

WYROK
z dnia 26 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2016 r. przez Wykonawcę **PZOM S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., (ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Gmina Kroczyce, (ul. Batalionów Chłopskich 29, 42-425 Kroczyce)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. wykreślenie postanowienia SIWZ umożliwiającego mieszkańcom zgłaszanie telefoniczne lub elektroniczne zapotrzebowania na pojemniki przeznaczone na odpady komunalne zmieszane oraz worki bezpośrednio Wykonawcy;
 - 1.2. wskazanie ilości pojemników do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych, w które Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe z podziałem na pojemność przy uwzględnieniu ilości minimalnych lub maksymalnych, w przypadku przekroczenia których Wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie za dostarczone pojemniki;
 - 1.3. dokonanie zmiany w ramach kryterium środowiskowego poprzez odstąpienie od przyznawania punktów za odległość Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Kroczyce
2. w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem: 9, 14, 17, 18, 19, 21, oddala odwołanie,
3. w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem: 1, 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16, 20, 22 umarza postępowanie.
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gmina Kroczyce, (ul. Batalionów Chłopskich 29, 42-425 Kroczyce)** i

1

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **PZOM S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., (ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska)** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Zamawiającego **Gmina Kroczyce, ul. Batalionów Chłopskich 29, 42-425 Kroczyce** na rzecz Odwołującego **PZOM S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., (ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska)** kwotę **15 000 zł 0 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

2

nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kroczyce”.

Odwołujący Wykonawca PZOM S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu sformułowanie treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z naruszeniem następujących przepisów tj:

- 1) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej kosztów oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

- 2) art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1, w zw. z art. 29 ust. 2 i 4, w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 3) p.z.p. poprzez dokonanie opisu kryterium oceny ofert tj. aspektu środowiskowego w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji oraz uniemożliwiający rzeczywistą porównywalność ofert pod kątem ochrony środowiska;

art. 353 ¹, art. 58 § 1, art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. 3) U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.) w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 p.z.p. poprzez sformułowanie przez Zamawiającego wzoru umowy w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego, z pominięciem essentialia negotii umowy tj. m.in. niedookreślenie we wzorze umowy obowiązków wykonawcy; faktycznego okresu obowiązywania umowy; wprowadzenie nadmiernych wysokości kar umownych, a także umożliwienie naliczania ich niezależnie od odpowiedzialności wykonawcy; w zakresie, w jakim:

- 1) Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje, iż w zakresie zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie całego strumienia odpadów komunalnych oraz odpadów przekazanych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Kroczyce (Rozdział III dział 2 SIWZ) (Sekcja II pkt II 1.4 Ogłoszenia o zamówieniu);

- 2) Zamawiający oczekuje, że Wykonawca przeprowadzi co najmniej raz w roku akcję informacyjno - promocyjną obejmującą swym zasięgiem teren całej gminy (Rozdział III

3

dział 3 SIWZ), (Sekcja VI, pkt VI. 3) lit r) - Ogłoszenia o zamówieniu);

- 3) Zamawiający wskazał, iż od dnia podpisania umowy nie później niż do 1 stycznia 2017 r. - Wykonawca jest zobowiązany wyposażyć mieszkańców w pojemniki i worki jak również wyposażyć w pojemniki punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) oraz podstawić kontenery przeznaczone na odpady komunalne zmieszane zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego i sporządzić harmonogramy odbioru odpadów przy spełnianiu warunków określonych w SIWZ (Rozdział IV SIWZ), (Sekcja VI pkt VI. 3) lit c) Ogłoszenia o zamówieniu), (§ 2 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia); (Rozdział III dział 3 pkt Vppkt 2 SIWZ), (§ 2 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia);

- 4) Wykonawca wskaże numer telefonu oraz adres e-mail, pod którym mieszkańcy będą mogli zgłaszać telefonicznie lub elektronicznie zapotrzebowanie na pojemniki przeznaczone na odpady komunalne zmieszane oraz worki (Rozdział III dział 3 pkt Vppkt 3 SIWZ);

- 5) Zamawiający wskazał szacunkową ilość pojemników do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych, w które Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe (Rozdział III dział 3 pkt Vppkt 4 SIWZ);

- 6) Wykonawca zobowiązany jest do wywozu odpadów również w przypadku niemożności dojazdu do pojemnika przez parkujące pojazdy lub inne przeszkody (Rozdział III dział 3 pkt VIIIppkt 3) SIWZ);

- 7) Wykonawca zobowiązany jest do powiadomienia Gminy w przypadku niedopełniania przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych poprzez pozostawienie informacji o źle wysegregowanych odpadach dla właściciela nieruchomości, wykonania dokumentacji fotograficznej z datownikiem wraz z protokołem zdarzenia oraz niezwłocznego powiadomienia

Zamawiającego o zaistniałym fakcie (*Rozdział III dział 3 pkt VIII SIWZ*);

8) Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania harmonogramu wywozu, harmonogramu zbiorów odpadów wielkogabarytowych, ulotek informujących o sposobach segregacji śmieci w formie ulotek w wersji dla osób niedowidzących (w ilości 2000 sztuk na dany rok kalendarzowy) i jego dystrybucji wśród mieszkańców (*Rozdział III dział 3 pkt IX lit. a) SIWZ*), (*Sekcja VI, pkt VI. 3) lit a) Ogłoszenia o zamówieniu*), (*Rozdział III dział 3 pkt IX lit. b) SIWZ*), (*Sekcja VI, pkt VI. 3) lit b) Ogłoszenia o zamówieniu*), (*Rozdział III dział 3 pkt XI SIWZ*);

9) Zamawiający w razie awarii odbiornika GPS zobowiązuje Wykonawcę do dostarczenia do 2 dni roboczych Zamawiającemu zaświadczenia z serwisu technicznego o zaistniałej awarii (*Rozdział III dział 3 pkt X pkt 5 SIWZ*);

4

10) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca udzielił Zamawiającemu niewyłącznej, nieodpłatnej licencji na korzystanie z oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę pojazdów przez okres trwania umowy (*Rozdział III dział 3 pkt X pkt 5 SIWZ*);

11) Zamawiający po zawarciu umowy udostępni Wykonawcy wykaz punktów adresowych koniecznych do wyposażenia w odpowiednią ilość pojemników (*Rozdział III dział 3 pkt X pkt 18 lit a) SIWZ*), (§ 3 ust. 2 lit a) Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia);

12) w ramach II części zamówienia przewidziany jest okresowy wywóz odpadów komunalnych z terenu Gminy Kroczyce, realizowany po powiadomieniu dokonany pocztą elektroniczną lub telefonicznie przez pracownika Urzędu Gminy o takiej konieczności w terminie 3 dni od dnia powiadomienia oraz zagospodarowanie odebranych odpadów (*Rozdział III dział 4 SIWZ*) (*Sekcja II pkt II.2.4) Ogłoszenia o zamówieniu*);

13) od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2019 r. - Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie gminy Kroczyce (*Rozdział IV SIWZ*), (§ 2 ust. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia) (§ 2 ust. 2 Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia);

14) Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (*Rozdział V dział VA. pkt. 3 SIWZ*);

15) w ramach kryterium środowiskowego Zamawiający będzie punktował odległość Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Kroczyce (*Rozdział XIV, dział 1, pkt 4 w zw. z Rozdziałem XIV dział 2 SIWZ*) (*Sekcja II pkt II.2.14) ppkt 4 Ogłoszenia o zamówieniu*); (*Sekcja II pkt 112.14) Ogłoszenia o zamówieniu*);

16) do obowiązków Wykonawcy należy odmówienie realizacji odbioru odpadów, w przypadku stwierdzenia innych odpadów, niż odpady stanowiące przedmiot umowy (§ 3 ust. 1 lit f) Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia);

17) Zamawiający wskazał, iż przysługuje mu prawo do obciążenia Wykonawcy karą umowną za każdy dzień opóźnienia w przekazywaniu kompletnego raportu miesięcznego w wysokości 200 zł. (§11 ust. 1 lit c) Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia);

18) Zamawiający przewidział, iż przysługuje mu prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za niezrealizowanie co najmniej raz w roku akcji informacyjno - promocyjnej lub zrealizowanie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą w wysokości 5 % wynagrodzenia, o

5

którym mowa w § 4 ust. 2 (cena całkowita) (§11 ust. 1 lit f) Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia);

19) Zamawiający przewidział, iż przysługuje mu prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za nierozpatrzenie przez Wykonawcę reklamacji w terminie lub załatwienie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą w wysokości 0,5 % wynagrodzenia, o którym mowa w §4 ust. 2 (cena całkowita) (§11 ust. 1 lit g) Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części

I zamówienia); (§ 9 ust. 1 lit a) Załącznika nr 6 do SIWZ-wzór umowy dla części II zamówienia);

20) Zamawiający przewidział, iż przysługuje mu prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego w wysokości 10% ceny ustalonej w § 4 ust. 2 (cena całkowita) (cena całkowita) (§11 ust. 1 lit h) Załącznika nr 5 do SIWZ-wzór umowy dla części I zamówienia); (§ 9 ust. 1 lit d) Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia);

21) Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy, w szczególności w sposób niezgodny z umową, SIWZ oraz wskazaniem Zamawiającego (§ 12 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia); (§10 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia);

22) Zamawiający żąda aby Wykonawca złożył oświadczenie, że wymienione w załączniku nr 1 do umowy osoby będą w okresie realizacji umowy zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - kodeks pracy (załącznik nr 1 do umowy - Wykaz pracowników).

Naruszenie powyższych przepisów, w ocenie Odwołującego może doprowadzić do naruszenia przez Zamawiającego normy art. 93 ust. 1 pkt 7) Ustawy p.z.p.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia i SIWZ w zakresie wskazanym w przedmiotowym odwołaniu poprzez:

- 1) wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia, iż w zakresie zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie całego strumienia odpadów komunalnych przekazanych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Kroczyce;
- 2) uzupełnienie oczekiwań Zamawiającego w zakresie przeprowadzanej przez Wykonawcę (co najmniej raz w roku) akcji informacyjno – promocyjnej obejmującej swym zasięgiem teren całej gminy poprzez opisanie na czym akcja ta ma polegać, tj. wskazanie zgodnie ze wzorem oferty, iż w ramach akcji informacyjno - promocyjnej Wykonawca zobowiązany jest do dokonania - jeden raz w roku wydruku i dystrybucji harmonogramu wywozu odpadów oraz harmonogramu zbiórek odpadów wielkogabarytowych w wersji dla

6

osób niedowidzących (ze wskazaniem oczekiwanej formy), a także wydruku i dystrybucji ulotek informujących o sposobach segregacji i zasadach prawidłowego postępowania z odpadami;

3) zmianę terminu pierwszego wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki i jak również wyposażenia w pojemniki punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) oraz podstawienia kontenerów przeznaczonych na odpady komunalne zmieszane zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego i sporządzenia harmonogramów odbioru odpadów przy spełnianiu warunków określonych w SIWZ poprzez wskazanie, iż winno ono nastąpić w terminie do 7 dni od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów;

4) wykreślenie zapisu umożliwiającego mieszkańcom zgłaszanie telefoniczne lub elektroniczne zapotrzebowania na pojemniki przeznaczone na odpady komunalne zmieszane oraz worki;

5) wskazanie ilości pojemników do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych, w które Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe z podziałem na pojemność przy uwzględnieniu ilości minimalnych i maksymalnych, w przypadku przekroczenia których Wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie za dostarczone pojemniki;

6) dookreślenie czy Zamawiający w zakresie w jakim zobowiązując Wykonawcę do wywozu odpadów również w przypadku niemożności dojazdu do pojemnika przez parkujące pojazdy lub inne przeszkody, pod pojęciem *inne przeszkody* ma na uwadze tylko sytuacje wyjątkowe jak na przykład roboty drogowe czy również miejsca z trudnymi dojazdami, a jeśli tak to wnosimy o przedłożenie do SIWZ listy takowych trudnych dojazdów ze wskazaniem konkretnych adresów i opisaniem na czym trudność w dojeździe do nich polega;

7) dookreślenia czy w sytuacji gdy Wykonawca stwierdzi niedopełnianie przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych odpady będące przedmiotem oględzin ma pozostawić przed nieruchomością czy odebrać jako odpady komunalne zmieszane;

8) doprecyzowanie formy harmonogramu wywozu, harmonogramu zbiórek odpadów

wielkogabarytowych, ulotek informujących o sposobach segregacji śmieci przewidzianych dla osób niedowidzących tzn. czy mają to być ulotki czarno - białe sporządzone z zastosowaniem znanych czcionek, o odpowiednich rozmiarach (*ze wskazaniem jakich*) czy też ulotki kolorowe z zastosowaniem kontrastów między informacją a tłem, na którym jest ona zapisana (*ze wskazaniem preferowanych kolorów*);

9) wykreślenie zapisu wskazującego, iż w razie awarii odbiornika GPS Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia do 2 dni roboczych Zamawiającemu zaświadczenia z serwisu technicznego o zaistniałej awarii z uwagi na okoliczność, iż nie każda awaria odbiornika GPS wymaga interwencji serwisu technicznego;

7

10) wskazanie, iż Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił mu możliwość korzystania z oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę pojazdów przez okres trwania umowy; doprecyzowanie, iż Zamawiający w dniu zawarcia umowy udostępni Wykonawcy wykaz punktów adresowych koniecznych do wyposażenia w odpowiednią ilość pojemników ze wskazaniem ilości gospodarstw domowych na danej nieruchomości i ilości osób w każdym z gospodarstw domowych *bądź* w dniu zawarcia umowy udostępni Wykonawcy wykaz nieruchomości, który wskazywałby: ile pojemników, o jakiej pojemności ma być podstawionych na każdej nieruchomości, oraz z podaniem: liczby osób zamieszkujących daną nieruchomość, liczby gospodarstw domowych na danej nieruchomości oraz liczby osób w danym gospodarstwie domowym;

11) wskazanie minimalnej i maksymalnej ilości odbiorów odpadów w ramach II części zamówienia okresowego wywozu odpadów komunalnych z terenu Gminy Kroczyce, realizowanego po powiadomieniu dokonany pocztą elektroniczną lub telefonicznie przez pracownika Urzędu Gminy o takiej konieczności w terminie 3 dni od dnia powiadomienia oraz zagospodarowanie odebranych odpadów;

12) doprecyzowanie z uwagi na zastosowane ilości minimalne i maksymalne odpadów przewidzianych do zbiórki, a także minimalnego i maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy terminu świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie gminy Kroczyce od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2019 r. lub do wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację przedmiotu Umowy;

13) wykreślenie zapisu, iż Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia;

14) doprecyzowanie w ramach kryterium środowiskowego, iż Zamawiający będzie punktował posiadany przez samochody mające wykonywać usługę odbioru i transportu do zagospodarowania odpadów z temu Gminy Kroczyce standard emisji spalin, i tak czym wyższy standard emisji spalin tym wyższa ilość punktów *bądź* w przypadku nie zaakceptowania takiego rozwiązania Zamawiający będzie punktował odległość Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Kroczyce alternatywnie z równoważnym mu kryterium jakim będzie posiadany przez samochody mające wykonywać usługę odbioru i transportu do zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Kroczyce standard emisji spalin, gdzie czym wyższy standard emisji spalin tym wyższa ilość punktów przyznana Wykonawcy;

15) jednoznaczne wskazanie czy do obowiązków Wykonawcy należy odmówienie

8

realizacji odbioru odpadów, w przypadku stwierdzenia innych odpadów, niż odpady stanowiące przedmiot umowy (tj. innych niż zmieszane odpady komunalne, papier, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, metal, szkło, odpady ulegające biodegradacji, meble i inne odpady wielkogabarytowe, przeterminowane leki i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, odpady budowlane i rozbiórkowe, pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie, których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a także na wykonanie których nie jest wymagane zgłoszenie do administracji budowlano -

architektonicznej, zużyte opony czyli odpady przeznaczone do bezpośredniego odbioru sprzed nieruchomości oraz odpady odbierane z PSZOK) czy również odmówienie odbioru odpadów udostępnionych przez poszczególnych mieszkańców niezgodnie z treścią SIWZ, a mianowicie np. zamiast odpadów segregowanych mieszkańiec przekazał do odbioru odpady zmieszane albo przed nieruchomością wystawił odpady, które zgodnie z SIWZ winny być odbierane tylko z PSZOK;

16) zmianę określenia *opóźnienie* na *zwłokę* co będzie skutkowało odpowiedzialnością Wykonawcy za każdy dzień zwłoki w przekazywaniu kompletnego raportu miesięcznego w wysokości 200 zł.;

17) zmniejszenie przewidzianej kary umownej za niezrealizowanie co najmniej raz w roku akcji informacyjno - promocyjnej lub zrealizowanie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą do wysokości 0,5 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 (cena całkowita);

18) zmianę zapisu i zmniejszenie wysokości kary umownej w sytuacji, w której Zamawiający przewidział, iż przysługuje mu prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za nierozpatrzenie przez Wykonawcę reklamacji w terminie wskazanym w złożonej ofercie w wysokości 500,00 zł.;

19) zmianę zapisu i wskazanie, iż Zamawiającemu przysługuje prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 10% ceny ustalonej w § 4 ust. 2 (cena całkowita);

20) usunięcie z zapisu możliwości nałożenia kary umownej za wykonywanie umowy niezgodnie ze wskazaniami Zamawiającego ograniczając prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy tj. w sposób niezgodny z umową i SIWZ;

21) zmianę wskazanego przez Zamawiającego oświadczenia Wykonawcy, i określenie, że wymienione w załączniku nr 1 do umowy osoby na dzień złożenia oświadczenia są zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - kodeks pracy (załącznik nr 1 do umowy - Wykaz pracowników).

9

Odwolujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 Ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 Ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać, to zamówienie.

Ponadto, zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa P.z.p. nie stanowi inaczej, w świetle art. 353 ¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): „*Tym* samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji 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 sformułowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, 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 ¹ Kc.

Wskazane treścią odwołania zapisy SIWZ naruszają zdaniem Odwołującego przepis art. 353 ¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Ustawy. Gdyby przyjąć bowiem

za uprawnione brak określenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób zamknięty, powodowałoby to, iż przedmiot umowy nie zostałby dookreślony, pozostawałby otwarty, a niewątpliwie przekracza to granice swobody umów, gdyż treść takiego stosunku prawnego sprzeciwiałaby się naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego. Oczywistym jest bowiem, że każda umowa powinna w sposób zamknięty i szczegółowy określać wszystkie istotne obowiązki stron. Tymczasem umowa zawarta na podstawie takiego SIWZ nie określałaby tych obowiązków. Zakres obowiązków wykonawcy,

10

a przede wszystkim na jaki zostaje umowa zawarta to *essentia negotii* umowy o świadczenie usług, a zatem bez ich określenia umowa w ogóle nie może dojść do skutku. Należy uznać, że umowa, w której Zamawiający celowo nie określa w sposób należyty *essentia negotii*, powinna zostać uznana za umowę zarówno sprzeczną z ustawą, jak i taką, której celem jest obejście prawa (*obowiązku pełnego i należytego opisanie przedmiotu zamówienia*). Tym samym umowa taka zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu Cywilnego jest nieważna z mocy prawa. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 P.z.p. Zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i nie wyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Brak precyzji powoduje, iż na jego podstawie nie jest możliwym należyte oszacowanie oferty. Ponadto, w ocenie odwołującego opis ten wraz z wprowadzonymi kryteriami środowiskowymi oceny ofert utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców, preferując wyraźnie podmiot, który ma zawartą umowę na zagospodarowywanie odpadów w Instalacji RIPOK zarządzaną przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu.

1) Zarzut dotyczący wskazania w opisie przedmiotu zamówienia, iż przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie całego strumienia odpadów komunalnych oraz odpadów przekazanych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Kroczyce.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia publicznego opisanego treścią Ogłoszenia i SIWZ mogą być jedynie odpady komunalne, natomiast Zamawiający oprócz odpadów komunalnych wskazał odpady przekazane przez właścicieli nieruchomości, nie opisując dalej jakie konkretnie odpady i w jakich ilościach obok odpadów komunalnych miałyby stać się przedmiotem zamówienia co skutkuje naruszeniem przepisów Ustawy. Nie każdy odpad, a więc nie każda substancja lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się (art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach) jest odpadem komunalnym, wymienionym w dalszej części SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu wskazania w opisie przedmiotu zamówienia, iż w zakresie zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie całego strumienia odpadów komunalnych przekazanych przez właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Kroczyce (*Rozdział III dział 2 SIWZ*) (*Sekcja II pkt II. 1.4 Ogłoszenia o zamówieniu*).

2) Zarzut dotyczący oczekiwań Zamawiającego, że Wykonawca przeprowadzi co najmniej raz w roku akcję informacyjno - promocyjną obejmującą swym zasięgiem

11

teren całej gminy.

Zamawiający oczekuje od Wykonawcy przeprowadzenia co najmniej raz w roku akcji informacyjno - promocyjnej obejmującej swym zasięgiem teren całej gminy. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wskazał, na czym akcja ta ma polegać. Akcja taka może bowiem być przeprowadzona w formie dystrybucji ulotek w różnorodnej treści i formie, bądź zorganizowania np. na terenie Gminy punktu informacyjnego w którym pracownicy Wykonawcy będą udzielali mieszkańcom odpowiedzi na pytania związane z gospodarką odpadami. Kilka różnych możliwości zorganizowania akcji informacyjno - promocyjnej prowadzi do konieczności uwzględnienia kosztów z nią związanych w różnej wysokości, stąd konieczność doprecyzowania zapisów w opisanym zakresie celem umożliwienia prawidłowego skalkulowania składanej oferty cenowej.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany SIWZ i Ogłoszenia (*Rozdział III dział 3 SIWZ*), (*Sekcja VI, pkt VI. 3) lit r*) - *Ogłoszenia o zamówieniu*) poprzez wskazanie, iż Zamawiający oczekuje od Wykonawcy przeprowadzenia, co najmniej raz w roku akcji informacyjno - promocyjnej obejmującej swym zasięgiem teren całej gminy, w ramach której Wykonawca zobowiązany jest do dokonania jeden raz w roku wydruku i dystrybucji harmonogramu wywozu odpadów oraz harmonogramu zbiórek odpadów wielkogabarytowych w wersji dla osób niedowidzących (*tutaj wnosimy o doprecyzowanie jaką formę ma przybrać wersja ulotek i harmonogramów dla niedowidzących*), a także wydruku i dystrybucji ulotek informujących o sposobach segregacji i zasadach prawidłowego postępowania z odpadami.

3) Zarzut dotyczący terminu wyposażenia mieszkańców w urządzenia do gromadzenia odpadów oraz sporządzenia harmonogramu odbioru odpadów.

Zamawiający wskazał, iż od dnia podpisania umowy nie później niż do 1 stycznia 2017 r. - Wykonawca jest zobowiązany wyposażyć mieszkańców w pojemniki i worki jak również wyposażyć w pojemniki punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) oraz podstawić kontenery przeznaczone na odpady komunalne zmieszane zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego i sporządzić harmonogramy odbioru odpadów przy spełnianiu warunków określonych w SIWZ. Równocześnie Zamawiający wskazuje, iż po zawarciu umowy udostępni Wykonawcy wykaz punktów adresowych koniecznych do wyposażenia w odpowiednią ilość pojemników (*Rozdział III dział 3 pkt Xppkt 18 lit a) SIWZ*), (*§ 3 ust. 2 lit a) Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia*). W zakresie powyższym zapisów SIWZ nie da się pogodzić.

Odwołujący zauważył, że niezgodne z przedmiotem umowy będzie wyposażanie mieszkańców w pojemniki, czy punkt PSZOK w kontenery jeszcze przed terminem obowiązywania umowy wykonawczej. Ponieważ w ramach świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów wykonawca ma wyposażyć mieszkańców i PSZOK w

12

urządzenia do gromadzenia odpadów to na podstawie jakiego stosunku zobowiązaniowego ma to uczynić przed dniem wejścia w życie umowy wykonawczej? Zapisy w tym zakresie wykluczają się wzajemnie i są sprzeczne z przepisami ustawy tj; art. 29 ust. 1 p.z.p., oraz z art. 353 1, art. 58 § 1, art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 p.z.p..

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający oczekuje, iż Wykonawca rozdysponuje pojemniki i przygotuje harmonogramy do dnia 01.01.2017 roku równocześnie udostępniając Wykonawcy wykaz punktów adresowych koniecznych do wyposażenia w odpowiednią ilość pojemników po zawarciu umowy.

Jak dalej argumentował Odwołujący: art. 94 p.z.p. precyzyjnie reguluje termin, w którym Zamawiający ma prawo zawarcia umowy z wyłonionym Wykonawcą. Powyższy przepis wdraża tzw. instytucję standstill, czyli tzw. minimalnego okresu zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Co do zasady umowa powinna być zawarta przed upływem terminu związania ofertą, jednakże również po upływie terminu związania ofertą umowa może być zawarta, jeśli taka będzie wola stron. Wobec powyższego nie ma prawnych przeszkód aby umowa została zawarta nawet dnia 01.01.2017 roku lub tuż przed tym terminem, skutecznie uniemożliwiający Wykonawcy wykonanie obowiązku wyposażenia mieszkańców w pojemniki w terminie do dnia 01.01.2017 roku. Równocześnie nawet jeśli umowa zostanie zawarta np. 30 dni przed dniem 01.01.2017 roku to Zamawiający nie wskazuje w jakim terminie ma udostępnić Wykonawcy wykaz nieruchomości ograniczając się jedynie do stwierdzenia *po zawarciu umowy*. Nawet zatem w przypadku zawarcia umowy odpowiednio wcześniej Wykonawca pozostaje w niepewności kiedy rzeczony wykaz nieruchomości otrzyma, gdyż będzie to mogło nastąpić tuż przed wejściem w życie umowy lub nawet po tym terminie. Z tożsamych, powyżej przedstawionych przyczyn, wbrew wymaganiom treści SIWZ sporządzenie harmonogramów odbioru odpadów będzie niemożliwe w terminie do dnia 01.01.2017 roku.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany terminu pierwszego wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki, jak i również wyposażenia w pojemniki punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) oraz podstawienia kontenerów przeznaczonych na odpady komunalne zmieszane zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego i sporządzenia harmonogramów odbioru odpadów przy spełnianiu warunków określonych w SIWZ poprzez wskazanie, iż winno ono nastąpić w terminie do 7 dni od dnia rozpoczęcia

świadczenia usługi odbioru odpadów (Rozdział IV SIWZ), (Sekcja VI pkt VI. 3) lit c) Ogłoszenia o zamówieniu), (§ 2 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia), (Rozdział III dział 3 pkt V ppkt 2 SIWZ), (§ 2 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia).

13

4) Zarzut dotyczący obowiązku Wykonawcy co do wskazania numeru telefonu oraz adresu e-mail, pod którym mieszkańcy będą mogli zgłaszać telefonicznie lub elektronicznie zapotrzebowanie na pojemniki przeznaczone na odpady komunalne zmieszane oraz worki.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział, że to mieszkańcy będą zgłaszali bezpośrednio Wykonawcy zapotrzebowanie na pojemniki i worki. W ocenie Odwołującego, to postanowienie jest bezpodstawne. Sposób rozdysponowania pojemników wynika z SIWZ i uwarunkowany jest ilością osób zamieszkujących nieruchomość. Ponadto, wiadomościami w powyższym zakresie dysponuje wyłącznie Zamawiający, gdyż to jemu mieszkańcy składają deklaracje o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w których to zgłaszają Gminie ilość osób zamieszkujących nieruchomość. Po trzeciej stronie stosunku zobowiązaniowego łączącego Zamawiającego z Wykonawcą nie jest mieszkaniec, stąd wątpliwości Odwołującego w jakim zakresie mieszkaniec może z pominięciem Zamawiającego wpływać na realizację przedmiotu zamówienia w kluczowych kwestiach jak ilość pojemników czy worków przysługująca na nieruchomość w zamian za dokonaną opłatę za zagospodarowanie odpadami komunalnymi. W ocenie Odwołującego zapis ten pozbawi Zamawiającego realnej kontroli nad ilością pojemników i worków pozostawionych w dyspozycji mieszkańców, a Wykonawcy uniemożliwia oszacowanie ostatecznej ilości i worków koniecznych do wykonania usługi.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia przedmiotowego zapisu STWZ (Rozdział III dział 3 pkt V ppkt 3 SIWZ).

5) Zarzut dot. wskazania przez Zamawiającego szacunkowej ilości pojemników do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych, w które Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wyposażył w pojemniki na odpady zmieszane odbierane z nieruchomości zamieszkałych zgodnie z następującymi ilościami szacunkowymi:

- pojemnik 120 l (780 szt.),
- pojemnik 240 l (820 szt.),
- pojemnik 360 l (250 szt. - 120 l + 250 szt. - 240 l),
- pojemnik 1100 l (5 szt.).

Jednocześnie Zamawiający przewidział (Rozdział III dział 3 pkt V ppkt 2 SIWZ) bieżące wyposażenia nieruchomości w pojemniki czy ich doposażenia w pojemniki w przypadku udokumentowanego zaginięcia lub zniszczenia. Odwołujący wskazał, że Wykonawca na dzień złożenia oferty nie jest w stanie przewidzieć jaką ostatecznie ilość pojemników z podziałem na pojemności musi w kalkulować w cenę ofertową. Niemożliwe jest jednoznaczne wskazanie ile pojemników będzie potrzebnych wobec złożenia przez mieszkańców Gminy

14

nowych deklaracji, czy też ile pojemników ulegnie zniszczeniu z winy mieszkańca lub ile z nich ulegnie zaginięciu. Zakup pojemników jest znaczącą pozycją składową ceny ofertowej, stąd zdaniem odwołującego pozbawienie Wykonawcy możliwości rzetelnego oszacowania wartości tej części wynagrodzenia pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wskazania ilości pojemników do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych, w które Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe z podziałem na pojemność przy uwzględnieniu ilości minimalnych, a także maksymalnych, w przypadku przekroczenia których Wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie za dostarczone pojemniki (Rozdział III dział 3 pkt V ppkt 4 SIWZ).

6) Zarzut dotyczący zobowiązania Wykonawcy do wywozu odpadów również w przypadku niemożności dojazdu do pojemnika przez parkujące pojazdy lub inne przeszkody.

Odwołujący wskazał, że pojęcie „inne przeszkody” uniemożliwiające dojazd do pojemnika jest pojęciem nieprecyzyjnym, pod którym Zamawiający może rozumieć przypadki niemożności dojazdu do nieruchomości na skutek np. złego stanu dróg dojazdowych do posesji, czy też nie spełniania przez nich warunków koniecznych do poruszania się samochodów ciężarowych typu śmieciarka.

Są to dla wykonawcy informacje niezbędne z jednej strony, ze względów logistycznych (*w zależności od tego, na czym polega utrudnienie, dla tych konkretnych nieruchomości należy przyjąć dłuższy czas odbioru*), z drugiej zaś strony, ze względu na konieczność prawidłowego oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Dlatego też, powinny one podlegać udostępnieniu już na etapie SIWZ, tym bardziej, iż w ich posiadaniu z pewnością jest Zamawiający. Nieudostępnienie, mimo braku obiektywnych przeszkód, powyższych informacji narusza zatem przepisy art. 29 ust. 1 ustawy ze względu na niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o dookreślenie czy Zamawiający zobowiązując Wykonawcę do wywozu odpadów również w przypadku niemożności dojazdu do pojemnika przez parkujące pojazdy lub inne przeszkody pod pojęciem inne przeszkody ma na uwadze tylko sytuacje wyjątkowe jak na przykład roboty drogowe czy również ma na uwadze miejsca z trudnymi dojazdami, a jeśli tak to wnosimy o przedłożenie do SIWZ listy takowych trudnych dojazdów ze wskazaniem konkretnych adresów i opisaniem na czym trudność w dojeździe do nich polega (*Rozdział III dział 3 pkt VIIIppkt 3) SIWZ*).

7) Zarzut dotyczący zobowiązania Wykonawcy do powiadomienia Gminy w przypadku niedopełniania przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych poprzez pozostawienie informacji o źle wysegregowanych odpadach dla właściciela nieruchomości, wykonania

15

dokumentacji fotograficznej z datownikiem wraz z protokołem zdarzenia oraz niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego o zaistniałym fakcie.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał obowiązki Wykonawcy w przypadku stwierdzenia złej segregacji odpadów selektywnych przez mieszkańca, nie precyzując jednak, co ma ostatecznie z nimi zrobić Wykonawca, a mianowicie czy w sytuacji gdy Wykonawca stwierdzi niedopełnianie przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych, odpady będące przedmiotem oględzin mają być pozostawione przed nieruchomością czy odebrane przez Wykonawcę jako odpady komunalne zmieszane.

Odwołujący wskazał, że informacje te są istotne, gdyż Wykonawca musi posiadać wiedzę czy przy zbiórce odpadów selektywnych ma uczestniczyć pojazd przewidziany do zbiórki odpadów zmieszanych, gdyż zgodnie z art. 9e ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zakazuje się mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze zmieszanymi odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości oraz selektywnie zebranych odpadów komunalnych różnych rodzajów ze sobą. Okoliczność ta z kolei ze względu na konieczność prawidłowego oszacowania kosztów realizacji zamówienia musi zostać uwzględniona przez Wykonawcę na etapie sporządzenia oferty, a jej brak jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 Ustawy ze względu na niepełne opisanie przedmiotu zamówienia. Pozostawienie odpadów źle wysegregowanych przed posesją bądź ich odebranie pod kodem odpadów zmieszanych komunalnych z uwagi na brak zapisów w SIWZ w tymże zakresie może zostać potraktowane przez Zamawiającego jako nienależyte wykonywanie umowy przez Wykonawcę, do czego oczywiście każdy Wykonawca nie chciałby dopuścić. Odwołujący wniósł o zmianę przez Zamawiającego SIWZ w tym zakresie i określenie przez Zamawiającego czy źle wysegregowane odpady selektywne mają być pozostawione przed nieruchomością czy odebrane przez Wykonawcę jako odpady komunalne zmieszane (*Rozdział III dział 3 pkt VIII SIWZ*).

8) Zarzut dotyczący zobowiązania Wykonawcy do przygotowania harmonogramu wywozu, harmonogramu zbiórek odpadów wielkogabarytowych, ulotek informujących o sposobach segregacji śmieci w formie ulotek w wersji dla osób niedowidzących.

Zamawiający przewidział w treści SIWZ i Ogłoszeniu, iż Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania harmonogramu wywozu, harmonogramu zbiórek odpadów wielkogabarytowych, ulotek informujących o sposobach segregacji śmieci w formie ulotek w wersji dla osób niedowidzących (w ilości 2000 sztuk na dany rok kalendarzowy) i jego dystrybucji wśród mieszkańców. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający nie wskazał, co

rozumie pod pojęciem wersji dla osób niedowidzących. Jak dalej wyjaśnił Odwołujący: „Rozwiązania polegające na umożliwieniu osobom niedowidzącym łatwego zapoznania się z informacjami zawartymi np. na ulotkach są różne, a co z tym bezpośrednio związane

16

wymagające różnego nakładu finansowego, co oczywiście Wykonawca winien uwzględnić w kosztorysie ofertowym. Cechy informacji specjalnie przystosowanej do odczytu przez osoby funkcjonalnie niedowidzące winny być tak naprawdę zindywidualizowane. To co może pomóc osobie ze słabą ostrością wzroku, np. powiększenie, może bowiem utrudnić odczyt osobie z zawężonym polem widzenia. W realiach niniejszego zamówienia można postąpić jedynie ogólnymi wytycznymi takimi jak tekst na ulotce powinien być nieco powiększony i metodycznie rozmieszczony, kontrast między informacją a tłem, na którym jest ona zapisana winien być odpowiedni. Można zatem wymagać aby sam tekst w czarno - białej ulotce był napisany czcionkami znanymi, rozpoznawalnymi, odpowiednich rozmiarów. Można również oczekiwać aby ulotki były kolorowe z zastosowaniem odpowiedniego kontrastu.” Odwołujący wniósł o doprecyzowanie formy harmonogramu wywozu, harmonogramu zbiorów odpadów wielkogabarytowych, ulotek informujących o sposobach segregacji śmieci przewidzianych dla osób niedowidzących tzn. czy mają to być ulotki czarno - białe sporządzane z zastosowaniem czcionek znanych, rozpoznawalnych, odpowiednich rozmiarów czy też mają to być ulotki kolorowe z zastosowaniem odpowiedniego kontrastu (*Rozdział III dział 3 pkt IX lit. a) SIWZ*), (*Sekcja VI, pkt VI. 3) lit a) Ogłoszenia o zamówieniu*), (*Rozdział III dział 3 pkt IX lit. b) SIWZ*), (*Sekcja VI, pkt VI.3) lit b) Ogłoszenia o zamówieniu*), (*Rozdział III dział 3 pkt XI SIWZ*).

9) Zarzut dotyczący zobowiązania Wykonawcy do dostarczenia do 2 dni roboczych Zamawiającemu zaświadczenia z serwisu technicznego o zaistniałej awarii odbiornika GPS.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dostarczył do 2 dni roboczych Zamawiającemu zaświadczenie z serwisu technicznego o zaistniałej awarii odbiornika GPS. Zdaniem Odwołującego, obowiązek ten jest nadmierny, gdyż nie każda awaria odbiornika GPS wymaga interwencji serwisu technicznego. Zdarzają się drobne awarie, które choć uniemożliwiają działanie odbiornika GPS, to jego naprawa może być dokonana samodzielnie przez pracowników Wykonawcy. W ocenie Odwołującego, obarczanie tym samym Wykonawcę kosztami zbędnej wizyty w serwisie po uzyskanie samego zaświadczenia o awarii nadajnika GPS wydaje się nieuzasadnione. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający równocześnie wymaga, aby w przypadku awarii odbiornika GPS na czas jego naprawy Wykonawca zamontował zastępczy odbiornik GPS. Zamawiający wobec powyższego zapewnia sobie ciągłość w rejestracji sygnału z nadajnika GPS i tym samym nie pozbawia się możliwości kontroli pracy samochodu wyposażonego w odbiornik, który uległ awarii. Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu *Rozdziału III dział 3 pkt X ppkt 5 SIWZ* w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby Wykonawca dostarczył do 2 dni roboczych Zamawiającemu zaświadczenie z serwisu technicznego o zaistniałej awarii odbiornika GPS.

17

10) Zarzut dotyczący wymagania od Wykonawcy udzielenia Zamawiającemu niewyłącznej, nieodpłatnej licencji na korzystanie z oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę pojazdów przez okres trwania umowy.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, (*t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 666 z późn. zm.*) (*dalej jako „upapp”*) twórca może udzielić upoważnienia do korzystania z utworu na wymienionych w umowie polach eksploatacji z określeniem zakresu, miejsca i czasu tego korzystania. Istotą licencji jest udzielenie przez twórcę upoważnienia do korzystania z utworu na warunkach w niej określonych. Mając na uwadze okoliczność, iż Wykonawcy korzystają z usług firm zewnętrznych gwarantujących im tylko aktywację i działanie systemu lokalizacji GPS i nawet te firmy korzystają zwykle jedynie z sublicencji dotyczącej oprogramowania to nie może być mowy o udzieleniu przez Wykonawcę licencji Zamawiającemu, gdyż Wykonawcy nie są twórcami oprogramowania służącego do obsługi systemu rejestrującego pracę pojazdów. Tym samym, w ocenie Odwołującego proponowany przez Zamawiającego zapis należy uznać za niewykonalny, wobec czego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu jego

zmianę i wskazanie, iż Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił mu możliwość korzystania z oprogramowania do obsługi systemu rejestrującego pracę pojazdów przez okres trwania umowy (*Rozdział III dział 3 pkt X ppkt 5 SIWZ*).

11) Zarzut dotyczący udostępnienia Wykonawcy przez Zamawiającego wykazu punktów adresowych koniecznych do wyposażenia w odpowiednią ilość pojemników po zawarciu umowy.

Jak wskazał Odwołujący, udostępnienie wykazu punktów adresowych koniecznych do wyposażenia w odpowiednią ilość pojemników po zawarciu umowy bez wskazania konkretnej daty zawarcia umowy, a także bez wskazania terminu w jakim po dniu jej zawarcia zostanie przedmiotowy wykaz udostępniony Wykonawcy niesie ze sobą realną niemożność wyposażenia mieszkańców w pojemniki i worki, punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w pojemniki czy urządzenia harmonogramów odbioru odpadów zgodnie z SIWZ. Ponieważ data zawarcia umowy z przyczyn obiektywnych nie jest znana Zamawiającemu, Zamawiający winien wskazać termin, w jakim przekaże Wykonawcy wykaz punktów adresowych. Tym samym Zamawiający winien uzupełnić wykaz o ilość gospodarstw domowych na danej nieruchomości i ilości osób w każdym z gospodarstw domowych. Tylko pełne dane umożliwią bowiem Wykonawcy wykonanie przewidzianego w *Rozdziale III dział 2 pkt III ppkt 1 lit a) - d) SIWZ* przydziału pojemników służących do zbierania odpadów komunalnych z uwzględnieniem ilości osób zamieszkujących daną nieruchomość. Odwołujący wniósł o doprecyzowanie przez Zamawiającego, iż w dniu zawarcia umowy udostępni on Wykonawcy wykaz punktów adresowych koniecznych do wyposażenia w odpowiednią ilość pojemników ze wskazaniem ilości gospodarstw domowych na danej

18

nieruchomości i ilości osób w każdym z gospodarstw domowych *bądź* w dniu zawarcia umowy udostępni Wykonawcy wykaz nieruchomości, który wskazywałby: ile pojemników, o jakiej pojemności ma być podstawionych na każdej nieruchomości, oraz podaniem: liczby osób zamieszkujących daną nieruchomość, liczby gospodarstw domowych na danej nieruchomości oraz liczby osób w danym gospodarstwie domowym (*Rozdział III dział 3 pkt X ppkt 18 lit a) SIWZ*), (§ 3 ust. 2 lit a) *Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia*).

12) Zarzut dotyczący II części zamówienia w ramach której przewidziany jest okresowy wywóz odpadów komunalnych z terenu Gminy Kroczyce, realizowany po powiadomieniu dokonany pocztą elektroniczną lub telefonicznie przez pracownika Urzędu Gminy o takiej konieczności w terminie 3 dni od dnia powiadomienia oraz zagospodarowanie odebranych odpadów.

Zamawiający wskazał, iż w ramach II części zamówienia przewidziany jest okresowy wywóz odpadów komunalnych z terenu Gminy Kroczyce, realizowany po powiadomieniu dokonany pocztą elektroniczną lub telefonicznie przez pracownika Urzędu Gminy o takiej konieczności w terminie 3 dni od dnia powiadomienia oraz zagospodarowanie odebranych odpadów. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał jednak minimalnej i maksymalnej ilości kursów jakich będzie oczekiwał od Wykonawcy celem odebrania z terenu Gminy Kroczyce odpadów komunalnych w okresie trwania umowy, czy też minimalnej i maksymalnej ilości kursów w danym okresie np. miesięcznym. Zdaniem Odwołującego, częstotliwość odbioru odpadów jest bardzo ważnym elementem cenotwórczym i winna być przez Zamawiającego wskazana celem umożliwienia Wykonawcy należytej kalkulacji ceny ofertowej. Brak tych uregulowań powoduje, zdaniem Odwołującego naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p., czyniąc opis przedmiotu zamówienia niepełnym.

Odwołujący wniósł o wskazanie minimalnej i maksymalnej ilości odbiorów odpadów (*kursów*) w ramach II części zamówienia okresowego wywozu odpadów komunalnych z terenu Gminy Kroczyce, realizowanego po powiadomieniu dokonany pocztą elektroniczną lub telefonicznie przez pracownika Urzędu Gminy o takiej konieczności w terminie 3 dni od dnia powiadomienia oraz zagospodarowanie odebranych odpadów. (*Rozdział III dział 4 SIWZ*) (*Sekcja II pkt II.2.4) Ogłoszenia o zamówieniu*).

13) Zarzut dotyczący okresu w jakim świadczona będzie usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie gminy Kroczyce.

Zamawiający przewidział w treści SIWZ, iż Wykonawca jest zobowiązany do świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie gminy Kroczyce od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2019 r. Równocześnie Zamawiający w ramach

zamówienia korzysta z prawa opcji, co oznacza, że podano ilości odpadów które są wielkościami minimalnymi. W przypadku, gdy zapotrzebowanie na odbiór odpadów będzie

19

większe niż określono w formularzu cenowym Zamawiającemu przysługuje prawo opcji do zwiększenia przedmiotu zamówienia do maksymalnej wartości wyliczonej poniżej, jednakże z zastrzeżeniem, iż jest to jego uprawnienie, z którego może skorzystać, lecz nie musi, w zależności od potrzeb. Prawo opcji realizowane będzie na takich samych warunkach jak zamówienie podstawowe. Cena jednostkowa prawa opcji będzie identyczna jak zamówienia podstawowego. O zamiarze skorzystania z prawa opcji Zamawiający poinformuje Wykonawcę odrębnym oświadczeniem. Jeżeli przed upływem terminu, na jaki została zawarta umowa wykorzysta odbiór gwarantowanej ilości odpadów, zamawiający będzie mógł zlecać odbiór dalej, aż do wykorzystania prawa opcji lub do upływu terminu, na który została zawarta umowa (*Rozdział III dział 3 pkt VII SIWZ*). Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie przewidział jednak sytuacji w której minimalna jak i maksymalna wartość zamówienia zostanie wykorzystana przed dniem 31 grudnia 2019 roku. Tak sformułowane zapisy SIWZ wprowadzają po stronie Wykonawcy niepewność co do rzeczywistego okresu trwania umowy.

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie z uwagi na zastosowane ilości minimalne i maksymalne odpadów przewidzianych do zbiórki, a także minimalnego i maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy terminu świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie gminy Kroczyce od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2019 r. lub do wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację przedmiotu Umowy (*Rozdział IV SIWZ*), (§ 2 ust. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia) (§ 2 ust. 2 Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia).

14) Zarzut dotyczący przyznania sobie przez Zamawiającego prawa, do uznania na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, przyznanie sobie przez Zamawiającego jednostronnego uprawnienia do uznania na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia jest zupełnie abstrakcyjne i nie możliwe do zweryfikowania za pomocą żadnych narzędzi, w dyspozycji których jest Zamawiający. Poza tym uprawnienie to może być nadużywane przez Zamawiającego, gdyż polega wyłącznie na subiektywnej ocenie Zamawiającego bez możliwości jakiegokolwiek weryfikacji przez podmioty trzecie czy też przez samego Wykonawcę. W przypadku podmiotów świadczących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów, każda kolejna

20

umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego na odbiór i zagospodarowanie odpadów może być dla Zamawiającego powodem do uznania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, gdyż zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zamawiający nie przedstawił bowiem procedury w trybie której Wykonawca mógłby obalić opisane powyżej domniemanie Zamawiającego. Jak wskazano przedmiotowy zapis SIWZ jest wielce nieprecyzyjny i może prowadzić do nadużyć ze strony Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o jego wykreślenie (*Rozdział V dział V.A. pkt. 3 SIWZ*).

15) Zarzut dotyczący wprowadzonego kryterium środowiskowego w ramach którego Zamawiający będzie punktował odległość Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Kroczyce.

Zamawiający zastosował kryterium oceny ofert, jakim jest: Aspekt środowiskowy - Odległość Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Kroczyce mierzona po drogach publicznych. W ramach danego kryterium Zamawiający będzie punktował odległość Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych od granicy

Gminy Kroczyce. Wykonawca otrzyma punkty adekwatnie do zadeklarowanej w formularzu ofertowym odległości RIPOK (do której będą przekazywane zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone) od granicy Gminy Kroczyce mierzonej po drogach publicznych i tak: do 25 km - Wykonawca otrzyma 20,00 punktów; powyżej 25-35 km - 10,00 punktów; powyżej 35 km - 0,00 punktów.

Odwołujący wskazał, że w przypadku Gminy Kroczyce, usługę zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych mogą wykonywać, stosownie do wytycznych wynikających z ustawy o odpadach, trzy równorzędne podmioty posiadające w regionie I województwa śląskiego status instalacji regionalnych (*wykaz instalacji pochodzi ze strony internetowej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego — wykaz w załączeniu*) :

1) Instalacja MBP zarządzana przez Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Sobuczynie, ul. Konwaliowa 1, 42-263 Wrzosowa.

2) Instalacja MBP zarządzana przez PZOM S. sp. z o.o. sp. k. w Konopiskach, ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska.

3) Instalacja MBP zarządzana przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zawierciu, ul. Krzywa 3, 42-400 Zawiercie.

Odległość tychże instalacji od Gminy Kroczyce różni się i tak średnia odległość od granicy Gminy Kroczyce mierzona po drogach publicznych wynosi (*zdjęcia z google maps w załączeniu*) dla:

1) Instalacji MBP zarządzanej przez Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Sobuczynie, ul. Konwaliowa 1, 42-263 Wrzosowa — ok. 48, 1 km.

21

2) Instalacji MBP zarządzanej przez PZOM S. sp. z o.o. sp. k. w Konopiskach, ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska - ok. 55,5 km.

3) Instalacji MBP zarządzanej przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zawierciu, ul. Krzywa 3, 42-400 Zawiercie - ok. 16,9 km.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający faworyzuje tylko podmioty, które mają zawartą umowę z instalacją RIPOK w Zawierciu, w tym zarządzającego przedmiotową instalacją, który jest potencjalnie podmiotem zainteresowanym świadczeniem usługi odbioru odpadów i ich zagospodarowania z terenu Gminy Kroczyce, gdyż tylko odległość tej instalacji od granicy Gminy Kroczyce daje Wykonawcy przewagę punktową przy ocenie ofert. Już sama ta okoliczność powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p.

Instalacja w Zawierciu jest najmniejszą z instalacji regionalnych Regionu I dla województwa śląskiego i jej niewielkie moce przerobowe nie dają pewności, iż przez cały okres trwania umowy wykonawczej instalacja ta będzie w stanie przyjmować do zagospodarowania przekazane jej z terenu Gminy Kroczyce odpady.

Ponadto zdaniem Odwołującego, zastosowany przez Zamawiającego aspekt środowiskowy niewiele ma wspólnego z ochroną środowiska. Sama bowiem odległość do instalacji RIPOK od granic Gminy nie wpływa na ochronę środowiska. Należy bowiem mieć na uwadze, iż do pokonania nawet najkrótszej drogi Wykonawca może użyć sprzętu (*samochodów typu śmieciarka*), którego oddziaływanie na środowisko będzie znacznie poważniejsze, niż w przypadku wykonawcy, który pomimo pokonania dłuższej trasy dokona mniejszej szkody na środowisku używając sprzętu, którego oddziaływanie na środowisko będzie zredukowane do minimum. Na obszarze Unii Europejskiej przepisy dotyczące ochrony środowiska stają się coraz bardziej rygorystyczne obejmując obowiązkowe normy w zakresie wielkości emisji

pojazdów, czy ograniczenie stosowania szkodliwych substancji. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego możliwość spełnienia wymogu uwzględniania czynników środowiskowych przy świadczeniu usługi za pomocą pojazdów jest realna np. poprzez uwzględnienie i określenie w specyfikacji wymogów technicznych dotyczących parametrów energetycznych i środowiskowych dla każdego rozważanego rodzaju oddziaływania, a także wszelkich dodatkowych skutków dla środowiska jako kryteriów oceny ofert. Zamawiający mógłby żądać podania informacji wskazujących na wielkość emisji oferowanych do wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów pojazdów dwutlenku węgla, emisji tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów poprzez np. odwołanie się do normy EURO.

Zdaniem Odwołującego zapis SIWZ i Ogłoszenia narusza art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1, w zw. z art. 29 ust. 2 i 4, w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 3) p.z.p. poprzez dokonanie opisu kryterium oceny ofert tj. aspektu środowiskowego w sposób uchybiający zasadom uczciwej

konkurencji oraz uniemożliwiający rzeczywistą porównywalność ofert pod kątem ochrony środowiska.

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie w ramach kryterium środowiskowego, iż Zamawiający będzie punktował standard emisji spalin posiadany przez samochody mające wykonywać usługę odbioru i transportu do zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Kroczyce, i tak czym wyższy standard emisji spalin tym wyższa ilość punktów bądź w przypadku nie zaakceptowania takiego rozwiązania Zamawiający będzie punktował odległość Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych od granicy Gminy Kroczyce alternatywnie z równoważnym mu kryterium jakim będzie posiadany przez samochody mające wykonywać usługę odbioru i transportu do zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Kroczyce standard emisji spalin, gdzie czym wyższy standard emisji spalin tym wyższa ilość punktów przyznana Wykonawcy (*Rozdział XIV, dział 1, pkt 4 w zw. z Rozdziałem XIV dział 2 SIWZ*) (*Sekcja II pkt 112.14) ppkt 4 Ogłoszenia o zamówieniu*); (*Sekcja II pkt II. 2.14) Ogłoszenia o zamówieniu*).

16) Zarzut dotyczący obowiązku Wykonawcy polegającego na odmowie realizacji odbioru odpadów, w przypadku stwierdzenia innych odpadów, niż odpady stanowiące przedmiot umowy.

Odwołujący wskazał, że zredagowany przez Zamawiającego obowiązek Wykonawcy jest nieprecyzyjny i prowadzić może do negatywnej oceny wypełniania przez Wykonawcę obowiązków wynikających z SIWZ, co w konsekwencji grozi Wykonawcy największą konsekwencją w postaci odstąpienia od Zamawiającego od umowy wobec nienależytego w ocenie Zamawiającego wykonywania tejże umowy.

Odwołujący wniósł o jednoznaczne wskazanie czy do obowiązków Wykonawcy należy odmówienie realizacji odbioru odpadów, w przypadku stwierdzenia w PSZOK czy przed nieruchomością jednorodzinną czy wielorodzinną innych odpadów, niż odpady stanowiące przedmiot umowy (*a zatem innych niż zmieszane odpady komunalne, papier, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, metal, szkło, odpady ulegające biodegradacji, meble i inne odpady wielkogabarytowe, przeterminowane leki i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, odpady budowlane i rozbiórkowe, pochodzące z remontów i innych robót budowlanych wykonywanych we własnym zakresie, na wykonanie, których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę lub rozbiórkę, a także na wykonanie, których nie jest wymagane zgłoszenie do administracji budowlano - architektonicznej, zużyte opony tj. odpady przeznaczane do bezpośredniego odbioru sprzed nieruchomości oraz odpady odbierane z PSZOK*) czy również odmówienie odbioru odpadów udostępnionych przez poszczególnych mieszkańców niezgodnie z treścią SIWZ, a mianowicie np. zamiast odpadów segregowanych mieszkaniac przekazał do odbioru odpady zmieszane albo przed nieruchomością wystawił odpady, które zgodnie z SIWZ winny być

odbierane tylko z PSZOK (*§ 3 ust. 1 lit f) Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia*).

17) Zarzut dotyczący zapisu w którym Zamawiający wskazał, iż przysługuje mu prawo do obciążenia Wykonawcy karą umowną za każdy dzień opóźnienia w przekazywaniu kompletnego raportu miesięcznego w wysokości 200 zł.

Zamawiający ustanowił w *§ ii ust. 1 lit c) Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia*, iż wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w przypadku opóźnienia w przekazywaniu kompletnego raportu miesięcznego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zmodyfikował ogólną zasadę odpowiedzialności kontraktowej określoną w art. 471 Kodeksu Cywilnego, zgodnie z którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, gdy skutecznie ekskulpuje się - czyli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Odwołujący wskazał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika dopuszczalne jest tylko zgodnie z przepisem art. 473 § 1 k.c. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył regulację art. 473 § 1 k.c. (*w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy*) w przedmiotowym zapisie. Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik nie jest bowiem zobowiązany do naprawienia szkody, jeśli jest ona skutkiem okoliczności, za które nie ponosi dłużnik odpowiedzialności. A zatem nie ponosi odpowiedzialności - jeśli jest ona skutkiem działania osób trzecich, samego

Zamawiającego czy siły wyższej. Zamawiający nie określił w przedmiotowym zapisie Umowy - wbrew regulacji art. 473 § 1 k.c. - tych konkretnych, oznaczonych okoliczności, na które odpowiedzialność miałaby być rozszerzona, której to odpowiedzialności zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności kontraktowej Wykonawca nie ponosi. Brak takiego wskazania zdaniem Odwoływającego powoduje, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej staje się nieskuteczne. Niedopuszczalność takiego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawców potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12.

Odwoływający wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w § 11 ust. 1 lit c) słowa *opóźnienie* i zastąpienie go odpowiednio słowem *zwłoka* (§11 ust. 1 lit c) *Załącznika nr 5 do SIWZ-wzór umowy dla części I zamówienia*).

18) Zarzut dotyczący zapisu w którym Zamawiający przewidział, iż przysługuje mu prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za niezrealizowanie co najmniej raz w roku akcji informacyjno - promocyjnej lub zrealizowanie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą w wysokości 5 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 (cena całkowita)

Zdaniem Odwoływającego, sankcje przewidziane przez Zamawiającego w §11 ust. 1 lit j) *Załącznika nr 5 do SIWZ- wzór umowy dla części I zamówienia* umowy są nadm i erne i nieproporcjonalne do wagi dokonanego naruszenia i jego znaczenia dla objętego sankcją

24

zakresu zamówienia. Zamawiający pozbawił Wykonawcę szansy na odniesienie się do zarzucanych naruszeń i wykazanie braku odpowiedzialności lub w ogóle - braku zasadności uznania, iż doszło do naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy. Takie ukształtowanie postanowień Umowy, zdaniem Odwoływającego narusza kodeksową zasadę ekwiwalentności świadczeń i nadmiernie obciąża Wykonawcę tworząc barierę w ubieganiu się o udzielenie zamówienia nieuzasadnioną obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Odwoływający wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenie przewidzianej kary umownej za niezrealizowanie co najmniej raz w roku akcji informacyjno - promocyjnej lub zrealizowanie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą do wysokości 0,5 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 2 (cena całkowita) (§11 ust. 1 lit f) *Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia*).

19) Zarzut dotyczący prawa Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy karą umowną za nierozpatrzenie przez Wykonawcę reklamacji w terminie lub załatwienie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą w wysokości 0,5 % wynagrodzenia, o którym mowa w §4 ust. 2 (cena całkowita).

Zamawiający w §11 ust. 1 lit g) *Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia* oraz w § 9 ust. 1 lit a) *Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia* wskazał, iż *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nierozpatrzenie reklamacji w terminie dni lub załatwienie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą w wysokości 0,5 % wynagrodzenia, o którym mowa w §4 ust. 2 (cena całkowita)*. Jak zauważył Odwoływający, w treści złożonej przez Wykonawcę oferty wymagany jest wskazanie jedynie oferowanego terminu w jakim Wykonawca rozpatrzy reklamację, bez wskazywania sposobu załatwienia reklamacji, co oczywiście będzie zależne od okoliczności zgłoszonej sprawy. Tym samym wysokość proponowanej przez Zamawiającego kary umownej jest oczywiście nadmierna i nieproporcjonalna do wagi dokonanego naruszenia i jego znaczenia dla objętego sankcją zakresu zamówienia. Odwoływający zakłada, że celem Zamawiającego jest uzyskanie od Wykonawcy świadczenia usługi na oczekiwanym poziomie, a nie - uzyskanie przychodów poprzez karanie Wykonawcy. Kara finansowa powinna być z założenia narzędziem motywującym Wykonawcę do działania na rzecz utrzymania oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu usług. Obecna konstrukcja zasad karania przy tak nadmiernej wysokości danej kary przy równoczesnym braku ograniczenia wysokości naliczonych kar umownych, zdaniem Odwoływającego działa demotywująco, skłaniając bądź to do nie złożenia oferty bądź złożenia jej z bardzo wysoką ceną, gdyż nie da się realnie oszacować ryzyk związanych z takimi karami.

Odwoływający wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisanego zapisu na następujący: *Zamawiający przewidział, iż przysługuje mu prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za*

25

nierozpatrzenie przez Wykonawcę reklamacji w terminie wskazanym w złożonej ofercie w wysokości 500,00 zł. (§ 1 1 ust. 1 lit g) Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia); (§ 9 ust. 1 lit a) Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia).

20) Zarzut dotyczący kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego w wysokości 10% ceny ustalonej w § 4 ust. 2 (cena całkowita).

Zamawiający w §11 ust. 1 lit h) Załącznika nr 5 do SIWZ — wzór umowy dla części I zamówienia oraz § 9 ust. 1 lit d) Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia wskazał, iż Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego w wysokości 10% ceny ustalonej w § 4 ust. 2 (cena całkowita). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, która czyni rozpatrywany zapis umowny niezgodnym z art. 5 k.c., iż w tak sformułowanym zapisie przyczyną odstąpienia od umowy mogą być również okoliczności niezależne od Wykonawcy, a uwarunkowane czynnikami zewnętrznymi. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 383 § 1 i art. 384 § 1 k.c., zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy gdy nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie kary umownej w tak dotkliwej wysokości może być tylko skuteczne w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu i wskazanie, iż Zamawiającemu przysługuje prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 10% ceny ustalonej w § 4 ust. 2 (cena całkowita) (§ 1 1 ust. 1 lit h) Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia); (§ 9 ust. 1 lit d) Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia).

21) Zarzut dotyczący prawa odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy, w szczególności w sposób niezgodny z umową, SIWZ oraz wskazaniami Zamawiającego.

Zredagowane w § 12 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia oraz w § 10 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ — wzór umowy dla części II zamówienia prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy w szczególności w sposób niezgodny z umową, SIWZ oraz wskazaniami Zamawiającego w zakresie w jakim umożliwia Zamawiającemu odstąpienie od umowy w przypadku wykonywania umowy przez Wykonawcę niezgodnie ze wskazaniami Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego niezgodne z przepisami ustawy. Jak wskazał Odwołujący, okoliczności w których Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od

26

umowy winny być jasno i precyzyjnie wskazane i tak jak okoliczności nienależytego wykonywania przedmiotu umowy w sposób niezgodny z umową i SIWZ znajdują swoje odzwierciedlenie w dokumentach przetargowych, tak wskazania Zamawiającego to pojęcie niezdefiniowane, które jako nieznanne na dzień zawierania umowy i w niej nie opisane nie może stanowić podstawy odstąpienia. Chodzi bowiem również o to, aby druga strona umowy nie pozostawała w stanie nadmiernej niepewności, by ponad miarę, mierzoną przez słuszne interesy obu stron, nie została zachwiana pewność sytuacji wywołanej zawarciem i wykonywaniem umowy.

Zaprezentowany przez Zamawiającego §12 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia oraz §10 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ - wzór umowy dla części II zamówienia zdaniem Odwołującego pozostaje w sprzeczności nie tylko z art. 29 ust. 1 p.z.p. ale przede wszystkim z art. 5 k.c.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z opisanego powyżej zapisu umownego możliwości nałożenia kary umownej za wykonywanie umowy niezgodnie ze wskazaniami Zamawiającego i pozostawienie zapisu zgodnie z którym Zamawiającemu przysługiwać będzie prawo do odstąpienia od umowy w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy tj. w sposób niezgodny z umową i SIWZ (§ 12 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy dla części I zamówienia oraz w § 10 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ — wzór umowy dla części II zamówienia).

22) Zarzut dotyczący żądania przez Zamawiającego aby Wykonawca złożył oświadczenie, że wymienione w załączniku nr 1 do umowy osoby będą w okresie

realizacji umowy zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - kodeks pracy.

W załączniku nr 1 do umowy - Wykaz pracowników Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca złożył oświadczenie, że wymienione w załączniku nr 1 do umowy osoby będą w okresie realizacji umowy zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - kodeks pracy. Wymaganie Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego abstrakcyjne, wobec okoliczności, że Wykonawca może być jedynie zobowiązany do utrzymania zatrudnienia osób związanych z realizacją umowy wykonawczej na określonym poziomie w okresie trwania umowy wykonawczej. Nie jest możliwe, aby w dniu zawierania umowy wykonawczej trwającej w założeniu 36 miesięcy oświadczyć, iż imiennie wskazane osoby będą w okresie realizacji umowy zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - kodeks pracy. Osobą tym może bowiem zostać złożone wypowiedzenie umowy o pracę, same mogą takie wypowiedzenie złożyć, mogą zmienić zakres wykonywanej w zakładzie Wykonawcy pracy, który nie będzie już bezpośrednio związany z świadczeniem przez Wykonawcę usługi na rzecz Gminy Kroczyce. Obecna forma oświadczenia jest zdaniem Odwołującego sprzeczna

27

z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści oświadczenia Wykonawcy, na takie z treści, którego będzie wynikać, że wymienione w załączniku nr 1 do umowy osoby na dzień złożenia oświadczenia są zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - kodeks pracy (*załącznik nr 1 do umowy - Wykaz pracowników*).

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za bezzasadny zarzut nr 17.

Odwołujący wnosił o zmianę treści § 11 ust. 1 lit. c) Załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy dla części I zamówienia, poprzez zmianę zapisu, nakładającego na wykonawcę obowiązek zapłaty kary umownej w wysokości 200 zł za każdy dzień opóźnienia w przekazywaniu kompletnego raportu miesięcznego. Odwołujący wnosił o zmianę zapisu, nakładającego obowiązek zapłaty kary umownej w ten sposób, aby kara była należna za zwłokę, a nie za opóźnienie wykonawcy w przekazaniu raportu.

Izba uznała powyższy zarzut za nieuzasadniony.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że określony w § 11 ust. 1 lit. c) Załącznika nr 5 do SIWZ termin przekazywania raportów miesięcznych do 20 dnia miesiąca następującego po miesiącu rozliczeniowym, nie stanowi nadmiernego obciążenia dla wykonawcy. Jest to termin, którego dotrzymanie jest w pełni realne dla wykonawcy realizującego zamówienie. Zamawiający wykazał, że terminowe przekazanie tego raportu uzasadnione jest potrzebami Zamawiającego. Zamawiający uprawniony jest więc do wprowadzenia do umowy zawieranej z wykonawcą mechanizmu, który zapewni będzie wykonanie tego obowiązku.

Mechanizmem takim może być zastrzeżenie obowiązku zapłaty kar umownych i Zamawiający w niniejszej sprawie z tego mechanizmu skorzystał. Przygotowanie i przekazanie raportu miesięcznego jest czynnością zależącą wyłącznie od wykonawcy realizującego zamówienie. To wykonawca, bazując na posiadanych przez siebie danych,

28

dotyczący realizacji umowy w danym miesiącu, powinien przygotować raport i w odpowiednim terminie przekazać raport Zamawiającemu. Przygotowanie i przekazanie raportu nie jest więc uzależnione od działań lub zaniechań osób trzecich, a wszelkie dane

zawarte w raporcie, gromadzone są przez samego wykonawcę.

Kara umowna zastrzeżona została na wypadek opóźnienia wykonawcy w przekazaniu raportu – a więc na wypadek niedotrzymania przez wykonawcę terminu, niezależnie od tego, czy niedotrzymanie terminu wynika z okoliczności zawinionych, czy też niezawinionych przez wykonawcę. Wykonawca realizujący umowę przyjmuje więc na siebie odpowiedzialność za przekazanie raportu na zasadzie ryzyka – co w świetle uregulowań Kodeksu cywilnego uznaje się za w pełni dopuszczalne. Przy czym podkreślić należy, że nie sposób uznać tego ryzyka za ryzyko nadmierne, skoro – jak wskazano wyżej – wszelkie dane, które znaleźć się powinny w raporcie, powinien zgromadzić sam wykonawca. Odwołujący nie wykazał (ani nawet nie podjął próby wykazania), że taki sposób określenia przypadku, w którym należąca jest kara umowna, narusza zasadę uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców.

Izba uznała za bezzasadny zarzut nr 18.

Odwołujący wnosił o zmniejszenie wysokości kary umownej, przewidzianej za niezrealizowanie co najmniej raz w roku akcji informacyjno – promocyjnej lub zrealizowanie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą (§ 11 ust. 1 lit. f) Załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy. Zdaniem Odwołującego, kara umowna z tego tytułu w wysokości 5% wynagrodzenia wykonawcy, prowadziłaby do nadmiernego obciążenia wykonawcy i Odwołujący wniósł o zmniejszenie jej wysokości do 0,5%, a więc dziesięciokrotnie.

Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny.

Zamawiający przekonująco uzasadnił potrzebę wprowadzenia kary umownej z tego tytułu – zarówno co do zasady, jak i co do wysokości kary umownej. Kara umowna przewidziana została na wypadek niewywiązania się przez wykonawcę z przyjętych zobowiązań umownych w zakresie zrealizowania akcji informacyjno – promocyjnych. Zasadność wprowadzenia kary umownej z tego tytułu dodatkowo zwiększa fakt, że kryterium akcji informacyjno – promocyjnych było dodatkowo punktowane przez Zamawiającego. Tym bardziej Zamawiający powinien więc mieć możliwość doprowadzenia do wykonania przez wykonawcę obowiązków umownych. Jednocześnie Zamawiający przekonująco uzasadnił przyjętą wysokość kary umownej. Przyjęta przez Zamawiającego wysokość kary umownej za niezrealizowanie lub niezrealizowanie jednej akcji (5% wartości wynagrodzenia) odpowiada 1/3 wartości wagi postawionego w SIWZ kryterium jakości akcji informacyjno – promocyjnej (waga całego kryterium wynosi 15%).

29

Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego za w pełni racjonalne i nie naruszające obowiązujących przepisów prawa.

Izba uznała za bezzasadny zarzut nr 19.

Odwołujący wnosił o zmianę wysokości kary umownej, przewidzianej za nierozpatrzenie przez wykonawcę reklamacji w terminie lub załatwienie jej w sposób niezgodny ze złożoną ofertą (§ 11 ust. 1 lit. f) Załącznika nr 5 do SIWZ oraz § 9 ust. 1 lit. a) Załącznika nr 6 do SIWZ). Zdaniem Odwołującego, kara umowna z tego tytułu w wysokości 0,5% wynagrodzenia wykonawcy ma nadmierną wysokość i Odwołujący wniósł o jej zmianę, poprzez zastrzeżenie kary umownej w wysokości 500 zł.

Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny. Zamawiający był uprawniony do określenia kary umownej w wysokości przewidzianej w SIWZ.

Stwierdzić bowiem należy, że termin rozpatrzenia reklamacji stanowił jedno z kryterium oceny ofert, za które Zamawiający przyznawać ma dodatkowe punkty. Uzasadnione jest więc dążenie Zamawiającego do wyegzekwowania od wykonawcy rzeczywistej realizacji obowiązków przewidzianych w tym kryterium, a więc załatwiania reklamacji w zadeklarowanym przez wykonawcę terminie. Zamawiający chroni się w ten sposób przed oferowaniem przez wykonawców zbyt krótkich i nierealnych terminów załatwienia reklamacji. Poza tym kara umowna odnosi się do terminu i określonego w ofercie sposobu załatwienia reklamacji, a więc do zakresu zobowiązań wykonawcy, które wykonawca przyjął na siebie w sposób całkowicie niezależny i nie narzucony przez Zamawiającego.

Z powyższych względów brak jest podstaw do uznania, że zastrzeżona przez Zamawiającego wysokość kary umownej jest nadmiernie wygórowana.

Izba uznała za bezzasadny zarzut nr 21

Odwołujący wnosił o zmianę postanowień, dających Zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy (§ 12 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ oraz § 10 ust. 1 Załącznika nr 6 do SIWZ). Zdaniem Odwołującego, uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy powinno zostać ograniczone tylko do przypadków nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę (a więc wykonania niezgodnie z umową i treścią SIWZ), bez możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku wykonywania przez wykonawcę umowy niezgodnie ze wskazaniami Zamawiającego.

Izba uznała powyższy zarzut za nieuzasadniony.

Formułując powyższy zarzut, Odwołujący pominął okoliczność, że wzór umowy (zarówno dotyczący części I, jak i części II zamówienia), wprost przewiduje sytuacje, w których wykonawca zobowiązany jest wykonać umowę zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego. Dotyczy to np. obowiązku rozmieszczenia kontenerów w miejscach, które wskaże

30

Zamawiający. W świetle tych zapisów wzorów umowy, wykonanie umowy zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego jest jednym z elementów zobowiązania umownego wykonawcy. Wykonanie umowy zgodnie z tymi wskazaniami staje się więc jednym z kryteriów oceny, czy umowa jest wykonywana należycie. A skoro tak, to Zamawiający uprawniony był zastrzec sobie możliwość odstąpienia od umowy w przypadku wykonania umowy przez wykonawcę niezgodnie ze wskazaniami Zamawiającego, a więc w przypadku wykonania nienależytego.

Izba uznała zarzut opisany pod nr 9 za bezzasadny.

Stosownie do opisu przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić ciągłą rejestrację sygnału nadajników GPS zlokalizowanych w pojazdach wywożących odpady. W przypadku, gdy awaria nadajnika GPS nastąpi w trakcie odbioru odpadów, Wykonawca zobligowany jest do zamontowania na czas naprawy zastępczego nadajnika GPS, tak aby rejestracja sygnału przebiegała w sposób bezawaryjny i bez zakłóceń.

Zamawiający wyjaśnił, że zdecydowana większość nieruchomości, z których Wykonawca zobowiązany jest odebrać odpady komunalne to nieruchomości jednorodzinne, dla których częstotliwość odbioru odpadów komunalnych wynosi 1 raz w miesiącu. W związku z powyższym obowiązek dostarczenia w ciągu 2 dni roboczych Zamawiającemu zaświadczenia z serwisu technicznego o zaistniałej awarii odbiornika GPS dotyczy jedynie sytuacji, gdy awaria nastąpi w trakcie odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy Kroczyce, zaś obowiązek zamontowania w pojeździe zastępczego odbiornika GPS na czas naprawy może mieć znaczenie dla realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia jedynie w sytuacji, gdy naprawa zaistniałej awarii odbiornika GPS nie nastąpi do czasu przystąpienia przez Wykonawcę do kolejnego odbioru odpadów komunalnych.

Zamawiający wyjaśnił także, że nałożenie wyżej określonego obowiązku na Wykonawcę, ukierunkowane jest na ograniczenie możliwości manipulowania przez Wykonawcę odbiornikami GPS, zamontowanymi w pojazdach obierających odpady, a co za tym idzie wyeliminowanie nieprawidłowości związanych z odbiorem odpadów komunalnych. W świetle powyższych wyjaśnień, Izba stwierdziła, że Zamawiający opisał uzasadnione potrzeby. Z pewnością za istotny argument należy uznać bezwzględną potrzebę Zamawiającego wyeliminowania wszelkich możliwości manipulowania przez Wykonawcę odbiornikami GPS, zamontowanymi w pojazdach obierających odpady, co narazić mogłoby Zamawiającego na konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów, czy spowodować inne nieprawidłowości związane z niewłaściwym odbiorem odpadów komunalnych. Tym samym, wymaganie Zamawiającego należy uznać za uzasadnione.

Ponadto, w ocenie Izby nie można uznać za sprzeczny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wymogu, który nakłada na wykonawcę zamówienia obowiązki. Z całą

31

pewnością fakt, że nałożony przez Zamawiającego obowiązek jest kłopotliwy dla wykonawcy, nie stanowi podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył przepisy przedmiotowej ustawy.

Z powyższych względów Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Izba uznała za bezzasadny zarzut opisany pod numerem 14.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym postawienie zarzutu przyznania sobie przez Zamawiającego prawa, do uznania na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia jest nieuprawnione, bowiem kwestionowane przez Odwołującego prawo wynika wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. z art. 22d ust. 2. Skoro zatem uprawnienie wynika wprost z ustawy, nie może zostać uznane za sprzeczne z nią. Należy dodać, że ustawa nie przewiduje dodatkowych wymagań związanych z zastosowaniem tego przepisu ustawy.

Izba uznała za zasadne zarzuty opisane pod numerem 4 i 5.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział, że to mieszkańcy będą zgłaszali bezpośrednio Wykonawcy, nie zaś Zamawiającemu, zapotrzebowanie na pojemniki i worki. W ocenie Izby, to Zamawiający jest stroną stosunku zobowiązaniowego łączącego go z Wykonawcą, nie zaś mieszkańiec. Tym samym uzasadnione są obawy Odwołującego, że mieszkańcy mogą z pominięciem Zamawiającego wpływać na realizację przedmiotu zamówienia w kluczowych kwestiach, takich jak ilość pojemników czy worków, przysługująca danej nieruchomości w zamian za dokonaną opłatę za zagospodarowanie odpadami komunalnymi. Trafnie wskazał Odwołujący, że Zamawiający może zostać pozbawiony realnej kontroli nad ilością pojemników i worków pozostawionych w dyspozycji mieszkańców, a Wykonawca może nie mieć możliwości oszacowania ostatecznej ilości i worków koniecznych do wykonania usługi.

W ocenie Izby, brak możliwości oszacowania ostatecznej ilości worków koniecznych do wykonania usługi oznacza, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, co stanowi co najmniej utrudnienie w przygotowaniu oferty.

Co więcej, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, aby taki opis przedmiotu zamówienia uzasadniony był jego bezwzględnymi potrzebami. Nie jest zrozumiałe stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym przyjęte przez niego zapisy SIWZ zapewnić mają wprowadzenie lepszej organizacji odbioru odpadów w sytuacji niedostępności pracowników Zamawiającego z uwagi np. na okres świąteczny. Należy ponownie podkreślić, że to

32

Zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za zlecenie usługi i to Zamawiający powinien w taki sposób zorganizować pracę osób odpowiedzialnych za współpracę z wykonawcą oraz za nadzorowanie zbierania odpadów, aby odbiór odpadów przebiegał w sposób niezakłócony.

Ponadto, przedstawienie przez Zamawiającego szacunkowej liczby pojemników powoduje, że Wykonawca na dzień złożenia oferty nie jest w stanie przewidzieć, jaką ostatecznie ilość pojemników (z podziałem na ich pojemności) musi wkalkulować w cenę ofertową. W pierwszej kolejności należy wskazać, że powyższe oznacza niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia. Nadto, złożone oferty będą niejednolite. Zakup pojemników jest znaczącą pozycją składową ceny ofertowej, stąd pozbawienie Wykonawcy możliwości rzetelnego oszacowania wartości tej części wynagrodzenia pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby, nie jest uprawnione stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym: „pojemniki stanowią zasoby Odwołującego oraz jego własność, w związku z czym po upływie realizacji zamówienia podlegają zwrotowi, a nie przechodzą na własność Zamawiającego, dlatego należy je traktować jako potencjał niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia”.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Wykonawca musi zapewnić pojemniki na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Często jest więc zobowiązany, aby pojemniki zakupić. Pojemniki w przyszłości mogą nie zostać wykorzystane, z uwagi na odmienne wymogi stawiane pojemnikom przez podmioty odpowiadające za odbiór odpadów.

Ponadto Zamawiający wskazał, że zakłada, iż Odwołujący posiada doświadczenie w realizacji podobnych zadań i dlatego jest w stanie z większą dokładnością, aniżeli uczyniłby to Zamawiający, oszacować ilość pojemników, które ulegają uszkodzeniom, bądź zaginięciu. Należy zauważyć, że również Zamawiający, zlecając dotychczas zamówienia na terenie gminy, dysponuje wiedzą w powyższym zakresie. Co więcej, to właśnie dane pochodzące z

jednego źródła (od Zamawiającego) umożliwią złożenie ofert, które będą możliwie najbardziej porównywalne, gdyż dane posiadane przez Zamawiającego dotyczą konkretnego terenu, z konkretną strukturą gospodarstw domowych i przekazane zostaną wszystkim wykonawcom. W przypadku polegania na doświadczeniu, jakie nabył każdy z wykonawców, może okazać się, że doświadczenia te są odmienne i nie uwzględniają specyfiki Zamawiającego.

W ocenie Izby, Wykonawca, aby wycenić ofertę, winien dysponować co najmniej podstawowymi danymi, tak aby móc wycenić ryzyko. Tym samym konieczne jest wskazanie ilości chociażby minimalnych czy maksymalnych, za które będzie przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie. W świetle powyższego, Izba w treści sentencji nakazała Zamawiającemu wskazanie ilości pojemników do zbierania odpadów komunalnych zmieszanych, w które

33

Wykonawca wyposaży nieruchomości zamieszkałe, z podziałem na pojemność, przy uwzględnieniu ilości minimalnych lub maksymalnych, w przypadku przekroczenia których Wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie za dostarczone pojemniki.

Izba uznała za uzasadniony także zarzut opisany w punkcie 15.

W ocenie Izby, Zamawiający ma pełne prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb. Ma także prawo opisanie kryteriów w taki sposób, aby ich zastosowanie prowadziło do wyboru określonych rozwiązań, które będą korzystne dla społeczności, czy też dla środowiska. Jednakże w niniejszym postępowaniu nieuzasadnione było zastosowanie określonego przez Zamawiającego kryterium nazwanego aspektem środowiskowym. Wbrew nazwie tego kryterium, jego zastosowanie nie będzie prowadziło do zakładanego przez Zamawiającego rezultatu w postaci ochrony środowiska. Opis tego kryterium wskazuje, że zakładana przez Zamawiającego ochrona środowiska miała przejawiać się w maksymalnym skróceniu tras, którymi jeździć będą pojazdy. Jednakże, jak trafnie zauważył Odwołujący, w odniesieniu do tego kryterium w żaden sposób nie można mówić o aspekcie środowiskowym, gdyż nawet w sytuacji, gdy wypełniony pojazd dojedzie do najbliższej położonego RIPOK, to po opróżnieniu pojazdu i tak musi wrócić do swojej bazy transportowej, co nie stanowi żadnej oszczędności środowiskowej.

Skoro zatem nie można mówić o oszczędności środowiskowej, to oznacza to, że kryterium to jest bezpodstawne.

Tym samym Izba uwzględniła zarzut dokonania opisu kryterium oceny ofert tj. aspektu środowiskowego w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji oraz uniemożliwiający rzeczywistą porównywalność ofert pod kątem ochrony środowiska.

Izba nie nakazywała w treści sentencji wykreślenia tego kryterium, pozostawiając do uznania Zamawiającemu sposób modyfikacji tego kryterium (tj. dokonanie modyfikacji stosownie do uznania Zamawiającego - całkowite usunięcie kryterium aspekt środowiskowy lub wprowadzenie innego aspektu środowiskowego w miejsce dotychczasowego, jakim była odległość Zamawiającego od instalacji RIPOK).

Izba postanowiła o umorzeniu odwołania w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem: 1, 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16, 20, 22. W treści odpowiedzi na odwołania Zamawiający oświadczył, że uwzględni ww. zarzuty (z wyjątkiem zarzutu opisanego w odwołaniu pod numerem 20, który Zamawiający uwzględnił na posiedzeniu z udziałem stron).

Stosownie do artykułu 186 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku

34

uwzględniania przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązuje Zamawiającego (w przypadku uwzględnienia zarzutów) do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Iżba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....