

Sygn. akt: KIO 2304/14

WYROK
z dnia 18 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 listopada 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 listopada 2014 r. przez **Usługi Komunalne Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 42/44, 47-220 Kędzierzyn - Koźle** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny „Czysty Region”, ul. Portowa 47; 47-205 Kędzierzyn- Koźle**

przy udziale wykonawców **Remondis Opole Sp. z o.o., al. Przyjaźni 9, 54-576 Opole; Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice; Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Oczyszczania Miasta Z. S., Korzonek 98, 42-274 Konopiska** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w sposób wskazany w uzasadnieniu z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji,

2. kosztami postępowania obciąża **Związek Międzygminny „Czysty Region”, ul. Portowa 47; 47-205 Kędzierzyn- Koźle** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Usługi Komunalne Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 42/44, 47-220 Kędzierzyn – Koźle** tytułem wpisu od odwołania;

 - 2.2. zasądza od **Związku Międzygminny „Czysty Region”, ul. Portowa 47; 47-205 Kędzierzyn- Koźle** na rzecz **Usługi Komunalne Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 42/44, 47-220 Kędzierzyn – Koźle** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Związku Międzygminnego „Czysty Region” w okresie 4 lat - 10 części*” (numer sprawy: ZP.2711.13.2014), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 203-359631 dnia 22.10.2014 r., przez Związek Międzygminny „*Czysty Region*”, ul. Portowa 47; 47-205 Kędzierzyn- Koźle zwany dalej: „*Zamawiającym*”. W dniu 22.10.2014 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 03.11.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Usługi Komunalne Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 42/44, 47-220 Kędzierzyn - Koźle zwana dalej: „*Usługi Komunalne Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” wniosła odwołanie na podstawie art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.11.2014 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1) art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, a w szczególności bazą magazynowo- transportową w sposób, który uniemożliwia określenie jaką ilością baz magazynowo-transportowych ma dysponować wykonawca który złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (pkt IV ppkt 2.3 SIWZ);

2) art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób, który uniemożliwia określenie jaką ilością osób ma dysponować wykonawca który złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, a tym

samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (pkt IV ppkt 2.4 SIWZ);

3) art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób, który uniemożliwia określenie jakim poziomem przychodów, ubezpieczenia i środków finansowych lub zdolności kredytowej ma się wykazać wykonawca, który złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (pkt IV ppkt 2.5 SIWZ);

4) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim w załączniku nr 1 do SIWZ Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ”):

a) przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług dodatkowych określonych w Uchwale Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Czysty Region” w sprawie określenia rodzajów dodatkowych usług świadczonych przez Związek Międzygminny „Czysty Region” w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania odpadów oraz wysokości cen za te usługi bez określenia maksymalnego zakresu usług dodatkowych, które wykonawca będzie zobowiązany świadczyć w ramach realizacji przedmiot zamówienia (rozdz. I pkt 5 SOPZ);

b) w przypadku, gdy właściciel nieruchomości dokona zgłoszenia nowej nieruchomości po raz pierwszy (poprzez złożenie pierwszej deklaracji, wykonawca będzie odbierał odpady i dostarczy właścicielowi nieruchomości pojemniki, worki i kody kreskowe, bez określenia maksymalnej liczby nowych nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady w ramach realizacji przedmiotu umowy (rozdz. I pkt 9 SOPZ);

c) wykonawca dostarczając pojemniki i pierwsze dwa komplety worków zobowiązany jest uzyskać potwierdzenie właściciela nieruchomości. Potwierdzenie powinno zawierać datę i podpis właściciela nieruchomości (rozdz. II pkt 11 SOPZ);

d) wszystkie pojemniki do zbierania odpadów muszą spełniać wymagania określone w ustawie o systemie oceny zgodności lub wymagania Polskich Norm, jak również w zakresie w jakim pojemniki, kontenery oraz worki muszą spełniać normy wymagane na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, bez określenia jakie konkretnie normy mają spełniać

pojemniki, kontenery oraz worki (rozd. II odpowiednio pkt 17 i pkt 26 SOPZ);

e) wykonawca ubezpieczy pojemniki od kradzieży i/lub zniszczenia na własny koszt (rozd. II pkt 25 SOPZ);

f) wykonawca na polecenie Zamawiającego zobowiązany jest do zwiększenia częstotliwości odbiorów odpadów komunalnych niezbędnych do wykonania przedmiotu usługi ze wskazanych miejsc oraz odpadów ze zmienionych miejsc ich gromadzenia bez wskazania maksymalnego zakresu o jaki może zwiększyć się częstotliwość odbiorów odpadów (rozd. III pkt 5 SOPZ); w przypadku zmiany Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy,

g) wykonawca zobowiązany jest do dostosowania częstotliwości odbioru odpadów do zmienionego regulaminu (rozd. III pkt 9 SOPZ);

h) wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowania wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie nieruchomości objętych przedmiotem przetargu bez określenia maksymalnej ilości odpadów do odbioru których zobowiązany jest wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (rozd. IV pkt 3 i 4 SOPZ);

i) wykonawca zobowiązany jest do naprawienia lub ponoszenia wg wyboru Zamawiającego kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas wykonywania usługi wywozu odpadów komunalnych (uszkodzenia chodników, punktów do składowania odpadów itp.) oraz w zakresie w jakim wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego i osób trzecich za szkody na mieniu i zdrowiu osób trzecich, powstałe podczas i w związku z realizacją przedmiotu umowy [rozd. V pkt 1 lit. e) i lit. l) SOPZ];

j) wykonawca przyjmie od Zamawiającego każde zlecenie mieszczące się w zakresie zawartej umowy i potwierdzi u właściciela nieruchomości (lub upoważnionej osoby właściciela) wykonanie tej usługi [rozd. V pkt 1 lit. w) SOPZ];

k) wykonawca zobowiązuje się umożliwić Zamawiającemu uczestniczenie w przejeździe pojazdem odbierającym odpady podczas odbioru odpadów [rozd. V pkt 1 lit. y) SOPZ];

l) Zamawiający określił termin w jakim wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia harmonogramów odbioru odpadów oraz mycia i dezynfekcji pojemników oraz harmonogram wyposażenia nieruchomości w pojemniki (rozd. VI pkt 1, pkt 2 i pkt 11 SOPZ);

m) Zamawiający zastrzega, że podane przez niego wartości są wartościami szacunkowymi, które wykonawca zobowiązany jest uwzględnić przy wyliczaniu ceny oferty. Wykonawca zobowiązany jest na bazie posiadanego doświadczenia na etapie postępowania przetargowego samodzielnie oszacować ilość pojemników poszczególnych pojemności niezbędnych do wyposażenia właścicieli nieruchomości na podstawie danych zawartych w SIWZ (rozd. X pkt 7 SOPZ w zakresie każdej z części).

5) art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 9 do SIWZ Istotnych dla stron

postanowień umowy (dalej: „wzór umowy”), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:

a) wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu kopii umów z uprawnionymi podmiotami zewnętrznymi na wykonywanie czynności polegających na bieżącej konserwacji i naprawach pojazdów oraz myciu i dezynfekcji pojazdów poza terenem bazy magazynowo - transportowej [§ 1 ust. 11 lit c) wzoru umowy];

b) w przypadku niedostarczenia polis lub ich kontynuacji Zamawiający uprawniony jest do zawarcia umowy ubezpieczenia na koszt wykonawcy, a koszty zawarcia umowy potrąca z wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto, Zamawiający uprawniony jest w takim przypadku do pobrania od wykonawcy kary umownej w wysokości 2000 zł (§ 1 ust. 16 wzoru umowy);

c) nie jest możliwym ustalenie charakteru i zasad ustalania wynagrodzenia wykonawcy, gdyż w §2 wskazano, że wynagrodzenie z tytułu umowy ma formę ryczałtu, zgodnie z kolei z § 3 ust. 2 w toku realizacji umowy Zamawiający rozliczać się będzie z wykonawcą za faktycznie wykonane usługi w oparciu o potwierdzone raporty miesięczne odebranych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowanych odpadów i ceny zaproponowane w ofercie (§ 2 ust. 1 i § 3 ust. 2 wzoru umowy);

d) w przypadku, gdy Wykonawca będzie realizował usługi objęte umową bez należytej staranności, niezgodnie z obowiązującymi przepisami, normami technicznymi lub niezgodnie z postanowieniami umowy, Zamawiający ma prawo odmówić zapłaty, nakazać wykonawcy zaprzestania wykonania usług, odstąpić od umowy, powierzyć poprawienie lub wykonanie usług objętych umową innym podmiotom lub potrącić z wynagrodzenia wykonawcy należności z tytułu kar umownych (§ 4 ust. 4 wzoru umowy);

e) wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów, od wszystkich właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne oraz wyposażenia w pojemniki i worki wszystkich właścicieli nieruchomości z terenu Sektora niezależnie od wykazu dostarczonego przez Zamawiającego (§ 6 ust. 1 wzoru umowy);

f) w przypadku niewykonania, niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę Zamawiający nalicza i potrąca z wynagrodzenia wykonawcy, karę umowną w wysokości 2 000 zł za każdy przypadek niewykonania, niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy lub naruszenia warunków (wymagań) określonych umową, w tym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (§ 10 ust. 1 wzoru umowy);

g) w zakresie kar umownych Zamawiający posługuje się pojęciami niejednoznacznymi i niedookreślonymi (§ 10 ust. 1 pkt 4, 17 i 18 wzoru umowy);

h) Zamawiający ma prawo do proporcjonalnego jednostronnego obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli wykonawca nie wykonuje jakiej czynności określonej w umowie; obniżenie

następuje w wysokości równej wartości tej niewykonanej usługi (§ 10 ust. 5 wzoru umowy);

i) Zamawiający uprawniony jest do dokonania zlecenia wykonania usługi podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy (§ 11 ust. 2 wzoru umowy);

j) Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, w terminie 120 dni od dnia powzięcia wiedzy o tym (§ 13 ust. 1 wzoru umowy);

k) Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w sytuacjach określonych w § 13 ust. 2 lit. b), d), e), f) wzoru umowy;

l) Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym, w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzi, że wykonawca nie dysponuje odpowiednią ilością pojemników [§ 13 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy].

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

a) modyfikację pkt IV ppkt 2.3 SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia poprzez wskazanie, że niezależnie od ilości części zamówienia na które wykonawca składa ofertę ma dysponować jedną bazą magazynowo- transportową;

b) modyfikację pkt IV ppkt 2.4 SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia poprzez wskazanie, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia wymagana przez Zamawiającego ilość osób ulega odpowiedniemu zwielokrotnieniu;

c) modyfikację pkt IV ppkt 2.5 SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia poprzez wskazanie, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia dla części 1 do 9 wymagany przez Zamawiającego poziom sytuacji ekonomicznej i finansowej ulega odpowiedniemu zwielokrotnieniu;

d) modyfikację rozdz. I pkt 5 SOPZ poprzez wskazanie, że maksymalnego zakresu usług dodatkowych do świadczenia których zobowiązany będzie wykonawca w ramach realizacji przedmiotu umowy;

e) modyfikację rozdz. I pkt 9 SOPZ poprzez wskazanie maksymalnej liczby nowych nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady w ramach realizacji przedmiotu umowy;

f) modyfikację rozdz. II pkt 11 SOPZ poprzez wskazanie, że w przypadku niemożliwości uzyskania potwierdzenie od właściciela nieruchomości, np. z powodu jego nieobecności, wykonawca stwierdzi ten fakt na potwierdzeniu i takie potwierdzenie będzie traktowane przez Zamawiającego na równi z potwierdzeniem od właściciela nieruchomości;

g) modyfikację rozdz. II pkt 17 i pkt 26 SOPZ poprzez wskazanie jakie konkretnie wymagania i normy mają spełniać pojemniki, kontenery i worki;

h) wykreślenie rozdz. II pkt 25 SOPZ;

- i) modyfikację rozdz. III pkt 5 i pkt 9 SOPZ poprzez określenie maksymalnego zakresu o jaki może zwiększyć się częstotliwość odbiorów odpadów;
- j) modyfikację rozdz. IV pkt 3 i 4 SOPZ poprzez określeniemaksymalnej ilości odpadów do odbioru których zobowiązany jest wykonawca w ramachrealizacji przedmiotu zamówienia;
- k) modyfikację rozdz. V pkt 1 lit. e) i lit. l) SOPZ poprzez wprowadzenie procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy wykazanie, że nie ponosi odpowiedzialności za szkodę;
- l) wykreślenie rozdz. V pkt 1 lit. w) SOPZ;
- m) wykreślenie rozdz. V pkt 1 lit. y) SOPZ;
- n) modyfikację rozdz. VI odpowiednio pkt 1, pkt 2 i pkt 11 SOPZ oraz odpowiednich postanowień wzoru umowy poprzez wskazanie, że Zamawiający przekaze wykonawcy dane niezbędne do sporządzenia harmonogramu w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy, a wykonawca w terminie 14 dni od dnia przekazania danych sporządzi harmonogramy odbioru odpadów oraz mycia i dezynfekcji pojemników oraz harmonogram wyposażenia nieruchomości w pojemniki;
- o) modyfikację rozdz. X SOPZ poprzez podanie wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, w szczególności ilość pojemników poszczególnych pojemności niezbędnych do wyposażenia właścicieli nieruchomości;
- p) wykreślenie § 1 ust. 11 lit c) wzoru umowy;
- q) wykreślenie § 1 ust. 16 wzoru umowy;
- r) modyfikację § 2 ust. 1 i S 3 ust. 2 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż w toku realizacji umowy Zamawiający rozliczać się będzie z wykonawcą za faktycznie wykonane usługi;
- s) wykreślenie § 4 ust. 4 wzoru umowy;
- t) modyfikację § 6 ust. 1 wzoru umowy poprzez wskazanie maksymalnej liczby nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady;
- u) modyfikację § 10 ust. 1 zd. 1 wzoru umowy poprzez zastąpienie jego obecnego brzmienia, następującym „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:*”
- v) wykreślenie § 10 ust. 1 pkt 4, 17 i 18 wzoru umowy;
- w) wykreślenie §10 ust. 5 wzoru umowy;
- x) wykreślenie §11 ust. 2 wzoru umowy;
- y) modyfikację § 13 ust. 1 poprzez wskazanie, że Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiedzy o tym;
- z) wykreślenie § 13 ust. 2 lit. b), e), f) wzoru umowy;
- aa) modyfikację § 13 ust. 2 lit. d) wzoru umowy poprzez wskazanie, że gdy wykonawca nie zapewni właściwej, jakości usługi zgodnej z SIWZ i złożoną ofertą Zamawiający wezwie

wykonawcę do zapewnienia właściwej, jakości usługi zgodnej z SIWZ i złożoną ofertą w terminie 14 dni od otrzymania wezwania. W przypadku nie poprawienia jakości usług w tym terminie, Zamawiający ponownie wezwie wykonawcę do zapewnienia właściwej, jakości usługi zgodnej z SIWZ i złożoną ofertą w terminie 7 dni od otrzymania wezwania. Po upływie 7 dniowego terminu i nie poprawieniu jakości usług przez wykonawcę, Zamawiający będzie uprawniony do dostąpienia od umowy;

bb) wykreślenie § 13 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy.

Odnosnie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Przywołał **uchwałę KIO z 22.11.2010 r., sygn. akt: KIO/KU 83/10 oraz wyrok KIO z 24.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1947/10**. Sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz zostały sporządzone w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W zakresie dysponowania bazą magazynowo-transportową.

a) Zgodnie z pkt IV ppkt 2.3 SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym wykonawca musi się wykazać dysponowaniem jedną bazą magazynowo-transportową na każdą część zamówienia na którą składa ofertę. Przy czym Zamawiający nie precyzuje czy w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia wykonawca może podać tę samą bazę magazynowo-transportową.

b) Wymóg posiadania bazy magazynowo-transportowej oddzielnie dla każdej części zamówienia na którą wykonawca składa ofertę jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jedna baza magazynowo-transportowa może być bowiem bez uszczerbku dla jakości świadczonych usług wykorzystywana do obsługi więcej niż jednej części zamówienia.

W zakresie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

a) Zgodnie z pkt IV ppkt 2.4 SIWZ, wykonawca winien dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do stanowisk jakie zostaną im powierzone: *„min. 4 osoby z uprawnieniami do kierowania pojazdami kategorii C, posiadające aktualne*

świadcstwo kwalifikacji zawodowej (dla części oraz całości zamówienia)”.

b) Sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Nie można bowiem na jego podstawie jednoznacznie określić czy w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia wykonawca powinien wykazać się dysponowaniem min. 4 osobami posiadającymi wymagane przez Zamawiającego doświadczenie i kwalifikacje niezależnie od ilości części na które składa ofertę, czy też liczba wymaganych osób ulega odpowiedniemu zwielokrotnieniu w zależności od liczby części na które zostanie złożona oferta.

W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

a) W pkt IV ppkt 2.5. SIWZ wskazano, że w celu wykazania spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej dla części od 1 do 9:

„1) Wykonawca musi wykazać łączny przychód za ostatnie dwa lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 400.000 PLN. Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość, co najmniej 100.000 PLN. Wykonawca musi wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości min: 100.000, 00 PLN (słownie: sto tysięcy złotych). ”

b) Przywołany powyżej opis sposobu dokonywania spełnienia warunków w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Na jego podstawie nie jest możliwym jednoznaczne określenie czy w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia dla części od 1 do wykonawca powinien wykazać się odpowiednio zwielokrotnionym potencjałem ekonomicznym i finansowym. Przykładowo, czy składając oferty na dwie części powinien wykazać się przychodem na poziomie 800.000 zł czy Zamawiający uzna za wystarczające wykazanie się przychodem na poziomie 400.000 zł.

Niejednoznaczne brzmienie warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia wykonawcom zamierzającym ubiegać się o udzielenie zamówienia ocenę czy spełniają oni warunki udziału w postępowaniu, a na etapie badania i oceny ofert może doprowadzić do dokonywania przez Zamawiającego arbitralnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 Pzp, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 Pzp 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. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Przywołał wyrok ZA z dnia 24.08.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1040/07 oraz **UZP/ZO/O-1045/07 oraz wyrok KIO z 22.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1734/09; wyrok KIO z 18.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1240/08.** Zamawiający dokonując szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Postawione przez Zamawiającego wymogi, jakie muszą spełniać oferowane usługi utrudniają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Względem świadczenia usług dodatkowych.

a) Zgodnie z rozdz. I SOPZ przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z 10 sektorów - każdy sektor stanowi odrębną część zamówienia. W każdym sektorze przedmiot umowy obejmuje jednak również świadczenie usług dodatkowych określonych w Uchwale Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Czysty Region” w sprawie określenia rodzajów dodatkowych usług świadczonych przez Związek Międzygminny „Czysty Region” w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania odpadów oraz wysokości cen za te usługi wydanej na podstawie art. 6r ust. 4 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, polegających na odbiorze odpadów i ich zagospodarowaniu (rozdz. I pkt 5 SOPZ).

b) Nakładając na wykonawcę obowiązek świadczenia określonych w uchwale usług dodatkowych Zamawiający nie wskazał maksymalnego zakresu (wolumenu) tych usług, które wykonawca będzie zobowiązany świadczyć w ramach realizacji przedmiotu umowy. Przywołane postanowienie SOPZ nie odpowiada wymaganiom określonym w art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż nie zostało sporządzone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie pozwala ono ustalić zakresu ilościowego zamówienia, umożliwiając Zamawiającemu Nielimitowane zgłaszanie konieczności świadczenia usług dodatkowych. Takie sformułowanie postanowień SOPZ powoduje, że wycena przez wykonawcę zamówienia jest znacznie utrudniona oraz przerzuca na wykonawcę całe ryzyko wynikające z decyzji Zamawiającego, które w toku realizacji przedmiotu zamówienia nie podlegają żadnej kontroli.

c) Bazując na wiedzy i doświadczenia z lat ubiegłych oraz danych związanych ze

świadczeniem usług, Zamawiający może określić przybliżony zakres usług dodatkowych do świadczenia których zobowiązany będzie wykonawca. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że nie podanie tych informacji stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Względem odbioru odpadów z nowych nieruchomości.

a) Stosownie do rozdz. I pkt 9 SOPZ, odbiór odpadów komunalnych następować będzie od wszystkich właścicieli nieruchomości z terenu Sektora istniejących w trakcie obowiązywania umowy. W przypadku gdy właściciel nieruchomości dokona zgłoszenia nowej nieruchomości po raz pierwszy (poprzez złożenie pierwszej deklaracji), wykonawca będzie odbierał odpady z tej nieruchomości oraz dostarczy właścicielowi nieruchomości pojemniki, worki i kody kreskowe.

b) Również w tym przypadku Zamawiający nie określił chociażby przybliżonej liczby nowych nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe powoduje, że nie jest możliwym oszacowanie kosztów świadczenia usług w tym zakresie i uwzględnienie ich w cenie oferty.

c) Postanowienia dotyczące świadczenia usług dodatkowych i odbioru odpadów z nowych nieruchomości nakładają na wykonawcę niesprecyzowane obowiązki, które w związku z koniecznością zaoferowania ceny ryczałtowej za realizację umowy powodują nie tylko przerzucenie skutków niedoprecyzowanego opisu przedmiotu zamówienia na wykonawcę, ale również uniemożliwiają dokonanie prawidłowego przygotowania oferty i jej wyceny. Jednocześnie Zamawiający przewiduje bardzo rygorystyczne kary umowne za każde niewykonanie obowiązków umownych przez wykonawcę. Brak tych informacji może również spowodować przyjęcie przez wykonawców w cenie oferty różnych kosztów świadczenia usług dodatkowych i odbiorów odpadów z nowych nieruchomości niezamieszkałych, co w efekcie będzie skutkowało brakiem porównywalności ofert.

Względem potwierdzenia właściciela nieruchomości.

a) Stosownie do rozdz. II pkt 11 SOPZ *in fine* wykonawca dostarczając pojemniki i pierwsze dwa komplety worków zobowiązany jest uzyskać potwierdzenie właściciela nieruchomości. Potwierdzenie powinno zawierać datę i podpis właściciela nieruchomości.

b) Zamawiający nie przewidział w tym zakresie procedury postępowania na wypadek braku możliwości uzyskania od właściciela nieruchomości potwierdzenia dostarczenia pojemników i worków spowodowanego np. nieobecnością właściciela w domu. Z drugiej strony, zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za każdy dzień nieterminowego wyposażenia nieruchomości w pojemniki lub worki. Zaniechanie wprowadzenia odpowiedniej regulacji w tym zakresie może doprowadzić do sytuacji w której pomimo terminowego dostarczenia pojemników i worków na wykonawcę zostanie nałożona kara umowa jedynie z tego powodu, że nie uzyska on potwierdzenia ich dostarczenia od

właściciela nieruchomości.

Względem normy jakie powinny spełniać pojemniki, worki i kontenery.

a) Zamawiający odpowiednio w pkt 17 i 26 rozdz. II SOPZ wskazał, że wszystkie pojemniki do zbierania odpadów muszą spełniać wymagania określone w ustawie o systemie oceny zgodności lub wymagania Polskich Norm, jak również w zakresie w jakim pojemniki, kontenery oraz worki muszą spełniać normy wymagane na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający nie podał jednak jakie konkretnie normy mają spełniać pojemniki, kontenery oraz worki.

b) Takie ukształtowanie postanowień SOPZ umożliwi Zamawiającemu podejmowanie arbitralnych decyzji na etapie realizacji przedmiotu umowy.

Względem ubezpieczenia pojemników od kradzieży i/lub zniszczenia.

a) Zgodnie z rozdz. II pkt 25 SOPZ, wykonawca zobowiązany jest ubezpieczyć pojemniki od kradzieży i/lub zniszczenia na własny koszt.

b) Nałożenie na wykonawcę takiego obowiązku jest nieuzasadnione, gdyż stosownie do pkt 22, w trakcie realizacji umowy Wykonawca zobowiązany jest utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym oraz do bieżącej konserwacji, naprawy lub wymiany zniszczonych pojemników, a także bieżącego uzupełniania brakujących pojemników na skutek kradzieży lub zniszczenia np. spalania.

Względem zmiany częstotliwości odbioru odpadów komunalnych.

a) Stosownie do rozdz. III pkt 5 SOPZ, wykonawca na polecenie Zamawiającego zobowiązany jest do zwiększenia częstotliwości odbiorów odpadów komunalnych niezbędnych do wykonania przedmiotu usługi ze wskazanych miejsc oraz odpadów ze zmienionych miejsc ich gromadzenia. Ponadto, zgodnie z pkt 9 tego samego rozdziału, w przypadku zmiany Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, wykonawca zobowiązany jest do dostosowania częstotliwości odbioru odpadów do zmienionego regulaminu.

b) Przywołane postanowienia SOPZ uniemożliwiają określenie zakresu zamówienia, a co za tym idzie wycenę świadczonych usług. Ponadto, przerzucają na wykonawcę całe ryzyko związane z ewentualną zmianą częstotliwości odbioru odpadów. Takie działanie Zamawiającego jest nieuzasadnione biorąc pod uwagę, że w § 2 ust. 1 wzoru umowy, wskazano że wynagrodzenie z tytułu niniejszej umowy ma formę ryczałtu.

Względem odbierania i zagospodarowania wszystkich odpadów komunalnych.

a) Zgodnie z rozdz. IV pkt 3 SOPZ wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowania wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie nieruchomości objętych przedmiotem przetargu, zgromadzonych w pojemnikach i workach spełniających wymagania określone w aktach prawa miejscowego. W przypadku, gdy odpady nie są gromadzone w pojemnikach i workach zgodnie z Regulaminem utrzymania

czystości i porządku na terenie gmin, Wykonawca zobowiązany jest do ich odbierania oraz poinformowania Zamawiającego o nieruchomości, na której odpady nie są gromadzone w sposób odpowiadający wymogom Regulaminu (rozdz. IV pkt 4 SOPZ).

b) Przytoczone postanowienie jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, gdyż nie wynika z niego maksymalna liczba odbiorów odpadów z nieruchomości, jakie Zamawiający przewiduje w okresie trwania umowy. Brak tych informacji uniemożliwia wykonawcy prawidłowe oszacowanie oferty, a ponadto może spowodować przyjęcie przez wykonawców w cenie oferty różnych kosztów odbiorów odpadów, co w efekcie będzie skutkowało brakiem porównywalności ofert.

Względem naprawienie szkód.

a) W rozdz. V pkt 1 lit. e) i lit. l) SOPZ wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do naprawienia lub ponoszenia wg wyboru Zamawiającego kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas wykonywania usługi wywozu odpadów komunalnych (uszkodzenia chodników, punktów do składowania odpadów itp.) oraz w zakresie w jakim wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego i osób trzecich za szkody na mieniu i zdrowiu osób trzecich, powstałe podczas i w związku z realizacją przedmiotu umowy.

b) Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnej procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy wykazanie, że nie ponosi odpowiedzialności za stwierdzoną przez Zamawiającego szkodę.

Względem przyjęcie zlecenia i uzyskanie potwierdzenia u właściciela nieruchomości.

a) Stosownie do rozdz. V pkt 1 lit. w) SOPZ, wykonawca przyjmie od Zamawiającego każde zlecenie mieszczące się w zakresie zawartej umowy i potwierdzi u właściciela nieruchomości (lub upoważnionej osoby właściciela) wykonanie tej usługi, na wykonawcy w przypadku świadczenia usług odbioru odpadów w ilości przekraczającej minimalne pojemności pojemników spoczywają obowiązki opisane w pkt I.7.

b) Biorąc pod uwagę, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny za nieuzasadnione należy uznać nałożenie na wykonawcę obowiązku przyjęcia od Zamawiającego każdego zlecenie mieszczące się w zakresie zawartej umowy. Zamawiający posłużył się w tym zakresie sformułowaniem niedookreślonym, co na etapie realizacji umowy może prowadzić do dokonywania przez Zamawiającego arbitralnej oceny co do tego czy dane zlecenie mieści się w zakresie zawartej umowy.

Względem uczestniczenia w przejeździe pojazdem odbierającym odpady.

a) Za nieuzasadnione należy również uznać zapewnienie Zamawiającemu uprawnienia do możliwości uczestniczenia w przejeździe pojazdem odbierającym odpady podczas odbioru odpadów [rozdz. V pkt 1 lit. y) SOPZ], Zamawiający nie wskazał czemu taki przejazd miałby

służyć, na jakich zasadach i w jaki sposób miałyby się odbywać, ani czy pracownicy Zamawiającego posiadają odpowiednie przeszkolenie m.in. z zakresu BHP.

Względem terminu sporządzenia harmonogramów.

a) W rozdz. VI SOPZ, Zamawiający uregulował kwestie związane ze sporządzeniem harmonogramu:

„1. Zamawiający 7 dni po podpisaniu umowy może przedstawić Wykonawcy jeżeli będzie taka potrzeba, zakres świadczonych usług odbioru odpadów (ze stałą częstotliwością) w oparciu o deklaracje o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi złożone przez właścicieli nieruchomości. Zakres świadczonych usług odbioru odpadów zawierał będzie zestawienie nieruchomości, ilości worków/pojemników/kontenerów o określonych pojemnościach wynikających z deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami dla każdej nieruchomości.

2. Wykonawca obowiązany jest sporządzić harmonogramy (odbioru odpadów oraz mycia i dezynfekcji pojemników) w formie papierowej i elektronicznej na cały okres realizacji umowy. Harmonogram na rok 2015 należy przedstawić Zamawiającemu w terminie 2 dni od dnia podpisania umowy. Harmonogram na rok 2016 należy przedstawić Zamawiającemu w terminie do 30 listopada 2015 roku, harmonogram na rok 2017 należy przedstawić Zamawiającemu w terminie do 30 listopada 2015 roku, harmonogram na rok 2018 i I kwartał roku 2019 należy przedstawić Zamawiającemu w terminie do 30 listopada 2017 roku, na wzorze stanowiącym Załącznik Nr 1 C do SOPZ.

11. Harmonogram wyposażenia nieruchomości w pojemniki sporządzony powinien być w terminie 7 dni od daty przekazania Wykonawcy danych pochodzących z systemu informatycznego Zamawiającego zawierającej informacje o adresie nieruchomości oraz ilości zadeklarowanych pojemników i worków. Harmonogram wyposażenia nieruchomości w pojemniki powinien być opracowany z podziałem na ulice, tak aby Zamawiający mógł przekazać właścicielom nieruchomości informację, w jakich dniach nieruchomości będą wyposażone w pojemniki na danej ulicy z dokładnością do 2 dni. ”

b) Terminy określone przez Zamawiającego na sporządzenie harmonogramów są zbyt krótkie biorąc pod uwagę zakres i charakter przedmiotu zamówienia oraz fakt, że część informacji niezbędnych do ich sporządzenia zostanie przekazana wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy.

Względem oszacowania ilości pojemników.

a) W rozdz. X pkt 7 dla każdej z części zamówienia Zamawiający zastrzegł, że podane przez niego w tym rozdziale wartości wywozów i liczby pojemników są wartościami szacunkowymi, które wykonawca zobowiązany jest uwzględnić przy wyliczaniu ceny oferty. Wykonawca zobowiązany jest na bazie posiadanego doświadczenia na etapie postępowania przetargowego samodzielnie oszacować ilość pojemników poszczególnych pojemności

niezbędnych do wyposażenia właścicieli nieruchomości na podstawie danych zawartych w SIWZ.

b) W świetle poczynionego przez Zamawiającego zastrzeżenie nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów określonych w art. 29 ust. 1 Pzp. Nie uwzględniono w nim bowiem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odnośnie zarzutów dotyczących wzoru umowy. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp 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 Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ 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 współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak m.in. w wyroku KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO/2036/10.** Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. KIO w wyroku z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO/459/11. Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ Kc w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:

Względem dostarczenie kopii umów z uprawnionymi podmiotami. Zgodnie z §1 ust. 11 lit. c) wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu kopii umów z uprawnionymi podmiotami zewnętrznymi na wykonywanie czynności polegających na bieżącej konserwacji i naprawach pojazdów oraz myciu i dezynfekcji pojazdów poza terenem bazy magazynowo - transportowej. Żądanie przedłożenia Zamawiającemu wyżej wymienionego dokumentu jest nieuzasadnione. Zamawiający na tym etapie postępowania nie może żądać od Wykonawców złożenia szeregu dokumentów, których nie wymagał od Wykonawców na etapie składania ofert.

Względem niedostarczenia polisy OC lub jej kontynuacji. W przypadku niedostarczenia polisy lub jej kontynuacji Zamawiający uprawniony jest do zawarcia umowy ubezpieczenia na koszt wykonawcy, a koszty zawarcia umowy potrąca z wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto, Zamawiający uprawniony jest w takim przypadku do pobrania od wykonawcy kary umownej w wysokości 2000 zł. Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zawarcia i utrzymywania ubezpieczenia w sytuacji, gdy wykonawca nie utrzyma ubezpieczenia należy uznać, za co najmniej nieuzasadnione. W takim przypadku wykonawca nie będzie miał wpływu ani na wybór ubezpieczyciela ani na warunki

ubezpieczenia. Ponadto, Zamawiający uprawniony jest w takim przypadku do pobrania od wykonawcy kary umownej w wysokości 2000 zł, co *de facto* oznacza podwójne karanie wykonawcy.

Względem charakteru wynagrodzenia. W § 2 ust. 1 wzoru umowy wskazano: „*Strony ustalają, że wynagrodzenie z tytułu niniejszej umowy ma formę ryczałtu. W ust. 3 przywołanego postanowienia wskazano dodatkowo, że wynagrodzenie płatne będzie w równych miesięcznych ratach. **Stosownie natomiast do § 3 ust. 2 wzoru umowy** „w toku realizacji niniejszej umowy Zamawiający rozliczać się będzie z Wykonawcą za faktycznie wykonane usługi w oparciu o potwierdzone raporty miesięczne odebranych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowanych (przetworzonych poprzez poddanie odzyskowi lub unieszkodliwieniu) odpadów i ceny zaproponowane w ofercie.*” Na podstawie przytoczonych postanowień nie jest możliwe jednoznaczne określenie charakteru należnego wykonawcy wynagrodzenia. Powyższe powoduje, że wykonawca nie jest w stanie należycie oszacować ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie wycenić realizację zamówienia i sporządzić ofertę.

Względem realizacji usług objętych umową bez należytej staranności. Zgodnie z § 4 ust. 4 wzoru umowy, w przypadku gdy Wykonawca będzie realizował usługi objęte umową bez należytej staranności, niezgodnie z obowiązującymi przepisami, normami technicznymi lub niezgodnie z postanowieniami umowy, Zamawiający ma prawo odmówić zapłaty, nakazać wykonawcy zaprzestania wykonania usług, odstąpić od umowy, powierzyć poprawienie lub wykonanie usług objętych umową innym podmiotom lub potrącić z wynagrodzenia wykonawcy należności z tytułu kar umownych. Zakres uprawnień przyznanych Zamawiającemu na podstawie przywołanego postanowienia wzoru umowy jest zbyt szeroki biorąc pod uwagę, że Zamawiający posługuje się pojęciami niedookreślonymi, które mogą być arbitralnie przez niego interpretowane na etapie realizacji umowy.

Względem odbioru odpadów od wszystkich właścicieli nieruchomości. Zgodnie z § 6 ust. 1 wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów, od wszystkich właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne oraz wyposażenia w pojemniki i worki wszystkich właścicieli nieruchomości z terenu Sektora niezależnie od wykazu dostarczonego przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że jak już wyżej wskazywano, sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów określonych w art. 29 ust. 1 Pzp, za nieuprawnione należy uznać nałożenie na wykonawcę obowiązku określonego w § 6 ust. 1 wzoru umowy. Zwłaszcza, jeżeli uwzględnić fakt, że równocześnie Zamawiający przewidział liczne kary umowne, które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny.

Względem kar umownych za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego

wykonania umowy. Również w przypadku postanowień § 10 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający posługuje się pojęciami niedookreślonymi, co umożliwi mu arbitralną ocenę stanów faktycznych występujących w toku realizacji umowy. Kary mają stanowić narzędzie dyscyplinowania wykonawców, a nie źródło dochodów Zamawiającego. Tak samo w przypadku § 10 ust. 1 pkt 4, 17 i 18 wzoru umowy.

Względem jednostronnego obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. Za nieuprawnione i naruszające zasady współzycia społecznego oraz wprowadzające nadmierną nierówność stron umowy należy również uznać przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do proporcjonalnego jednostronnego obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli wykonawca nie wykonuje jakiejś czynności określonej w umowie; obniżenie następuje w wysokości równej wartości tej niewykonanej usługi (§ 10 ust. 5 wzoru umowy). Powyższa przesłanka jest bardzo ogólna i umożliwia arbitralną ocenę, natomiast konsekwencje z niej wynikające są daleko idące. Ponadto, prowadzi *de facto* do podwójnego karania wykonawcy, gdyż nie dość, że zostanie nałożona na niego kara umowna to jeszcze zostanie mu obniżone wynagrodzenie.

Względem uprawnienia do zlecenia realizacji usługi na koszt i ryzyko wykonawcy. Stosownie do § 11 ust. 1 wzoru umowy, w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania usługi Zamawiający wezwie wykonawcę do wykonania lub należytego wykonania usługi i wyznaczy w tym celu odpowiedni termin. Zgodnie z kolei z ust. 2, Zamawiający uprawniony jest do dokonania zalecenia wykonania usługi podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy w przypadku bezskutecznego upływu terminu, o którym mowa w ust. 1. W takim przypadku Zamawiający jest uprawniony do potrącenia wynagrodzenia wykonawcy z kwotą odpowiadającą wynagrodzeniu podmiotu trzeciego lub pokrycia kosztów z zabezpieczenia ustanowionego przez wykonawcę. Przywołane postanowienie również zakłada podwójne karanie wykonawcy poprzez: powierzenie realizacji podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy jak również naliczenie kary umownej. Takie jego ukształtowanie prowadzi do naruszenia równowagi kontraktowej stron.

Względem możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku zaistnienia istotnej zmiany okoliczności. **Zgodnie z art. 145 ust. 1 Pzp** „*w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.*” **Stosownie natomiast do § 13 ust. 1 wzoru umowy**, „*Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, w terminie 120 dni od dnia powzięcia wiedzy o tym.*”. Wydłużenie przez Zamawiającego terminu na odstąpienie do 120 dni pozostaje w sprzeczności z art. 145 ust. 1

Pzp, z którego jednoznacznie wynika, że uprawnienie do odstąpienia zostało ograniczone do 30 dni od powzięcia wiadomości o wystąpieniu okoliczności w nim określonych.

Względem odstąpienia od umowy. Przesłanki odstąpienia od umowy określone w § 13 ust. 2 lit. b), d), e) i f) są bardzo ogólne i umożliwiają arbitralną ocenę, natomiast konsekwencje z nich wynikające są bardzo poważne. Brak jest uzasadnienia tak faktycznego jak i prawnego dla odstąpienia od umowy w przypadku, gdy np. zostanie wszczęte postępowanie likwidacyjne czy zostanie wydany nakaz zajęcia majątku wykonawcy. W takiej sytuacji usługi mogą być, bowiem w dalszym ciągu świadczone przez Wykonawcę, bez uszczerbku dla ich jakości. Podobnie w przypadku zaprzestania działalności przez wykonawcę, której powodem może być np. siła wyższa.

Względem odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym. W § 13 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym, w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzi, że wykonawca nie dysponuje odpowiednią ilością pojemników, gwarantującą wyposażenie w nie wszystkich nieruchomości w określonym przez Zamawiającego terminie. Również powyższa przesłanka odstąpienia od umowy jest nieprecyzyjna. Zamawiający posługuje się pojęciami niedookreślonymi, które mogą być przez niego dowolnie interpretowane, nie przedstawiając przy tym wytycznych, którymi będzie się kierował uznając posiadaną przez wykonawcę liczbę pojemników za niewystarczającą.

Zamawiający w dniu 04.11.2014 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.11.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Remondis Opole Sp. z o.o., al. Przyjaźni 9, 54-576 Opole zwana dalej: „*Remondis Opole Sp. z o.o.*” albo „*pierwszym Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.11.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice zwana dalej: „*Remondis Gliwice Sp. z o.o.*” albo „*drugim Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.11.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Oczyszczania Miasta Z. S., Korzonek 98, 42-274 Konopiska zwanego dalej: „*Zakład Oczyszczania Miasta Z. S.*” albo „*trzecim*

Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. W tym zakresie Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu, że brak jest dowodu, iż ustanowiony pełnomocnik otrzymał pełnomocnictwo przed wniesieniem odwołania. Izba stoi na stanowisku, że załączenie oryginału pełnomocnictwa do odwołania stanowi samo w sobie dowód jego przyjęcia. Nadto, brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do stwierdzenia, że pełnomocnik musi udowodnić, iż otrzymał pełnomocnictwo do wykonania czynności do której został umocowany przed jej dokonaniem. Przy czym ważny jest skutek, tzn. kopia została skutecznie przesłana (jak wynika z wydruków złożonych przez obie strony na posiedzeniu) w taki sposób, aby Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią.

Izba oddaliła opozycje względem wszystkich trzech zgłoszonych przystąpień. W tym wypadku, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego o braku interesu w rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego, z uwagi na brak możliwości złożenia oferty na wszystkie części zamówienia. W pierwszej kolejności, należy wskazać, że poczynione założenie Zamawiającego jest przedwczesne, nawet jeśli ma swoje podłoże w dotychczas realizowanych na jego rzecz umowach. Każde postępowanie rządzi się swoimi prawami, brak jest na obecnym etapie jakichkolwiek wiarygodnych podstaw do dokonywania tego rodzaju, jak uczynił to Zamawiającego, założeń. Należy zauważyć, że równie dobrze istnieje możliwość zawiązania konsorcjum wszystkich Przystępujących oraz Odwołującego na potrzeby złożenia oferty na wszystkie części zamówienia. Niewątpliwie Przystępujący mają interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla Odwołującego, gdyż wpłynie to

korzystnie także na ich prawa i obowiązki w ramach powyższego zamówienia oraz wymagania względem składających ofertę w postępowaniu względem części, którymi są zainteresowani. Dodatkowo, należy zauważyć, że z załączonych do odpowiedzi na odwołanie dowodów, tj. umów wynika, że co najmniej jeden z Przystępujących realizował zamówienie dot. odpadów w kilku sektorach jest więc w stanie zrealizować zamówienie co najmniej w tych samych częściach. Przy czym z wyjaśnień z 14.11.2014 r. wynika, że de facto wystarczy mieć potencjał techniczny do realizacji w ramach jednej części, aby ubiegać się o zamówienie we wszystkich częściach. Izba uznała również, że interes wszystkich Przystępujących w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego wyraża się również w tym, by usunięte lub zmienione zostały kwestionowane postanowienia ogłoszenia i SIWZ, które dla wykonawców stanowią barierę przy sporządzaniu oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, analogiczną argumentację, jak przy Przystępujących, należy przywołać w zakresie zarzutu Zamawiającego dotyczącego braku interesu Odwołującego. Na obecnym etapie, nie można wymagać od Wykonawcy deklaracji, wobec ilu i jakich części złoży ofertę, i od tej okoliczności uzależniać kwestie interesu. Przy czym, należy ponowić argument, że sam Zamawiający wskazał w ramach wyjaśnień z 14.11.2014 r. że de facto wystarczy mieć potencjał techniczny do realizacji w ramach jednej części, aby ubiegać się o zamówienie we wszystkich częściach. Zamawiający także w żadnym wypadku nie udowodnił faktu likwidacji spółki Odwołującego, w ramach odpowiedzi na odwołanie zapowiada złożenie stosownego wniosku do Sądu Rejestrowego, jednakże żaden taki wniosek, tj. kopia, jako dowód w sprawie nie został złożony przez Zamawiającego na rozprawie. Załączony statut w ocenie Izby, został złożony na inną okoliczność i jest niewystarczającym dowodem w tym zakresie.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w tym Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia zwanego dalej: „SOPZ” dla wszystkich części, zał. nr 1 a, 1b oraz 1c do SOPZ, uchwał na poszczególne części Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Czysty Region”, uchwał dotyczących Regulaminu utrzymania czystości i porządku dla danej części, wzoru umowy taki sam dla każdej części, wyjaśnień Zamawiającego z dnia 14.11.2014 r., załączników do odpowiedzi na odwołanie: kopii umów Zamawiającego z Odwołującym z 23.10.2013 r. oraz z Odwołującym, jak i Remondis Gliwice Sp. z o.o. z 04.06.2013 r., czy też Statutem Związku Międzygminnego „Czysty Region” – obwieszczenie Wojewody Opolskiego z 14.08.2008 r., wydruków przesłania kopii odwołania na nr faxu Zamawiającego

przez Odwołującego złożone przez Odwołującego na posiedzeniu, wydruku przesłania kopii odwołania przez Odwołującego na adres poczty elektronicznej Zamawiającego złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Izba wzięła pod uwagę także odwołanie, przystąpienia oraz odpowiedź na odwołanie złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego, ustawę z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 i 951 z późn. zm.) zwaną dalej: „*Ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach*” oraz Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11.01.2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) zwane dalej: „*Rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości*”.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania i odpowiedzi na odwołanie postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, a w szczególności bazą magazynowo- transportową w sposób, który uniemożliwia określenie jaką ilością baz magazynowo-transportowych ma dysponować wykonawca który złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (pkt IV ppkt 2.3 SIWZ). Wnosił o modyfikację pkt IV ppkt 2.3 SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia poprzez wskazanie, że niezależnie od ilości części zamówienia na które wykonawca składa ofertę ma dysponować jedną bazą magazynowo- transportową.

2) art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób, który uniemożliwia określenie jaką ilością osób ma dysponować wykonawca który złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (pkt IV ppkt 2.4 SIWZ). Wnosił o modyfikację pkt IV ppkt 2.4 SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia poprzez wskazanie, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia wymagana przez Zamawiającego ilość osób ulega odpowiedniemu zwielokrotnieniu.

3) art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób, który uniemożliwia określenie jakim poziomem przychodów, ubezpieczenia i środków finansowych lub zdolności kredytowej ma się wykazać wykonawca, który złoży ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (pkt IV ppkt 2.5 SIWZ). Wnosił o modyfikację pkt IV ppkt 2.5 SIWZ oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia poprzez wskazanie, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia dla części 1 do 9 wymagany przez Zamawiającego poziom sytuacji ekonomicznej i finansowej ulega odpowiedniemu zwielokrotnieniu.

Zarzuty 1-3). Uwzględnienie zarzutów. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wyraźne wskazanie w jaki sposób należy rozumieć warunku podmiotowe z pkt IV ppkt 2.3 – 2.5 SIWZ, w wypadku składania oferty na więcej niż jedną część (sektor) zamówienia. Powyższe usankcjonuje stanowisko wynikające z wyjaśnień z 14.11.2014 r. i usunie wszelkie dwuznaczności w tym zakresie, uwzględniające także wyjaśnienia Zamawiającego z rozprawy. Pierwotne bowiem postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu są niejednoznaczne w kontekście 10 części zamówienia przewidzianych w przedmiotowym postępowaniu oraz wymogu konstruowania opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w sposób związany oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czyli art. 22 ust. 4 Pzp. Pozostawienie pierwotnych postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, może w sposób negatywny wpłynąć na sposób oceny spełniania warunków i dać w tym zakresie Zamawiającemu zbyt duże dozę uznaniowości.

4) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie, w jakim w zał. nr 1 do SIWZ SOPZ:

a) przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług dodatkowych określonych w Uchwale Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Czysty Region” w sprawie określenia rodzajów dodatkowych usług świadczonych przez Związek Międzygminny „Czysty Region” w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania odpadów oraz wysokości cen za te usługi bez określenia maksymalnego zakresu usług dodatkowych, które wykonawca będzie zobowiązany świadczyć w ramach realizacji przedmiot zamówienia (rozd. I pkt 5 SOPZ). Wnosił o modyfikację rozdz. I pkt 5 SOPZ poprzez wskazanie maksymalnego zakresu usług dodatkowych do świadczenia których zobowiązany będzie wykonawca w ramach realizacji przedmiotu umowy.

Zarzut 4a). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację rozdz. I pkt 5 SOPZ poprzez wskazanie maksymalnego zakresu, tj. „pułapu” usług dodatkowych do świadczenia których zobowiązany będzie wykonawca w ramach realizacji przedmiotu umowy. Dotychczasowe postanowienia SIWZ nie wskazują jakiegokolwiek zakresu tych usług dodatkowych. Nie wiadomo, czy wszystkie usługi dodatkowe których podstawą prawną jest art. 6 r ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Wykonawca ma wliczyć w cenę ofertową, czy też któryś – wynikających z aktów prawa miejscowego - Zamawiający nie przewiduje. W obecnym stanie faktycznym, Zamawiający uzyska dodatkowe wynagrodzenie od właścicieli nieruchomości ponad wynikające z art. 6 r ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a Wykonawcom i tak nie będzie z tego tytułu przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie.

b) w przypadku, gdy właściciel nieruchomości dokona zgłoszenia nowej nieruchomości po raz pierwszy (poprzez złożenie pierwszej deklaracji, wykonawca będzie odbierał odpady i dostarczy właścicielowi nieruchomości pojemniki, worki i kody kreskowe, bez określenia maksymalnej liczby nowych nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady w ramach realizacji przedmiotu umowy (rozd. I pkt 9 SOPZ). Wnosił o modyfikację rozdz. I pkt 9 SOPZ poprzez wskazanie maksymalnej liczby nowych nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady w ramach realizacji przedmiotu umowy.

Zarzut 4b). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację rozdz. I pkt 9 SOPZ poprzez wskazanie maksymalnej liczby nowych nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady w ramach realizacji przedmiotu umowy, czyli górnego limitu takich nieruchomości, albo górny limit całkowitego wynagrodzenia, ponad który zostanie przewidziane zamówienie uzupełniające lub dodatkowe. Zał. nr 1 a do SOPZ dotyczy tylko nieruchomości zadeklarowanych, nie odnosi się w do nieruchomości niezadeklarowanych. W tym zakresie, Izba wzięła także pod uwagę 4 letni okres realizacji zamówienia. Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w sposób podający wszelkie informacje potrzebne dla sporządzenia oferty, a brak tego limitu powoduje, że zakres świadczenia wykonawcy jest otwarty i nie pozwala na zachowanie triady zamówień publicznych, tj. tożsamości pomiędzy, w tym wypadku - SOPZ, ofertą i umową.

c) wykonawca dostarczając pojemniki i pierwsze dwa komplety worków zobowiązany jest uzyskać potwierdzenie właściciela nieruchomości. Potwierdzenie powinno zawierać datę i podpis właściciela nieruchomości (rozdz. II pkt 11 SOPZ). Wnosił o modyfikację rozdz. II pkt 11 SOPZ poprzez wskazanie, że w przypadku niemożliwości uzyskania potwierdzenie od właściciela nieruchomości, np. z powodu jego nieobecności, wykonawca stwierdzi ten fakt na potwierdzeniu i takie potwierdzenie będzie traktowane przez Zamawiającego na równi z potwierdzeniem od właściciela nieruchomości.

Zarzut 4c). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikacji rozdz. II pkt 11 SOPZ poprzez doprecyzowanie sposobu rozumienia pojęcia właściciel nieruchomości, tzn. według jakich przepisów konieczne jest jego definiowanie oraz określenie kiedy Zamawiający uzna obowiązek za należycie wykonany, w sytuacji, gdy wykonawca nie mógł uzyskać potwierdzenia od właściciela nieruchomości. Izba wzięła pod uwagę ułomności spełnia tego wymogi listownie, stojąc na stanowisku, nie zaprzeczając jego celowości, że Zamawiający powinien wskazać krąg podmiotów uprawnionych do złożenia oświadczenia w imieniu właściciela chociażby poprzez stosowne odesłanie do konkretnych przepisów. Postanowienia SIWZ w ich aktualnym brzmieniu naruszają bowiem art. 29 ust.1 Pzp, albowiem są niejednoznaczne w zakresie rozumienia pojęcia właściciel nieruchomości i nie dają wyczerpującej odpowiedzi na pytanie, kiedy Zamawiający uzna obowiązek za należycie wykonany, w sytuacji, gdy Wykonawca nie mógł uzyskać potwierdzenia od osoby uprawnionej z uwagi na jej nieobecność lub odmowę złożenia stosownego potwierdzenia w formie podpisu.

d) wszystkie pojemniki do zbierania odpadów muszą spełniać wymagania określone w ustawie o systemie oceny zgodności lub wymagania Polskich Norm, jak również w zakresie w jakim pojemniki, kontenery oraz worki muszą spełniać normy wymagane na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, bez określenia jakie konkretnie normy mają spełniać pojemniki, kontenery oraz worki (rozd. II pkt 17 i pkt 26 SOPZ). Wnosił o modyfikację rozdz. II pkt 17 i pkt 26 SOPZ poprzez wskazanie jakie konkretnie wymagania i normy mają spełniać pojemniki, kontenery i worki.

Zarzut 4d). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację rozdz. II pkt 17 i pkt 26 SOPZ poprzez wskazanie jakie konkretnie wymagania i normy mają spełniać pojemniki, kontenery i worki lub rezygnację z tego wymogu i wskazanie parametrów technicznych (ewentualnie i jakościowych) jakie pojemniki, kontenery i worki muszą spełniać. Stanowisko w tym zakresie wynikające z odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy było niejasne i nieprzekonywujące. Z jednej strony bowiem Zamawiający wskazuje, że rodzaj pojemników został wskazany precyzyjny, z drugiej stwierdza, że chodzi o „wszelkie normy obowiązujące na terenie Rzeczypospolitej”, by na koniec stwierdzić, że precyzowanie norm naruszałoby i ograniczało uczciwa konkurencje, bo ulegają one ciągłym zmianom. Wynikałoby więc z tego nawet, że de facto powyższy wymóg jest Zamawiającemu zbędny. Przy czym, Izba stoi na stanowisku, że powyższy wymóg nie jest zbędny, bo daje Zamawiającemu gwarancje jakości, ale został błędnie sporządzony, stąd nakazanie albo jego doprecyzowanie poprzez wskazanie jakie konkretnie wymagania i normy mają spełniać pojemniki, kontenery i worki lub rezygnację z tego wymogu i osiągnięcie jakości poprzez wskazanie parametrów technicznych (ewentualnie i jakościowych) jakie pojemniki, kontenery i worki muszą spełniać.

e) wykonawca ubezpieczy pojemniki od kradzieży i/lub zniszczenia na własny koszt (rozdział II pkt 25 SOPZ). Wnosił o wykreślenie rozdz. II pkt 25 SOPZ.

Zarzut 4e). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ poprzez wykreślenie rozdz. II pkt 25 SOPZ. Izba stoi na stanowisku, że rozprawa potwierdziła, że pierwotny wymóg jest zbędny. Właścicielem pojemników jest przez cały okres zamówienia Wykonawca. Na nim także spoczywa obowiązek zastąpienia w wypadku kradzieży i/lub zniszczenia brakujących pojemników nowymi. Powyższej okoliczności Zamawiający nie zaprzeczał na rozprawie. W konsekwencji wymóg główny w zupełności konsumuje inne postanowienie SIWZ, bez znaczenia jest źródło sfinansowania zastąpienia skradzionych pojemników, z dochodu Wykonawcy, czy też ubezpieczenia.

f) wykonawca na polecenie Zamawiającego zobowiązany jest do zwiększenia częstotliwości odbiorów odpadów komunalnych niezbędnych do wykonania przedmiotu usługi ze wskazanych miejsc oraz odpadów ze zmienionych miejsc ich gromadzenia bez wskazania maksymalnego zakresu o jaki może zwiększyć się częstotliwość odbiorów odpadów (rozdz. III pkt 5 SOPZ); w przypadku zmiany Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy. Wnosił o modyfikację rozdz. III pkt 5 i pkt 9 SOPZ poprzez określenie maksymalnego zakresu o jaki może zwiększyć się częstotliwość odbiorów odpadów.

Zarzut 4f). Oddalenie zarzutu. W tym zakresie, Izba wzięła pod uwagę tak treść zał. nr 1a SOPZ (lista nieruchomości zadeklarowanych) oraz postanowienie z rozdz. III pkt 5 (na polecenie Zamawiającego), 6 (z uwagi na okoliczności faktyczne) oraz 8 (odnosi się do pkt 1 -7) SOPZ. Powyższe postanowienia, są w aktualnym brzmieniu wystarczające na potrzeby postępowania. Wynika bowiem z nich, że w tych wypadkach w okresie trwania zamówienia Zamawiający dopuszcza na rzecz Wykonawcy 50 dodatkowych wyjazdów w każdym z sektorów (a w części Kędzierzyn-Koźle 400 dodatkowych wyjazdów) ponad ustaloną częstotliwość w okresie trwania umowy (1 Mg – jeden wyjazd). Zaś, zwiększenie ilości odebranych odpadów w ramach jednego wyjazdu powoduje odpowiednie zmniejszenie sumy maksymalnej liczby wyjazdów.

g) wykonawca zobowiązany jest do dostosowania częstotliwości odbioru odpadów do zmienionego regulaminu (rozdz. III pkt 9 SOPZ). Wnosił o modyfikację rozdz. III pkt 5 i pkt 9 SOPZ poprzez określenie maksymalnego zakresu o jaki może zwiększyć się częstotliwość odbiorów odpadów.

Zarzut 4g). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację rozdz. III pkt 9 SOPZ w ten sposób, aby jednoznacznie wynikało z nowego postanowienia, że ze zmianą regulaminu będzie wiązała się równocześnie zmiana postanowień umowy. Na zasadzie korelacji z § 14 pkt 1.7 oraz 1.14 wzoru umowy. Powyższe usunie niejednoznaczność aktualnych postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co narusza dyspozycje wynikającą z art. 29 ust.1 Pzp.

h) wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowania wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie nieruchomości objętych przedmiotem przetargu bez określenia maksymalnej ilości odpadów do odbioru których zobowiązany jest wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (rozdz. IV pkt 3 i 4 SOPZ). Wnosił o modyfikację rozdz. IV pkt 3 i 4 SOPZ poprzez określenie maksymalnej ilości odpadów do odbioru których zobowiązany jest wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Zarzut 4h). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację rozdz. IV pkt 3 i 4 SOPZ poprzez określenie maksymalnej ilości odpadów do odbioru których zobowiązany jest wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Izba nie przeczy, że w SIWZ są określone dane dotyczące ilości odpadów (rozdz. X. 3 – str. 35 SOPZ), ale mają one charakter prognozowany, z ich literalnego brzmienia nie wynika, że są to dane o charakterze maksymalnym, tak jak twierdził na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający. Biorąc pod uwagę 4 letni okres realizacji zamówienia, stanowisko Zamawiającego, powyższy nakaz Izby jest uzasadniony, a zarazem sankcjonuje argumentację Zamawiającego z rozprawy.

- i) wykonawca zobowiązany jest do naprawienia lub ponoszenia wg wyboru Zamawiającego kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas wykonywania usługi wywozu odpadów komunalnych (uszkodzenia chodników, punktów do składowania odpadów itp.) oraz w zakresie w jakim wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego i osób trzecich za szkody na mieniu i zdrowiu osób trzecich, powstałe podczas i w związku z realizacją przedmiotu umowy [rozdz. V pkt 1 lit. e) i lit. l) SOPZ]. Wnosił o modyfikację rozdz. V pkt 1 lit. e) i lit. l) SOPZ poprzez wprowadzenie procedury reklamacyjnej umożliwiającej wykonawcy wykazanie, że nie ponosi odpowiedzialności za szkodę.

Zarzut 4i). Oddalenie zarzutu. Z zakwestionowanych postanowień nie wynika automatyzm zapłaty i Wykonawca ma prawo odmówić pokrycia szkody. Wykonawca bowiem na zasadach ogólnych zawsze może odmówić naprawy szkody jeśli uważa, że nie jest za nią odpowiedzialny, a zaistniała sytuacja nie została przez niego zawiniona. Odwołujący nie wykazał, że brak procedury reklamacyjnej jest niezgodny z przepisami Pzp, która w ramach postanowień dotyczących umów nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wprowadzenia do postanowień umownych postępowań reklamacyjnych, których wyczerpanie powodowałoby otwarcie drogi sądowej dla roszczeń odwoławczych.

- j) wykonawca przyjmie od Zamawiającego każde zlecenie mieszczące się w zakresie zawartej umowy i potwierdzi u właściciela nieruchomości (lub upoważnionej osoby właściciela) wykonanie tej usługi [rozdz. V pkt 1 lit. w) SOPZ]. Wnosił o wykreślenie rozdz. V pkt 1 lit. w) SOPZ.

Zarzut 4j). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ poprzez wykreślenie rozdz. V pkt 1 lit. w) SOPZ lub też jednoznaczne wskazanie, jak należy rozumieć każde zlecenie - czy przedmiotem zlecenia będą tylko

usługi dodatkowe wynikające z rozdz. I pkt 7 w zw. z rozdz. III pkt 6 i 8 SOPZ, czy także inne, jeśli tak konieczne jest ich jednoznaczne wskazanie. Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w sposób podający wszelkie informacje potrzebne dla sporządzenia oferty, a pozostawienie zakwestionowanego postanowienia SIWZ powoduje, że zakres świadczenia wykonawcy jest otwarty, niejednoznaczny i bliżej niedookreślony.

k) wykonawca zobowiązuje się umożliwić Zamawiającemu uczestniczenie w przejeździe pojazdem odbierającym odpady podczas odbioru odpadów [rozdz. V pkt 1 lit. y) SOPZ]. Wnosił o wykreślenie rozdz. V pkt 1 lit. y) SOPZ.

Zarzut 4k). Oddalenie zarzutu. Izba utrzymując postanowienia SIWZ w ich obecnym kształcie, uznała, że przepisy kodeksu cywilnego pozwalają na ukształtowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w ten sposób, by zamawiający był uprawniony do powzięcia informacji dotyczących jej należytego wykonania. Żadna norma, która wprost sprzeciwiała się takiej możliwości nie została powołana przez Odwołującego. Izba uznała również uprawnienia kontrolne Zamawiającego wynikające z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach np. Rozdziału 4c, czy też art. 9j ust.2 pkt 3 w zw. z § 4 pkt 3 Rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości odnośnie utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów. Realizując omawiane uprawnienia Zamawiający, powinien przestrzegać stosownych przepisów, np. określających max dopuszczalną liczbę osób w pojeździe - wskazaną w dokumencie homologacyjnym.

l) Zamawiający określił termin w jakim wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia harmonogramów odbioru odpadów oraz mycia i dezynfekcji pojemników oraz harmonogram wyposażenia nieruchomości w pojemniki (rozdz. VI pkt 1, pkt 2 i pkt 11 SOPZ). Wnosił o modyfikację rozdz. VI pkt 1, pkt 2 i pkt 11 SOPZ oraz odpowiednich postanowień wzoru umowy poprzez wskazanie, że Zamawiający przekaże wykonawcy dane niezbędne do sporządzenia harmonogramu w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy, a wykonawca w terminie 14 dni od dnia przekazania danych sporządzi harmonogramy odbioru odpadów oraz mycia i dezynfekcji pojemników oraz harmonogram wyposażenia nieruchomości w pojemniki.

Zarzut 4l). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień rozdz. VI odpowiednio pkt 1, pkt 2 i pkt 11 SOPZ oraz odpowiednich postanowień wzoru umowy, w sposób zaproponowany przez Odwołującego, ale ze skróceniem zawnioskowanego terminu z 14 na 7. W aktualnych postanowieniach

SIWZ rzeczywiście Wykonawca ma tylko 2 dni, co wydaje się niecelowe dla realizacji usługi wywozu odpadów. Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego z rozprawy o możliwości, już w chwili obecnej przygotowania stosownego harmonogramu, czy też doświadczeniu Odwołującego oraz jednego z Przystępujących w realizacji zamówienia, jest pozornie zasadna. Dopiero stan faktyczny zaistniały po wyborze oferty najkorzystniejszej i podpisaniu umowy jest miarodajną podstawą do określenia terminów realizacji danych wymogów wynikających z zamówienia. Wykonawca mimo realizacji usługi, która ma charakter służebny wobec właścicieli nieruchomości oraz Zamawiającego nadal jest podmiotem gospodarczym funkcjonującym w ramach wolnego rynku, wszelkie jego działania są nakierowane na generowanie zysku i niwelowanie zbędnych kosztów, a takim byłby koszt przygotowania harmonogramu zanim rozstrzygnie się kwestia, czy oraz jakie części zamówienia będą realizowane przez danego Wykonawcę. Dotychczasowe doświadczenie Wykonawców wobec 4 letniego okresu realizacji zamówienia, tylko w niewielkim stopniu może mieć zastosowanie.

m) Zamawiający zastrzega, że podane przez niego wartość są wartościami szacunkowymi, które wykonawca zobowiązany jest uwzględnić przy wyliczaniu ceny oferty. Wykonawca zobowiązany jest na bazie posiadanego doświadczenia na etapie postępowania przetargowego samodzielnie oszacować ilość pojemników poszczególnych pojemności niezbędnych do wyposażenia właścicieli nieruchomości na podstawie danych zawartych w SIWZ (rozdz. X pkt 7 SOPZ w zakresie każdej z części). Wnosił o modyfikację rozdz. X SOPZ poprzez podanie wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty, w szczególności ilość pojemników poszczególnych pojemności niezbędnych do wyposażenia właścicieli nieruchomości.

Zarzut 4m). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez wskazanie w sposób jednoznaczny max. ilości pojemników poszczególnych pojemności. Dane wyjściowe wskazane w rozdz. X pkt 5, 6 i 7 SOPZ, czy też w zał. nr 1 a do SOPZ są sprzeczne, gdyż z jednej strony jest mowa, że: „nie więcej niż”, z drugiej – stanowi się obowiązek samodzielnego oszacowania ilość pojemników poszczególnych pojemności. Z załącznika nr 1a do SOPZ nie wynika także, czy dane w nim zawarte mieszczą się w danych z rozdz. X pkt 5, 6 i 7 SOPZ, czy też są to dane maksymalne, czyli niejasny jest charakter informacji zawartych w tym zakresie we wskazanym załączniku. Obecne postanowienia SIWZ przeczą zasadzie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia zawartej w art. 29 ust. 1 Pzp.

5) art. 353¹ w. zw. z art. 5 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie załącznika nr 9 do SIWZ Istotnych dla

stron postanowień umowy (dalej: „wzór umowy”), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie, w jakim:

a) wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu kopii umów z uprawnionymi podmiotami zewnętrznymi na wykonywanie czynności polegających na bieżącej konserwacji i naprawach pojazdów oraz myciu i dezynfekcji pojazdów poza terenem bazy magazynowo - transportowej [§ 1 ust. 11 lit c) wzoru umowy]. Wnosił o wykreślenie § 1 ust. 11 lit c) wzoru umowy.

Zarzut 5a). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ poprzez wykreślenie § 1 ust. 11 lit c) wzoru umowy. W ocenie Izby, to postanowienie w zakwestionowanym brzmieniu miało służyć kontroli prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej, nie jest związane de facto co do zasady z tym kontaktem. Zamawiający winien przede wszystkim kontrolować stan sanitarny pojazdów (podstawa prawna z rozporządzenia wskazana w ramach zarzutu 4k), a nie fakt zawarcia umów z uprawnionymi podmiotami zewnętrznymi, przez kontrolę umów z uprawnionymi podmiotami zewnętrznymi nie da się osiągnąć celu ustawowego, jakim jest zachowanie określonego standardu usługi i ochrony środowiska.

b) w przypadku niedostarczenia polis lub ich kontynuacji Zamawiający uprawniony jest do zawarcia umowy ubezpieczenia na koszt wykonawcy, a koszty zawarcia umowy potrąca z wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto, Zamawiający uprawniony jest w takim przypadku do pobrania od wykonawcy kary umownej w wysokości 2000 zł (§ 1 ust. 16 wzoru umowy). Wnosił o wykreślenie § 1 ust. 16 wzoru umowy.

Zarzut 5b). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ poprzez wykreślenie § 1 ust. 16 wzoru umowy w jego obecnym kształcie i ustanowienie w tym zakresie jedynie kary umownej w wypadku niedostarczenia polis lub ich kontynuacji. Izba stoi na stanowisku, że podwójne karanie Wykonawcy, jak przewidują zakwestionowane postanowienia wzoru umowy, za niedostarczenia polis lub ich kontynuacji Zamawiającemu, jest niedopuszczalne.

c) nie jest możliwym ustalenie charakteru i zasad ustalania wynagrodzenia wykonawcy, gdyż w § 2 wskazano, że wynagrodzenie z tytułu umowy ma formę ryczałtu, zgodnie z kolei z § 3 ust. 2 w toku realizacji umowy Zamawiający rozliczać się będzie z wykonawcą za faktycznie wykonane usługi w oparciu o potwierdzone raporty miesięczne odebranych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowanych odpadów i ceny zaproponowane w ofercie (§ 2 ust. 1 i § 3 ust. 2 wzoru umowy). Wnosił o modyfikację § 2 ust. 1 i § 3 ust. 2 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż w toku realizacji umowy Zamawiający rozliczać się będzie z wykonawcą za

faktycznie wykonane usługi.

Zarzut 5c). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ poprzez jednoznaczne określenie w postanowieniach wzoru umowy, czy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, czy też wynagrodzeniem kosztorysowym za odpady faktycznie odebrane. Jeśli zostanie ustalone wynagrodzenie kosztorysowe Zamawiający winien określić zasady sporządzenia kosztorysu przez Wykonawców. Należy zauważyć, że postanowienia SIWZ w pierwotnym brzmieniu z jednej strony wskazują, że mamy do czynienia z ryczałtem miesięcznym, z drugiej, Zamawiający wskazuje, że zapłaci tylko za faktycznie odebrane odpady. Izba także wskazuje, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w wypadku odebraniu przez Wykonawcę mniejszej ilości odpadów, taki Wykonawca będzie miał niewątpliwe korzyści z tego wynikające, ale z tym wynagrodzeniem wiąże się także ryzyko, w sytuacji gdy w danym roku liczba nowych nieruchomości, usług dodatkowych, czy też kradzieży pojemników wygeneruje znaczne straty, które nie zostaną pokryte przez Zamawiającego z dodatkowego wynagrodzenia.

d) w przypadku, gdy Wykonawca będzie realizował usługi objęte umową bez należytej staranności, niezgodnie z obowiązującymi przepisami, normami technicznymi lub niezgodnie z postanowieniami umowy, Zamawiający ma prawo odmówić zapłaty, nakazać wykonawcy zaprzestania wykonania usług, odstąpić od umowy, powierzyć poprawienie lub wykonani usług objętych umową innym podmiotom lub potrącić z wynagrodzenia wykonawcy należności z tytułu kar umownych (§ 4 ust. 4 wzoru umowy). Wnosił o wykreślenie § 4 ust. 4 wzoru umowy.

Zarzut 5d). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ, tj. poprzez modyfikacje § 4 ust. 4 wzoru umowy, polegającą na uporządkowaniu odpowiedzialności Wykonawcy i zastosowaniu gradacji, kiedy, zostanie naliczana kara umowna, kiedy będzie miało miejsce odstąpienie, kiedy powierzenie poprawienia lub wykonania usług objętych umową innym podmiotom, kiedy zaś obniżenie wynagrodzenia. W zakresie powierzenie poprawienia lub wykonania usług objętych umową innym podmiotom, Izba zastrzega, wskazując jednocześnie Zamawiającemu, że powyższe musi mieć miejsce w zgodzie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Obecnie treść istotnych postanowień umownych, czyli wzoru umowy jest nieprecyzyjna i nie pozwala wykonawcom na zidentyfikowanie zakresu świadczenia oraz ryzyk z nim związanych, a to z kolei przekłada się na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 1 Pzp

e) wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów, od wszystkich właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na

których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne oraz wyposażenia w pojemniki i worki wszystkich właścicieli nieruchomości z terenu Sektora niezależnie od wykazu dostarczonego przez Zamawiającego (§ 6 ust. 1 wzoru umowy). Wnosił o modyfikację § 6 ust. 1 wzoru umowy poprzez wskazanie maksymalnej liczby nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady.

Zarzut 5e). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację § 6 ust. 1 wzoru umowy poprzez wskazanie maksymalnej liczby nieruchomości z których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady. Podobnie jak w zarzucie 4 b). Izba przywołuje argumentacja tam zawartą.

f) w przypadku niewykonania, niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy przez wykonawcę Zamawiający nalicza i potrąca z wynagrodzenia wykonawcy, kare umowną w wysokości 2 000 zł za każdy przypadek niewykonania, niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy lub naruszenia warunków (wymagań) określonych umową, w tym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (§ 10 ust. 1 wzoru umowy). Wnosił o modyfikację § 10 ust. 1 zd. 1 wzoru umowy poprzez zastąpienie jego obecnego brzmienia, następującym „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:”.

Zarzut 5f). Oddalenie zarzutu. Żądanie Odwołującego w istocie nie tworzy innego stanu prawnego, niż ten, który jest kwestionowany w odwołaniu. Zamawiający sprecyzował w istocie sposób zapłaty kary umownej przez wykonawcę naruszającego postanowienia umowne, tzn. poprzez stwierdzenie, że zapłata tych kar nastąpi przez obniżenie wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zamawiający na podstawie § 10 ust. 1 wzoru umowy może obniżyć wartość wynagrodzenia o wartość kar umownych, które wyliczył i wskazał w jego ramach, czyli przywołany paragraf określa sposób „zabrania” kary umownej. Zdaniem Izby kwestionowane postanowienie wzoru umowy wymagało jedynie interpretacji, a nie zmiany.

g) w zakresie kar umownych Zamawiający posługuje się pojęciami niejednoznacznymi i niedookreślanymi (§ 10 ust. 1 pkt 4, 17 i 18 wzoru umowy). Wnosił o wykreślenie § 10 ust. 1 pkt 4, 17 i 18 wzoru umowy.

Zarzut 5g). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację § 10 ust. 1 pkt 4, 17 i 18 wzoru umowy poprzez: w zakresie pkt 4 – zdefiniowanie pojęcia: „raportu nierzetelnego”, pkt 17 – doprecyzowanie co należy rozumieć przez sformułowanie – „za każde nieudostępnienie telefonu dyżurnego”, czy dotyczy to przypadku zmiany dyżurnego np. w skutek rozwiązania umowy przez Wykonawcę z jego poprzednikiem, pkt 18 - doprecyzowanie co należy rozumieć przez: „nieodebranie telefonu przez dyżurnego”, np.

w sytuacji gdy linia jest „zajęta”. Obecnie treść istotnych postanowień umownych, czyli wzoru umowy jest nieprecyzyjna i nie pozwala wykonawcom na zidentyfikowanie zakresu świadczenia oraz ryzyk z nim związanych, a to z kolei przekłada się na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 1 Pzp.

h) Zamawiający ma prawo do proporcjonalnego jednostronnego obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli wykonawca nie wykonuje jakiej czynności określonej w umowie; obniżenie następuje w wysokości równej wartości tej niewykonanej usługi (§ 10 ust. 5 wzoru umowy). Wnosił o wykreślenie § 10 ust. 5 wzoru umowy.

Zarzut 5h). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ poprzez wykreślenie § 10 ust. 5 wzoru umowy w przypadku przesadzenia o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia lub modyfikację postanowienia przez obniżenie wynagrodzenia o kwotę odpowiadającą jednostkowej cenie za dane zlecenie wynikającą z kosztorysu ofertowego – przy wynagrodzeniu kosztorysowym.

i) Zamawiający uprawniony jest do dokonania zlecenia wykonania usługi podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko wykonawcy (§ 11 ust. 2 wzoru umowy). Wnosił o wykreślenie §11 ust. 2 wzoru umowy.

Zarzut 5i). Oddalenie zarzutu. Jednocześnie, Izba zastrzega, podobnie, jak przy zarzucie 5d)., że wynikające z § 11 ust. 2 wzoru umowy wykonanie zastępcze musi mieć miejsce w zgodzie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Powyższą okoliczność Zamawiający winien każdorazowo wziąć pod uwagę, w sytuacji zamiaru skorzystania z powyższej instytucji.

j) Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, w terminie 120 dni od dnia powzięcia wiedzy o tym (§ 13 ust. 1 wzoru umowy). Wnosił o modyfikację § 13 ust. 1 poprzez wskazanie, że Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiedzy o tym.

Zarzut 5 j). Wycofany na rozprawie przez Odwołującego.

k) Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w sytuacjach określonych w § 13 ust. 2 lit. b), d), e), f) wzoru umowy. Wnosił o: a) wykreślenie § 13 ust. 2 lit. b), e), f) wzoru umowy; b) modyfikację § 13 ust. 2 lit. d) wzoru umowy poprzez wskazanie, że gdy

wykonawca nie zapewni właściwej, jakości usługi zgodnej z SIWZ i złożoną ofertą Zamawiający wezwie wykonawcę do zapewnienia właściwej, jakości usługi zgodnej z SIWZ i złożoną ofertą w terminie 14 dni od otrzymania wezwania. W przypadku nie poprawienia jakości usług w tym terminie, Zamawiający ponownie wezwie wykonawcę do zapewnienia właściwej, jakości usługi zgodnej z SIWZ i złożoną ofertą w terminie 7 dni od otrzymania wezwania. Po upływie 7 dniowego terminu i nie poprawieniu jakości usług przez wykonawcę, Zamawiający będzie uprawniony do dostąpienia od umowy.

Zarzut 5 k). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ poprzez:

b) doprecyzowanie charakteru zaprzestania działalności Wykonawcy, czy chodzi o zaprzestanie działalności gospodarczej w postaci zakończenia bytu przedsiębiorcy, czy też o bezzasadne zaprzestanie świadczenia usługi wywozu odpadów;

d) zgodnie z wnioskiem Odwołującego wskazanym powyżej;

e i f) wykreślenie § 13 ust. 2 lit. e), f) wzoru umowy.

Należy zauważyć, że Wykonawcy wobec którego wszczęto postępowanie likwidacyjne lub wydano nakaz zajęcia majątku Wykonawcy nadal może realizować zamówienie.

- l) Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym, w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzi, że wykonawca nie dysponuje odpowiednią ilością pojemników [§ 13 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy]. Wnosił o wykreślenie § 13 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy.

Zarzut 5 l). Uwzględnienie zarzutu. Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ poprzez wykreślenie § 13 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy w jego obecnym kształcie oraz ustanowienie, w tym zakresie, zamiast prawa do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym, kary umownej. Sankcja pierwotna, w ocenie Izby jest zbyt dotkliwa, gdyż nie jest znana ilość pojemników którą ma utrzymywać w pogotowiu Wykonawca. Zamawiający nie wskazał, czy Wykonawca ma się zabezpieczyć na wypadek spalenia, tudzież kradzieży wszystkich pojemników i trzymać ich drugi komplet, czy też chodzi tylko o okres początkowy, tj. brak odpowiedniej ilości pojemników do rozpoczęcia świadczenia usługi – bo tylko w tym drugim wypadku byłoby to rażące naruszenie stosunku umownego i mogłoby być oceniane jako podstawa do odstąpienia od umowy. Obecnie treść istotnych postanowień umownych, czyli wzoru umowy jest nieprecyzyjna i nie pozwala wykonawcom na zidentyfikowanie zakresu świadczenia oraz ryzyk z nim związanych, a to z kolei przekłada się na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....