych kom pakującą 3x

(...)

– brzmienie wyjaśnień treści s.i.w.z. z 24 grudnia 2012 r.:

Pytanie 21

W punkcie 3.3.2. ppkt 9) na stronie 11 Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający dopuszcza odbieranie surowców przy użyciu pojazdów do odpadów zmieszanych, ale jednocześnie zakazuje zgniatania surowców.

W jaki sposób wykonawca ma odbierać odpady i ich nie zgniatać, skoro odpady odbiera się

śmieciarkami, a każda śmieciarka ma mechanizm zgniatający odpady i tego mechanizmu nie można wyłączyć?

Odpowiedź 21

W pkt 3.3.2. ppkt 9 zał. Nr 5 do SIWZ Zamawiający zapisał, iż dopuszcza odbieranie przez wykonawcę odpadów surowcowych przy użyciu pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów zmieszanych, przy czym odbierane odpady nie mogą być zgniatane oraz zmieszane, a kontenery pojazdów muszą być czyste jest niezrozumiały, gdyż użyte

26

Sygn. akt KIO 2829/12

sformułowanie, że Zamawiający dopuszcza odbieranie odpadów surowcowych przy użyciu pojazdów do odbierania pojazdów zmieszanych, oznacza, że jak najbardziej możliwe jest, aby odbieranie następowało zarówno przy użyciu pojazdów przystosowanych wyłącznie do odbierania odpadów surowcowych bez funkcji kompaktyzującej (wymaganej w projekcie z dnia 2 maja 2012r. Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości), jak i przez pojazdy przystosowane do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych, ale bez zgniatania odebranych odpadów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. zarzuty od 4. do 9.

W odwołaniu wyszczególniono 6 zarzutów, które miały wskazywać na to, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 pzp przez sformułowanie postanowień s.i.w.z. objętych tymi zarzutami w sposób niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawcę, uniemożliwiając Odwołującemu dokonanie prawidłowej wyceny oferty. W ocenie Izby żaden z tych zarzutów nie okazał się zasadny, a część z nich jest wręcz oczywiście niezasadna, tzn. zostały one podniesione tak, jakby Odwołujący usilnie starał się nie przeczytać ze zrozumieniem treści s.i.w.z.

W szczególności nieporozumieniem są zarzuty na tle określonego w s.i.w.z. sposobu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. *Nota bene* są to zarzuty, które w żaden sposób nie dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, a zatem nie mogłyby prowadzić do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 pzp. Tym niemniej, jak to wynika z powyżej zamieszczonych ustaleń, nie ma żadnej wewnętrznej sprzeczności treści s.i.w.z. pomiędzy pkt 6.2.2 – opisującym sposób dokonania oceny warunku, pkt 6.3.4 – wskazującym dokumenty jakie należy złożyć na potwierdzenie jego spełniania oraz załącznikiem nr 3 do s.i.w.z. – zawierającym wzór wykazu usług. Z kolei ten załącznik nie zawiera również żadnej wewnętrznej sprzeczności. Odwołujący oparł swój zarzut na własnym zaniechaniu zapoznania się z postanowieniem s.i.w.z., z którego wprost wynika, że w ramach standardowego 3-letniego okresu należy wykazać się wyspecyfikowanymi usługami odbierania odpadów komunalnych, których łączna masa w ciągu następujących po sobie 12

27

Sygn. akt KIO 2829/12

miesiący osiągnęła co najmniej wielkość podaną w s.i.w.z. Wyłącznie zdziwienie może budzić usiłowanie rekonstruowania treści warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie wzoru wykazu usług, który ma charakter pomocniczy. Co więcej, wzór ten został przygotowany prawidłowo i w pełni odpowiada sprecyzowanemu warunkowi. Wynika z niego, że chodzi o usługi wykonane lub wykonywane w okresie ostatnich trzech lat, jak i on przewiduje w 4. kolumnie miejsce na podanie masy odpadów odebranych w okresie 12 miesięcy od mieszkańców nieruchomości. Z kolei zarzut rzekomego nałożenia przez Zamawiającego niewykonalnego obowiązku potwierdzenia należytego wykonywania usług na rzecz mieszkańców domów jednorodzinnych – okazał się być oparty na zaniechaniu

doczytania treści pkt 6.3.4 zamieszczonej na kolejnej stronie s.i.w.z. Widnieje tam informacja, że za dokument potwierdzający należyte wykonanie usług będą uznane również wskazane konkretnie, acz przykładowo zbiorcze sprawozdania potwierdzające odbiór odpadów komunalnych. Udzielone 24 grudnia 2012 r. odpowiedzi na pytania 6, 6a i 6b niczego w tym zakresie nie zmieniły, powtórzono w nich to, co można było od początku w treści s.i.w.z. Dodatkowo należy zauważyć, że również w tym zakresie wzór wykazu jest precyzyjny, gdyż nie przewiduje wyszczególnienia odrębnie usług świadczonych na rzecz właścicieli takich nieruchomości, lecz zbiorcze podanie liczby obsługiwanych nieruchomości rozumianej jako liczba umów na odbiór odpadów, wraz z podaniem nazwy gminy.

Zupełnie niezasadny jest również zarzut rzekomego naruszenia art. 29 ust. 1 pzp przez dopuszczenie możliwości odbierania surowców przy użyciu pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów zmieszanych, pod warunkiem, że nie będą one zgniatane. Jeżeli Odwołujący dysponuje wyłącznie pojazdami tego typu, w których mechanizm zgniatania nie może jednak zostać wyłączony, to bez trudu mógł ustalić, że nie będzie mógł ich użyć do odbioru odpadów segregowanych. Z kolei żądanie zmierzające do zlikwidowania dopuszczonej przez Zamawiającego możliwości zmierza w sposób nieuzasadniony do ograniczenia konkurencji ze strony wykonawców posiadających pojazdy, w których mechanizm kompaktowania odpadów można wyłączyć. Odwołujący nie był w stanie podważyć twierdzenia Zamawiającego o ustaleniu potrzeby dopuszczenia takich pojazdów w drodze konsultacji, które przeprowadzono przed wszczęciem postępowania. Wreszcie należy zauważyć, że od początku w s.i.w.z. przewidziano jako zasadę odbieranie odpadów przez odrębne trzy typy pojazdów odpowiednio do trzech rodzajów odpadów (zmieszane, surowce i wielkie gabaryty), co wynika wprost z tabeli 7. SPOZ, w której podano również liczbę pojazdów danego typu wymaganą dla poszczególnych rejonów. Udzielona 24 grudnia 2012 r. odpowiedź na pytanie 21, pomimo oczywistego lapsusu językowego (nie wiadomo do czego się odnosi stwierdzenie *jest niezrozumiały* zamieszczone w środku

Sygn. akt KIO 2829/12

niezwykle długiego zdania), potwierdza stan istniejący na mocy treści udostępnionej wcześniej s.i.w.z.

W ocenie Izby na to, że tabela na stronie drugiej załącznika nr 5 do s.i.w.z., jak i dalsze dwie tabele dotyczą ilości odebranych w 2012 r. z obszaru miasta Gdyni wszystkich odpadów (odpowiednio: zmieszanych, innych i wielkogabarytowych), a nie tylko odpadów z nieruchomości zamieszkałych przez mieszkańców, wprost wskazuje wspólny dla nich opis, a także podanie jako źródła danych regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK). Jeżeli Odwołujący miał w tym zakresie wątpliwości, to mógł je zgłosić. Z uzasadnienia odwołania wynika jednak, że Odwołujący był w stanie samodzielnie to ustalić na podstawie wyliczeń i posiadanej wiedzy o specyfice poszczególnych rejonów (np. o tym, że na terenie rejonu III znajduje się skupisko przedsiębiorstw wytwarzających odpady). Zamawiający 24 grudnia 2012 r. w odpowiedzi na pytanie 3 potwierdził ten fakt, a także szczegółowo wyjaśnił w jaki sposób ustalił te wielkości. Izba zważyła, że choć przedmiotem zarzutu z lit. d odwołania jest wyłącznie brak sprecyzowania czego dotyczą wielkości podane w tabeli, a w jego uzasadnieniu pojawia się zarzut nierzetelności danych obejmujących wszystkie odpady, to żądanie dokonania zmiany danych w tabeli – w celu ujęcia w niej wyłącznie ilości odpadów odebranych z nieruchomości stanowiących przedmiot zamówienia, miało jedynie charakter alternatywny w stosunku do żądania wyjaśnienia, czego dotyczą dane zawarte w tabeli. Odwołujący nie podważał również na rozprawie twierdzeń Zamawiającego, że z uwagi na obiektywny brak dostępności bardziej szczegółowych danych, niż te które uzyskał od właściwej miejscowo regionalnej instalacji, nie jest w stanie podać ilości odpadów odebranych wyłącznie z nieruchomości zamieszkałych przez mieszkańców. Nie sposób zatem nakazać Zamawiającemu podanie informacji, których nie obiektywnie posiada.

Zdaniem Izby na podstawie analizy treści s.i.w.z. udostępnionej przez Zamawiającego s.i.w.z. można było również ustalić, że nie wymaga on zawarcia odrębnych umów na poszczególne rejon, a zatem podana w § 4 ust. 5 wzoru umowy suma ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej jest niezależna od liczby rejonów, które będzie obsługiwał wykonawca. W szczególności

w pkt 14 s.i.w.z. opisano formalności, jakie należy dopełnić przed podpisaniem umowy, nie wyszczególniając konieczności podpisania odrębnych dla poszczególnych rejonów umów. W tej sytuacji przygotowany jednolity wzór przewidujący puste pola na wpisanie rejonu lub rejonów, należało odczytywać jako przygotowany na minimalny możliwy zakres umowy, to jest jeden rejon, co nie stoi na przeszkodzie wpisaniu w miejsca wykropkowane tylu rejonów, ile obejmie umowa zawarta z danym wykonawcą. Dodatkowo Zamawiający

29

Sygn. akt KIO 2829/12

potwierdził takie rozumienie § 4 ust. 5 wzoru umowy w udzielonych 24 grudnia 2012 r. odpowiedziach na pytania: 4., 7. i 9.

W odwołaniu jako pierwszy zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 pzp wymieniono brak podania w s.i.w.z. danych dotyczących liczby właścicieli nieruchomości zamieszkujących na terenie Gdyni. W odwołaniu nie zgłoszono jednak żądania podania takiej liczby, a na rozprawie Odwołujący oświadczył, że satysfakcjonuje go dopuszczenie przez Zamawiającego postulowanego w związku z 3. zarzutem odwołania sposobu doręczenia właścicielom nieruchomości harmonogramu. W istocie zatem zarzuty te stanowią jeden zarzut związany z tym obowiązkiem zastrzeżonym pod rygorem zapłaty kary umownej. Na marginesie należy zauważyć, że samodzielnie traktowany zarzut zaniechania wskazania w s.i.w.z. liczby właścicieli nieruchomości należałoby uznać za niezasadny. Obowiązek przekazania harmonogramu od początku był powiązany z miejscem położenia nieruchomości, a jego skalę obrazują wykazy nieruchomości w poszczególnych sektorach (załączniki od 5.I do 5.VII), w których podano nazwę dzielnicy, ulicę i nr domu. Nie można więc twierdzić, że podanie *rzeczywistej liczby właścicieli nieruchomości* stanowiło informację uniemożliwiającą czy nawet utrudniającą wycenę oferty w zakresie obowiązku doręczenia, *de facto* według liczby nieruchomości, a nie liczby ich właścicieli.

II. zarzuty od 1. do 3.

W związku z wymaganiem przekazywania przez wykonawcę zamówienia zmieszanych odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych Eko-Dolina sp. z o.o. z siedzibą w Łęczycach, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 (można się tylko domyślać, że chodzi o ust. 1) ustawy pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, co stanowi uszczegółowieniem ogólnej zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 pzp w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego konkurują między sobą wykonawcy, a obowiązkiem zamawiającego jest umożliwienie im tego na takich samych zasadach. Z tego względu narzucenie przez Zamawiającego obowiązku zawarcia umowy ze wspomnianą regionalną instalacją przez każdego wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, nie narusza art. 29 ust. 1 ani art. 7 ust. 1 pzp. Wydaje się, że Odwołujący zdawał sobie z tego sprawę, gdyż w uzasadnieniu odwołania postawiono dodatkowy zarzut nadużycia przez Zamawiającego – udziałowca wspomnianej spółki – pozycji dominującej na rynku właściwym w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Oczywiście

30

Sygn. akt KIO 2829/12

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest właściwa do rozpatrywania tego typu zarzutu, który nie ma żadnego związku z oceną prawidłowości czynności zamawiającego przez pryzmat przepisów ustawy pzp. Odwołujący zdaje się jednak zapominać, że zapewnienie budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów, jest wymienionym w lit. a pkt 2. ust. 2. art. 3. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku sposobem wykonania przez gminę obowiązku tworzenia warunków do ich utrzymania. Ponadto uzasadnienie odwołania ujawnia rozdzźwięk pomiędzy zacytowanym postanowieniem pkt 3.1 ust. 1. lit e SOPZ, w którym wyraźnie mowa jest o obowiązku posiadania zawartej umowy na przyjmowanie odebranych zmieszanych

odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych (analogicznego zakresu odpadów dotyczy pkt 5. ust. 1. § 3 wzoru umowy), a dalszymi wywodami odwołującymi się do przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku. Odwołujący powołuje się na art. 9e ust. 1 tej ustawy, zupełnie nieadekwatnie opisując treść pkt 1. – odnoszącego się do selektywnie zebranych odpadów komunalnych, podczas gdy pkt 2. wprost wskazuje, że podmiot odbierający od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych – ma je przekazywać właśnie do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Skoro Odwołujący ma świadomość, że Regionalna Instalacja do Przetwarzania Odpadów Komunalnych Eko Dolina jest właściwa między innymi dla Gdyni, to nie wiadomo na jakiej podstawie domaga się pozostawienia mu – wbrew ustawie, na którą sam się powołuje – swobody w wyborze podmiotu, któremu będzie przekazywał do zagospodarowania wymienione powyżej rodzaje odpadów z terenu tego miasta. Tymczasem na mocy art. 9 ust. 6 i 7 tej ustawy zakazane jest zbieranie oraz przetwarzanie tych trzech rodzajów odpadów poza regionem gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone, jak również przywozu na ten teren takich odpadów wytworzonych na terenie innego regionu. Jednocześnie w art. 15 uregulowano, że, po pierwsze – wraz z uchwaleniem wojewódzkiego planu gospodarki odpadami sejmik województwa podejmuje uchwałę w sprawie jego wykonania (ust. 1), po drugie – uchwała taka określa między innymi regiony gospodarki odpadami komunalnymi oraz regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi, po trzecie – uchwała ta stanowi akt prawa miejscowego. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego, że wymieniona w pkt 4 SOPZ wśród przepisów powszechnie obowiązujących mających wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia uchwała Nr 416/XX/12 Sejmiku Województwa Pomorskiego z dnia 25 czerwca 2012 r. w sprawie wykonania *Planu Gospodarki Odpadami Województwa Pomorskiego 2018* – wskazuje

Sygn. akt KIO 2829/12

RIPOK Eko Dolina jako regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych właściwą dla regionu, w którym znajduje się Gdynia. Natomiast wbrew sugestii Odwołującego s.i.w.z. nie zabrania, ani ogranicza przekazywania selektywnie zebranych odpadów do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. Wręcz przeciwnie zgodnie z pkt 3.4 ppkt 1 lit b SOPZ odpady te mają być zagospodarowane w ten sposób, co odpowiada dyspozycji art. 9e ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku.

Pomimo diametralnie odmiennego zapatrywania wyrażonego w odwołaniu, nieuwzględnienie w s.i.w.z. wszystkich możliwych uwarunkowań wykonania obowiązku przekazania właścicielom nieruchomości harmonogramu odbierania odpadów, może stanowić wyłącznie zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 pzp, a zatem brak podstaw do odwoływania się przez art. 14 lub art. 139 ust. 1 pzp do wskazanej w odwołaniu kaskady przepisów kodeksu cywilnego, z których część (art. 5, art. 353 ¹) ma charakter klauzul generalnych. Z kolei nawet jeżeli odwołujący przedstawił argumenty wskazujące na utrudnienie wykonania narzuconego w ppkt 15. pkt 3.3.1 SOPZ obowiązku (który na mocy § 4 ust. 2 jest również obowiązkiem umownym), to nie sposób rozpatrywać tego w kategoriach świadczenia niemożliwego w rozumieniu art. 387 § 1 kc. Odwołujący oświadczył na rozprawie, że satysfakcjonuje go udzielona przez Zamawiającego 24 grudnia 2012 r. odpowiedź na pytanie 16. Izba zważyła, że w wyjaśnieniach tych Zamawiający potwierdził dostęp do systemu informatycznego zawierającego dane właścicieli nieruchomości, co pośrednio wynikało już z przytoczonego w ustaleniach § 5 ust. 1 wzoru umowy. Jednakże pojawił się również zupełnie nowy element – Zamawiający zgodził się na postulowany w żądaniach odwołania sposób doręczenia harmonogramu przez włożenie do oddawczych skrzynek pocztowych znajdujących się w budynkach, a w przypadku bloków – dodatkowo umieszczenie harmonogramu na tablicy ogłoszeń. Analogicznej odpowiedzi udzielił Zamawiający również na pytanie 1. Izba zważyła, że choć Odwołujący skarżył się na narzucenie na wykonawcę niewykonalnego obowiązku pod rygorem zapłaty kary umownej, to w odwołaniu nie zażądał zniesienia kary umownej wynikającej z pkt 5. ust. 2. §

9 wzoru umowy. Nie wiadomo zatem w jakim celu odwołanie zawiera wyliczenie dat wydania i sygnatur 10 orzeczeń Sądu Najwyższego zbiorczo podpisanych pod ogólnikową tezę, w istocie bez wykazania jej adekwatności w kontekście kwestionowanego obowiązku przekazania harmonogramu. Odwołujący nie wykazał również, że niewykonanie tego obowiązku nie może powodować szkody po stronie Zamawiającego. Gmina Miasta Gdynia odpowiada z mocy ustawy za utrzymanie czystości i porządku na swoim terenie, pod

32

Sygn. akt KIO 2829/12

rygorem konieczności płacenia kar pieniężnych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu i odzysku. Nieudostępnienie harmonogramu odbioru odpadów ich wytwórcom wprost zagraża osiągnięciu tego celu, grożąc zmieszaniem odpadów na terenie nieruchomości. Wreszcie, wbrew twierdzeniom odwołania, istotą kary umownej z art. 483 § 1 kc jest między innymi to, że nie wymaga ona wykazania poniesienia przez wierzyciela szkody i ma również charakter dyscyplinujący dłużnika zobowiązanego do świadczenia niepieniężnego. Tym niemniej sam zarzut określenia obowiązku przekazania harmonogramu w sposób niedostatecznie precyzyjny, biorąc pod uwagę, że za niedostarczenie harmonogramu właścicielom nieruchomości grozi wykonawcy konkretna kara umowna (§ 9 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy), Izba uznała, jako jedyny w sprawie, za uzasadniony. Skala tego obowiązku czyniła uzasadnionym żądanie wprowadzenia domniemania uznania go za spełniony nie tylko w razie rzeczywistego doręczenia harmonogramu właścicielom nieruchomości. Jednakże to naruszenie art. 29 ust. 1 pzp nie może być uznane za mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania z uwagi na stan rzeczy istniejący w chwili wyrokowania przez Izbę. Zamawiający po wniesieniu odwołania w wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 24 grudnia 2012 r. (odpowiedzi na pytania: 1 i 16) – *de facto* zmienił treść s.i.w.z. wprowadzając fikcję doręczenia w razie włożenia harmonogramu do skrzynki pocztowej każdego lokalu oraz dodatkowo – w przypadku bloków – na tablicy ogłoszeń.

Najwięcej miejsca w odwołaniu i na rozprawie Odwołujący poświęcił uzasadnieniu zarzutu bezprawnego nałożenia na wykonawcę umowy obowiązku osiągnięcia określonych poziomów recyklingu, pod rygorem zapłaty kary umownej oraz poniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej do pełnej wysokości poniesionej przez Zamawiającego szkody. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego o sprzeczności takich postanowień wzoru umowy z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, w szczególności z art. 9g w zw. z art. 6f ust. 1. W ocenie Izby ustawa ta w ogóle nie reguluje kwestii możliwości tzw. przeniesienia obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu na inne podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Na mocy art. 3a i 3 ustawy nałożono na gminy obowiązek osiągnięcia do końca 2020 r. dla frakcji odpadów komunalnych: papier, metale, tworzywa sztuczne i szkła (wyłącznie tych odpadów dotyczy również zobowiązanie wykonawcy i kary umowne nałożone na niego na mocy wzoru umowy) – poziomu recyklingu odpadów w wysokości co najmniej 50% wagowo. Z kolei w wydanym na podstawie ust. 2 tego art. rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 645) – określono poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, które

33

Sygn. akt KIO 2829/12

gmina jest obowiązana osiągnąć w poszczególnych latach w celu osiągnięcia docelowego poziomu. Jeżeli jednak odbiorem odpadów zajmuje się podmiot, który nie działa na podstawie umowy zawartej z gminą w wyniku przetargu lub udzielenia zamówienia z wolnej ręki (co stanowi obligatoryjną zasadę i wyjątek w zakresie sposobu zorganizowania odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy – por. art. 6d ust. 1 w zw. z art. 6f ust. 1 oraz art. 6f ust. 2) – to na nim spoczywa z mocy art. 9g osiągnięcie w danym roku kalendarzowym poziomów recyklingu opisanych w przywołanym rozporządzeniu wykonawczym. Na podstawie przepisów można ustalić, że chodzi tu o dwie sytuacje i kategorie tych podmiotów. Po pierwsze – gmina ma obowiązek zorganizowania

odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, natomiast kwestia odbioru takich odpadów od właścicieli nieruchomości niezamieszkanymi, pozostawiona jest do decyzji rady gminy (por. art. 6c ust. 1 i 2). W przypadku braku uchwały w tym zakresie, odbiór ten może być prowadzony przez przedsiębiorców lub gminne jednostki organizacyjne na zasadzie umowy z poszczególnymi właścicielami niezamieszkanymi nieruchomości, na których powstają odpady komunalne. Po drugie – chodzi o spółki z udziałem gminy, które do wejścia w życie 1 stycznia 2013 r. ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 152, poz. 897, z późn. zm.) mogły bez przetargu na zlecenie gminy odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. W ustawie o utrzymaniu porządku i czystości wskazano podmioty niejako pierwotnie odpowiedzialne za gospodarkę odpadami, w tym za osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Co do zasady jest to gmina, a jedynie w szczególnych sytuacjach inny podmiot, z mocy art. 9g. Wskazanie tych podmiotów jako odpowiedzialnych zamiast gminy jest konieczne w sytuacji, gdy gmina nie zdecyduje się zajmować organizacją odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie ma mieszkańców. Natomiast Odwołujący na zasadzie rozumowania *a contrario* wyciąga z art. 9g wniosek o niemożliwości – jak to nazywa – przenoszenia na wykonawcę wyłonionego w drodze przetargu obowiązku osiągnięcia tych wskaźników recyklingu, a tym samym nałożenia na niego kar umownych z tego tytułu. Stwierdzenie to jest uproszczeniem, gdyż gmina albo podmiot *bezumownie* wykonujący odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości – nie mogą wyzbyć się ponoszonej z mocy ustawy odpowiedzialności za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, gdyż będą od 1 lipca 2013 r. za to płacić kary (por. art. 9z ust. 2 w stosunku do gminy oraz odpowiednio art. 9x ust. 2 albo art. 9y ust. 2 w stosunku do przedsiębiorcy albo gminnej jednostki organizacyjnej odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości). Osiągnięcie zakreślonych recyklingu

Sygn. akt KIO 2829/12

szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3 ust. 1 ustawy. Z ust. 2. tego art. wynika bowiem, że dla zapewnienia utrzymania czystości i porządku oraz tworzenia warunków do tego gmina ma w szczególności: tworzyć warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy lub zapewnić wykonanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych (pkt 1); objąć wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi (pkt 3); nadzorować gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (pkt 4); ustanowić selektywne zbieranie odpadów komunalnych obejmujące co najmniej następujące frakcje odpadów: papieru, metalu, tworzywa sztucznego, szkła i opakowań wielomateriałowych oraz odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji (pkt 5); tworzyć punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, w tym wskazując miejsca, w których mogą być prowadzone zbiórki zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego pochodzącego z gospodarstw domowych (pkt 6); zapewnić osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (pkt 7); prowadzić działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych (pkt 8). Ponieważ z mocy tej ustawy gmina – co do zasady – ma obowiązek powierzyć wykonywanie zadania własnego w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy – przedsiębiorcy wyłonionemu w drodze przetargu (por. art. 6c ust. 1 w zw. z art. 6d), to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Niewątpliwie sposób ich wykonywania przez wykonawcę ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu. Z tego względu za uzasadnione i dopuszczalne należy uznać zobowiązanie na mocy umowy wykonawcy świadczącego

na terenie gminy usługi związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów do osiągnięcia wymaganych dla gminy wskaźników recyklingu. Zgodnie z art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w zakresie nieuregulowanym tą ustawą do przetargów na odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości stosuje się przepisy ustawy pzp. W ocenie Izby w ustawie tej nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina.

35

Sygn. akt KIO 2829/12

Jednocześnie zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 483 § 1 kc sposób wyegzekwowania od wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania. Z tych względów brak podstaw aby uznać postanowień § 6 oraz § 9 ust. 1 wzoru umowy za nieważne na mocy art. 58 kc, gdyż nie są sprzeczne z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie. Nie sposób również twierdzić, że takie uregulowanie stanowi ułożenie stosunku prawnego o treści lub celu sprzecznym z tą ustawą lub zasadami współżycia społecznego, a więc wykracza poza granice zasady swobody kontraktowej stron wynikającą z art. 353 i kc.

Izba podzieliła zatem stanowisko, które Zamawiający wyraził 24 grudnia 2012 r. w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, reasumując, że choć obowiązek osiągnięcia określonych prawem poziomów recyklingu i odzysku odpadów jest obowiązkiem, to jednak nie odbiera ona odpadów, a między innymi nadzoruje gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Zamawiający wskazał również, że zgodnie z § 3 ust. 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni, właściciele nieruchomości obowiązani są do prowadzenia selektywnego zbierania, a odbierający odpady do selektywnego odbierania odpadów. Zamawiający zwrócił uwagę, że osiągnięcie przez gminę narzuconych prawem poziomów recyklingu możliwe jest wyłącznie w sytuacji gdy: po pierwsze – mieszkańcy będą segregować odpady (Zamawiający zapewnił, że będzie edukować mieszkańców, a wobec niestosujących się do obowiązków – egzekwować kary w trybie art. 10 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku), po drugie – *firmy wywozowe* będą odbierać odpady zebrane przez właścicieli nieruchomości w sposób selektywny, a także podejmować działania zachęcające ich do selektywnego zbierania odpadów, np. dostarczać pojemniki lub worki.

W związku z tym, że Odwołujący zmierzał do uznania kar umownych zastrzeżonych na wypadek niesięgnięcia przez wykonawcę wyznaczonych poziomów recyklingu za bezwzględnie nieważne, nie podniósł w odwołaniu zarzutu ustalenia ich w nadmiernej wysokości. Tym niemniej Izba stwierdziła, że wprowadzony przez Zamawiającego system kar umownych za niedotrzymanie poziomów wynikających z przepisów, przewiduje, że im wykonawca zbliży się bardziej do wymaganego poziomu, tym mniejszą karę zobowiązany będzie zapłacić. W ocenie Izby świadczy to o tym, że Zamawiający zainteresowany jest uzyskaniem możliwie najlepszych wskaźników recyklingu, a nie tylko zabezpieczeniem sobie rekompensaty w pełnej wysokości kar, które będzie musiał w takiej sytuacji uiścić. Nie zmienia tej oceny zastrzeżenie przez Zamawiającego w umowie możliwości dochodzenia na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego odszkodowania w wysokości rzeczywiście

36

Sygn. akt KIO 2829/12

poniesionej szkody, gdyż będzie to oznaczało konieczność wykazania wysokości tej szkody, a także pozostałych przesłanek przypisania wykonawcy odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: