

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Małgorzata Stręciwilk

Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2013 r. przez wykonawcę **W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: "BYŚ" W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: "BYŚ" W..... B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W.....**

**B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: "BYŚ" W.....
B....., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy” (nr sprawy: ZP/GP/271/IV-75/13), nr ogłoszenia o zamówieniu 148264-2013-PL.

W..... B....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... w Warszawie (dalej: „odwołujący”) wniósł dnia 29 lipca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania wykonania czynności przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13 (dalej jako: „wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013” lub wyrok), a tym samym wobec czynności polegającej na dokonaniu w postępowaniu ustalenia kryteriów oceny ofert sprzecznych z przepisami ustawy Pzp, dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec postanowień SIWZ dot. kar umownych, tj. od postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) zasady związania Zamawiającego wyrokiem KIO, wywodzonej z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 Pzp w zw. z art. 1184 § 1 i art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c. (tej samej zasady w zarzutach 2, 4 i 5 poniżej), poprzez niewykonanie pkt 1.2 sentencji wyroku nakazującego Zamawiającemu zmianę SIWZ w taki sposób, aby kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami; a jednocześnie:

- art. 91 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 7 Pzp oraz w zw. z art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „u.c.p.g.”) w zw. z art. 17-19 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej jako „u.o”), § 22 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy z dnia 17 stycznia 2013r. i innymi przepisami przywołanymi w dalszej części, jak również w związku z art. 38 ust. 4 Pzp, poprzez określenie w pkt 26 SIWZ i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 3), iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Kryterium to, w okolicznościach przedmiotowego zamówienia obejmującego w szczególności zagospodarowanie odpadów komunalnych, nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia interesu publicznego i obowiązków Zamawiającego wynikających z u.c.p.g. oraz ustawy o odpadach. Kryterium to

bowiem nie uwzględnia hierarchii postępowania z odpadami, w tym najwyższych poziomów odzysku surowcowego odpadów, premiując wykonawców zamierzających zagospodarować odpady w instalacjach w prostej i tym samym taniej technologii, nie pozwalających na rzeczywistą redukcję strumienia odpadów i odzysk surowcowy. Kryterium to tym samym prowadzi do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców stosujących najlepsze rozwiązania technologiczne, dające najwyższy efekt ekologiczny, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

2)

- niewykonanie pkt 1.3 sentencji wyroku nakazującego wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia umownego;

- niewykonanie pkt 1.5 sentencji nakazującego wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia umownego, co jednocześnie narusza:

- art. 6d ust. 4 u.c.p.g. w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 Pzp, prowadząc do niejednoznacznego, niewyczerpującego i nieuwzględniającego wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia.

3) art. 6d ust. 4 u.c.p.g. w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 Pzp, prowadząc do niejednoznacznego, niewyczerpującego i nieuwzględniającego wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zasad wykonania usługi inwentaryzacji punktów odbioru odpadów (POO),

4) niewykonanie pkt 1.6 sentencji wyroku nakazującego zmianę postanowień wzoru umowy poprzez określenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, w szczególności na dostarczenie pojemników i worków co jednocześnie stanowi naruszenie:

- art. 6d ust. 4 u.c.p.g. w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp i art. 7 Pzp

5) niewykonanie pkt 1.7 sentencji wyroku nakazującego zmniejszenie wysokości kar umownych, a także powiązanie kar umownych z negatywnymi skutkami działań lub zaniechań wykonawcy, niewykonanie pkt 1.8 sentencji wyroku nakazującego zmianę § 8 ust. 3 pkt 8 i 10 wzoru umowy poprzez odniesienie kar umownych do ilości pojemników zamiast lokali, co jednocześnie narusza art. 353(1) k.c. i art. 483 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zakresie, w jakim zmiany wysokości i zasad naliczania kar umownych, o których mowa w obecnym § 8 ust. 3 pkt 4 i 7, prowadzą do naliczenia kar rażąco wygórowanych, a więc oderwanych od

istoty kary umownej i pozostają bez związku z zakresem negatywnych skutków niewypełnienia przez wykonawcę obowiązków umownych.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykonanie sentencji wyroku Izby pkt 1.2 poprzez unieważnienie czynności zmiany SIWZ polegającej na ustaleniu tylko cenowego kryterium wyboru najkorzystniejszej
- 2) określenie rzeczywistej maksymalnej ilości punktów odbioru odpadów (POO), które Wykonawca ma zinwentaryzować w ramach wynagrodzenia określonego w §6 ust. 2 lit. a) wzoru umowy lub alternatywnie określenie limitu ilości POO, które Wykonawca ma zinwentaryzować w ramach wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 2 lit. a) i opisanie sposobu dodatkowej wyceny inwentaryzacji punktów odbioru odpadów, które zostaną wykonane przez Wykonawcę poza tym limitem.
- 3) modyfikację rażąco wygórowanych kar umownych określonych w § 8 ust. 3 pkt 7 wzoru umowy,.

Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia oraz niezgodny z prawem sposób dokonania przez Zamawiającego opisu kryterium oceny ofert utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może się wiązać z realizacją zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Dnia 18 lipca 2013 r. Zamawiający - w wykonaniu wyroku KIO z dnia 4 czerwca 2013r. zmodyfikował zapisy SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczając na stronie internetowej stosowne informacje na ten temat.

Zmiany do SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie opisanym poniżej, pozostają w sprzeczności z treścią wskazanego wyroku Izby, a nadto wprowadzenie części z nich powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nadal pozostaje niejednoznaczny, utrudniając uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zgodnie z zapisem pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu i pkt 26 zmodyfikowanej SIWZ jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu Zamawiający uczynił cenę.

W pierwszej wersji SIWZ Zamawiający przyjął także pozacenowe kryteria oceny ofert odnoszące się do jakości świadczonej usługi. Kryteria te zostały zaskarżone przez wykonawców jako preferujące najniższy szczebel w hierarchii postępowania z odpadami, tj. składowanie, a nie odzysk. W wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r. Izba nakazała Zamawiającemu zmianę SIWZ w taki sposób, aby kryteria oceny ofert oraz zasady oceny

ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazaną w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w tym najwyższe poziomy odzysku surowcowego.

Zamawiający dokonał zmiany kryteriów oceny ofert. Niewykonanie wyroku Izby jest równoznaczne z naruszeniem zasady związania wyrokiem Izby, wywodzonej z art. 185 ust. 7 i art. 197 ust. 1 Pzp w zw. z art. 1184 § 1 i art. 365 § 1 i art. 366 k.p.c.

Zamawiający do wytycznych Izby nie zastosował się.

Swoboda zamawiającego w określaniu kryterium oceny ofert ma granice. Przyjmuje się, że kształtowanie kryteriów oceny ofert musi mieć uzasadnienie w istniejących potrzebach zamawiającego, a ponadto nie może naruszać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, (wyrok KIO 1360/12). W stanie faktycznym niniejszej sprawy, „istniejące potrzeby zamawiającego”, są przy tym determinowane przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, odnoszącymi się do zasad i celów gospodarowania odpadami komunalnymi.

. Choć w oparciu możliwy będzie wybór oferty wykonawcy posiadającego cechy preferowane przez Zamawiającego, to nie będą to cechy pozwalające na zaspokojenie jego rzeczywistych potrzeb i realizację określonych przez niego w SIWZ celów. Kryterium ceny w tym postępowaniu nie zmierza do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej ze względu na sposób (jakość) zagospodarowania odpadów.

Odwołujący wskazał na obowiązek ochrony środowiska wynikający z przepisów prawa europejskiego, polskiego i miejscowego.

Przyjęte przez Zamawiającego kryterium oceny ofert powinno być zgodne z preferencją ustawodawcy w zakresie hierarchii postępowania z odpadami. Powinno zatem umożliwiać udział i konkurowanie w niniejszym postępowaniu wykonawcom, którzy są w stanie wykazać się podwyższoną jakością gospodarowania odpadami, którzy preferują odzysk surowców wtórnych nad odzyskiem energetycznym, zaś odzysk energetyczny nad składowaniem. Sposobem na realizowanie powyższych zasad nie jest bowiem tylko narzucenie wykonawcom obowiązku osiągnięcia minimalnych poziomów odzysku, recyklingu, czy przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych określonych przepisami ustawy u.c.p.g. i przepisów do niej wykonawczych, ale dążenie do zwiększenia tych poziomów, zwłaszcza poprzez zwiększenie ilości odpadów przekazywanych do recyklingu w stosunku do ilości odpadów poddawanych innym metodom odzysku, co z kolei możliwe jest wyłącznie poprzez preferowanie odpowiednich do tego celu sposobów zagospodarowania odpadów. Tylko tak rozumiany zakres obowiązków ciążących na Zamawiającym w ramach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne można pogodzić z akcentowaną przez KIO w wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r. - zasadą hierarchii postępowania z odpadami.

Zamawiający zmienił w niniejszym postępowaniu, pomimo wcześniejszych preferencji kryteriów jakościowych, że jedynym kryterium oceny ofert po modyfikacji SIWZ stanie się cena. Przyjęte przez Zamawiającego kryterium preferuje tym samym najtańszą metodę gospodarowania odpadami, nie zaś metodę pozwalającą uzyskać największy współczynnik odzysku surowcowego odpadów.

Odwołujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustanowienia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Niemniej jednak przyjęcie ich nie może prowadzić do naruszenia norm powszechnie obowiązującego prawa. Taki natomiast skutek wywołuje przyjęcie jedynie cenowego kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

W ślad za obniżeniem ceny zagospodarowania odpadów, obniżeniu ulega jakość ich zagospodarowania.

Preferowanie w niniejszym postępowaniu „tańszych” RIPOK-ów w praktyce oznacza także i to, że - m.in. wobec faktu, iż wykonawcy usługi wybierani są na 3 lata - wykonawcy zajmujący się zagospodarowywaniem odpadów komunalnych i posiadający droższe RIPOK-i, by nie wypaść z tego rynku, będą zmuszeni do zmiany technologii odzysku na tańszą, a więc nastawioną na mniejsze poziomy odzysku i recyklingu odpadów. Jednak zmiana taka będzie możliwa tylko w przypadku tych instalacji, które prowadzą proces mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych. Funkcjonująca w regionie - i zarazem jedna z nielicznych w kraju - spalarnia odpadów komunalnych (zakład termicznego przekształcania) nie ma bowiem technicznych możliwości zmodyfikowania technologii w taki sposób by obniżyć koszty funkcjonowania do poziomu umożliwiającego konkurencję w postępowaniu. Jak wynika wprost z zapisów WPGO dla Mazowsza: „Priorytetową inwestycją w regionie warszawskim jest rozbudowa instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych dedykowanej dla miasta stołecznego Warszawy. Ze względu na duże potrzeby regionu w zakresie składowania odpadów powstających w wyniku mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów oraz problem z lokalizowaniem nowych regionalnych składowisk w pobliżu miasta, termiczne przekształcenie odpadów pozwoli nie tylko na zagospodarowanie zmieszanych odpadów z odzyskiem energii ale przede wszystkim zmniejszy zapotrzebowanie na obiekty do składowania.” (str. 170 WPGO).

Zmiana technologii w tych przypadkach przyniesie wspomniany efekt przeciwny w stosunku do oczekiwanego przez ustawodawcę doprowadzi także do konieczności ponoszenia przez wykonawców dodatkowych kosztów oraz wypaczenia celów ustawy o utrzymaniu i czystości w gminach, która przekazała „władztwo” nad odpadami komunalnymi " samorządom. Łączna moc przerobowa wszystkich instalacji RIPOK przeznaczonych do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, funkcjonujących w regionie warszawskim, szacowana

jest obecnie na nie mniej niż 1.410.000 Mg/rok i w toku realizacji przedmiotu umowy może ulec zwiększeniu, bowiem kolejne instalacje są na etapie rozbudowy. Region warszawski jest regionem wyjątkowym, bowiem moce przerobowe już obecnie funkcjonujących instalacji regionalnych przekraczają zapotrzebowanie. Oczywiście pozostaje, że odpady będą kierowane przez wykonawców - wobec braku innego bodźca w postaci pozacenowego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty - w pierwszej kolejności do instalacji najtańszych (ergo - o mniej efektywnej technologii), co z kolei oznacza, iż instalacja Odwołującego, czy będąca własnością gminnej spółki komunalnej instalacja termicznego przekształcania odpadów, mogą w ogóle nie otrzymać odpadów niezbędnych do utrzymania instalacji. Brak odpadów oznacza bowiem brak zysków z ich zagospodarowania, przy konieczności ponoszenia kosztów stałych związanych z posiadaniem takiej instalacji.

Kryterium to powoduje sytuację, w której dany wykonawca co prawda może złożyć ważną - zgodną z hierarchią gospodarowania odpadami - oraz odpowiadającą specyfikacji ofertę, uwzględniającą cenę RIPOK zapewniającego najwyższy efekt ekologiczny, jednak oferta ta w świetle ustanowionego wymogu nie będzie mogła realnie konkurować z ofertą innego wykonawcy.

Przyjmując cenę jako jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, nie uwzględniając sytuacji rynkowej, Zamawiający ogranicza w ten sposób dostęp do rynku Wykonawcom, którzy założyli kierowanie strumienia odpadów do bardziej kosztochłonnych ze względu na zastosowane procesy - nowocześniejszych instalacji RIPOK, których koszty wynikają z zastosowania zaawansowanych procesów redukujących ilości odpadów kierowanych do składowania. Zamawiający przeciwdziała w ten sposób ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji nie tylko na rynku zagospodarowania odpadów, ale również na rynku z nim powiązonym, tj. rynku odbioru odpadów. Jego działanie narusza zatem art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. Zamawiający już dzisiaj „ustawia” rynek odbioru i zagospodarowania odpadów. Znając ceny RIPOK, wiadomo już dzisiaj, jacy wykonawcy nie uzyskają zamówienia przy kryterium „najniższa cena”, gdy cena ofertowa jest przede wszystkim ukształtowana przez cenę zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

W niniejszym postępowaniu ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny nie jest obiektywne. Wykonawca kalkulując ofertę, aby sprawić, że będzie ona konkurencyjna, zmuszony jest do naruszenia hierarchii postępowania z odpadami. Po drugie, nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Po trzecie, prowadzi do wyeliminowania z rynku wykonawców - właścicieli RIPOK najbardziej zaawansowanych technologicznie, gdzie jest najwyższy koszt zagospodarowania odpadów.

Izba w przywołanym wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r., dotyczącym przedmiotowego postępowania zauważa, że „istotne jest, aby kryteria generalnie zmierzały do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej ze względu na sposób (jakość) zagospodarowania odpadów. Zamawiający może posiłkować się propozycjami wykonawców w tym zakresie, może, a wręcz powinien, przewidzieć promowanie inicjatyw propagujących i zwiększających selektywne zbieranie odpadów. Warunkiem jest jedynie, aby sposób oceny był zrozumiały, jednoznaczny i odnosił się do rzeczywistego efektu ekologicznego, jaki osiągną wykonawcy, a więc uwzględnił hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazaną w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach, w szczególności najwyższe poziomy odzysku odpadów.”

II. Zarzut odnoszący się do nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, doprecyzowując opis przedmiotu zamówienia, w załączniku nr 11 do SIWZ, podał ilości odpadów komunalnych, które według jego szacunków będącą przedmiotem usługi odbioru i zagospodarowania z podziałem na zadania, frakcje odpadów oraz źródła ich powstawania (nieruchomości zamieszkałe i niezamieszkałe). Taki sposób określenia przez Zamawiającego „zakresu” przedmiotu zamówienia był równoznaczny z przerzuceniem na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości odpadów komunalnych wytwarzanych. Wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy (globalne tj. bez rozbicia na poszczególne elementy), Izba we wcześniejszym wyroku uznała powyższe zarzuty za uzasadnione i wskazała, że „Zgodnie z art. 29 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający powinien podać wykonawcom dokładne i kompletne dane dotyczące przedmiotu zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji między wykonawcami.”

W dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji zapisów SIWZ Zamawiający zaniechał wykonania - w całości - ww. pkt 1.3. i 1.5. wyroku.

Zgodnie z pkt. 6.1. b) SIWZ w obecnym brzmieniu: „Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w maksymalnych ilościach wskazanych w punkcie 6.4. SIWZ dla poszczególnych Zadań, z wszystkich POO, przynależnych do nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, a także nieruchomości o charakterze mieszanym, zlokalizowanych w granicach administracyjnych m.st. Warszawy. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia nieruchomości w pojemniki lub worki służące do zbierania odpadów komunalnych.”

W pkt 6.4 SIWZ Zamawiający w formie tabeli wskazał ilości odpadów komunalnych, które Wykonawca będzie zobowiązany odebrać w związku z realizacją umowy, jednakże wśród tych ilości nie podaje się ilości odpadów zielonych. W zał. nr 1 do SIWZ, gdzie w pkt 1.4.1-9

ppkt [2] OPZ wskazano ilość odpadów komunalnych odbieranych w ramach każdego zadania - wskazując przy tym ilość ta nie uwzględnia odpadów zielonych: „Maksymalna ilość odpadów komunalnych (z wyłączeniem „odpadów zielonych”).

Mimo tego, że Zamawiający, m. in. poprzez zmianę § 6 wzoru umowy, zrezygnował z formuły wynagrodzenia w postaci ryczałtu globalnego, to jednak elementy wynagrodzenia ryczałtowego we wzajemnych rozliczeniach stron zostały przez niego zachowane. Jak wynika z ust. 2 lit. b tiret trzeci powołanego § 6 wzoru umowy: „rozliczenie za prawidłowe wykonanie usługi odbioru i zagospodarowywania odpadów komunalnych, określonej w pkt. 6 i 7 OPZ, będzie stanowiło sumę iloczynów wynikających z przemnożenia:

b) Brak określenia w SIWZ maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia z podziałem na poszczególne frakcje odpadów zbieranych w sposób selektywny.

W tabeli umieszczonej w pkt 6.4 SIWZ, Zamawiający podał łączną maksymalną ilość odpadów komunalnych przewidzianych do odbioru i zagospodarowania w ramach poszczególnych zadań. Jednocześnie, nie zrezygnował całkowicie z formuły wynagrodzenia ryczałtowego, bowiem - stosownie do zapisu § 6 ust. 2 lit. b tiret jeden i dwa wzoru umowy - Zamawiający przewidział następujące zasady rozliczenia:

„rozliczenie za prawidłowe wykonanie usługi odbioru i zagospodarowywania odpadów komunalnych, określonej w pkt. 6 i 7 OPZ, będzie stanowiło sumę iloczynów wynikających z przemnożenia:

- ceny jednostkowej brutto wskazanej w Ofercie za odbiór jednej tony odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy, tj. ... zł (słownie złotych:...), przez faktyczną ilość odebranych odpadów w danym okresie rozliczeniowym,
- ceny jednostkowej brutto wskazanej w Ofercie za zagospodarowanie jednej tony odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy, tj. .. zł (słownie złotych: ..), przez faktyczną ilość odebranych odpadów w danym okresie rozliczeniowym".

Jak wynika z zacytowanych powyżej zapisów wzoru umowy, obowiązkiem wykonawcy jest podanie „ceny jednostkowej za odbiór jednej tony odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy" oraz „ceny jednostkowej za zagospodarowanie jednej tony odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy". Oznacza to, iż każda z tych cen jednostkowych stanowić ma uśrednioną cenę za odpowiednio odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych, niezależną od tego, jakie odpady (frakcje) będą rzeczywiście składały się na tę tonę. Tymczasem zarówno koszt odbioru, jak i zagospodarowania 1 tony zmieszanych odpadów komunalnych w sposób diametralny różni się od kosztu odbioru, czy też zagospodarowania 1 tony odpadów zebranych w sposób selektywny. Różnice, o których mowa, są jeszcze bardziej widoczne przy kosztach zagospodarowania 1 tony

poszczególnych frakcji odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny, o ile bowiem w niektórych wypadkach można przyjąć, iż wykonawca jest w stanie osiągnąć pewien zysk na zagospodarowaniu 1 tony tzw. odpadów surowcowych (przy czym i ten zysk będzie różny w zależności od tego, czy będziemy mieli do czynienia z tworzywami sztucznymi, papierem, szkłem itd.), o tyle poza sporem w zasadzie pozostaje, że zagospodarowanie odpadów np. gabarytowych w zasadzie zawsze oznacza koszt i to istotny po stronie wykonawcy.

Taki sposób ukształtowania omówionych cen jednostkowych, kolejny raz oznacza, iż całe ryzyko gospodarcze związane z trudnościami z ustaleniem tego, jak będzie w okresie realizacji zamówienia kształtował się strumień odpadów komunalnych, tj. jakie i ile odpadów poszczególnych frakcji będzie znajdowało się w 1 tonie odpadów komunalnych, zostało w całości przerzucone na wykonawcę. Wykonawcy nie będzie bowiem służyło względem Zamawiającego żadne roszczenie, jeśli procent zmieszanych odpadów komunalnych w przeliczeniu na 1 tonę odebranych odpadów będzie większy niż sugerowały to szacunki Zamawiającego.

c) Zaniechanie określenia przez Zamawiającego maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków.

W pkt. 1.2.1 [1] lit. a) OPZ Zamawiający określił, że

„Przedmiotem zamówienia jest: inwentaryzacja POO /.../ połączona z badaniem potrzeb właścicieli nieruchomości w zakresie wyposażenia POO w pojemniki i worki, zgodnie z pkt.4 OPZ,"

W pkt. 5.1.2 OPZ zatytułowanym - „Liczba pojemników i ich dostarczenie", wskazano, że:

„5.1.2. Liczba pojemników i ich dostarczenie

Wykonawca zobowiązany jest, w ramach wynagrodzenia za odbiór odpadów wskazanego w ofercie, do dostarczenia pojemników do wszystkich POO, /.../ a Wykonawcy nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie za dostarczenie większej liczby pojemników niż wynika to z przeprowadzonej inwentaryzacji."

Zamawiający na etapie składania ofert nie określa maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 załącznika nr 12 do siwz (wzór umowy). Wykonawcy zgodnie z zapisami pkt. 1.2.1 [1] lit. a) OPZ, pkt. 5.1.2 OPZ, a także pkt. 4 OPZ są zobowiązani samodzielnie ustalić tę ilość na podstawie przeprowadzonej inwentaryzacji, a więc dopiero w toku realizacji umowy. Jednocześnie koszt dostawy bliżej nieokreślonej ilości i rodzajów pojemników i worków na odpady muszą uwzględnić w ryczałtowej cenie jednostkowej za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów komunalnych. W § 6 ust. 2 lit. b) określono jasno, że cena za dostawę worków i pojemników ma charakter ryczałtowy, tj. „(...)cena za wykonanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych obejmuje wynagrodzenie za

wyposażenie wszystkich nieruchomości w odpowiednie pojemniki i worki, o których mowa w pkt. 5 OPZ."

Mając powyższe na uwadze, za wyrokiem KIO z dnia 04.06.2013r., odwołujący podnosi, iż „zamawiający ani żaden inny podmiot nie posiada dokładnych, miarodajnych i globalnych informacji o tym,(...) ile i jakie pojemniki będzie należało zapewnić dla danych nieruchomości. Nie oznacza to jednak, iż co do niektórych okoliczności zamawiający nie może sporządzić dokładnego i uwzględniającego wymagania i okoliczności przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert. Chodzi tu przede wszystkim o okoliczności wskazane w punktach 1.3.-1.5.1 sentencji wyroku, które, nawet jeśli są nieznane, jako przedmiot zamówienia w łatwy sposób mogą zostać dookreślone odpowiednimi postanowieniami umownymi". Takim łatwym sposobem na dookreślenie przedmiotu umowy jest sugerowane przez Izbę podanie maksymalnej liczby pojemników poszczególnych rodzajów/worków objętych ryczałtowa ceną - tu: ceną jednostkową za odbiór i zagospodarowanie 1 tony odpadów. Natomiast w przypadku wystąpienia konieczności dostarczenia pojemników lub worków ponad maksymalne ilości określenie dodatkowego wynagrodzenia dla wykonawców za każdy dostarczony pojemnik lub worek ponad maksymalny limit.

d) Inwentaryzacja Punktów Odbioru Odpadów (POO).

Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie oraz jej konsekwencje w zakresie realizacji pozostałych obowiązków umownych i zasad kalkulacji ceny ofertowej, były przedmiotem zarzutu w poprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym. Izba, uznając rację skarżących zapisy SIWZ wykonawców, wskazała w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2013r., że cyt.: „bardziej racjonalne jest uznać konieczność dokonania inwentaryzacji punktów odbioru odpadów i przypisania im rodzajów pojemników itd. za część usługi, którą zamawiający zlecił wykonawcom".

Rozwiązanie zasugerowane przez Izbę zostało przyjęte przez Zamawiającego. Jednak sposób opisu przez Zamawiającego zakresu „usługi inwentaryzacji POO" zasadnym czyni stwierdzenie, że opis ten jest wewnętrznie sprzeczny, nieprecyzyjny i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności.

Odwołujący wskazał na treść opisu przedmiotu zamówienia utrudniające dokonanie inwentaryzacji punktów odbioru odpadów.

III. Zarzut dotyczący odpowiedniego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi.

W pierwotnej wersji SIWZ Zamawiający wskazał, iż termin realizacji każdego z zadań objętych przedmiotem umowy wynosi 36 miesięcy i jest liczony od dnia 1 lipca 2013 r. lub daty zawarcia umowy, jeżeli umowa zostanie zawarta po tym terminie (vide pkt 8 SIWZ oraz załącznik nr 12 do SIWZ - Wzór umowy). Jednocześnie, na mocy § 8 ust. 3 pkt 6 i 7

załącznika nr 12 do SIWZ, zobowiązał wykonawcę do zapłaty kar umownych z tytułu niedopełnienia obowiązków umownych m. in. w zakresie dostarczenia pojemników i worków na odpady.

Analiza zmienionych postanowień SIWZ, prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie zastosował się do powyższego wyroku KIO w zakresie ustalenia odpowiedniego terminu realizacji części usług będących przedmiotem zamówienia.

W zmienionej SIWZ Zamawiający przewidział realizację przedmiotu umowy w podziale na dwa etapy: etap przygotowawczy realizacji przedmiotu umowy oraz etap świadczenia usług, przyjmując, zgodnie z § 1 ust. 4.1 określone terminy.

Takie „doprecyzowanie” terminów w zakresie inwentaryzacji oraz dostawy pojemników i worków - nie sprawiło, że stały się one bardziej realne,

Termin na inwentaryzację to data kalendarzowa - 30 listopada 2013r. Rzeczywisty czas, jaki na inwentaryzację POO będzie więc zależał od daty zawarcia umowy.

Odwołujący wskazał na realne zagrożenie uchybienia ustalonym terminom realizacji umowy.

IV. Zarzut odnoszący się do kar umownych.

Wyrok Izby z 4 czerwca, o którym mowa, Zamawiający wykonał w sposób następujący:

Kara umowna za nieodebranie odpadów komunalnych w umówionym terminie.

§ 8 ust. 3 pkt 10 pierwotnego wzoru umowy brzmiał: Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej „za każdy przypadek nieodebrania, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, odpadów komunalnych z danej nieruchomości w terminie wynikającym z Harmonogramu Odbioru Odpadów, o którym mowa w rozdz. V pkt 2.1 OPZ albo odebrania odpadów w innym terminie niż wynikający z tego Harmonogramu (z zastrzeżeniem rozdz. V pkt 2.4. OPZ), a także nieodebrania odpadów w ciągu 6 godzin od chwili zgłoszenia przez Zamawiającego żądania odebrania odpadów zgodnie z rozdz. V pkt 2.5. OPZ - w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty brutto 500 zł oraz liczby gospodarstw domowych lub obiektów infrastruktury Cnp. lokali użytkowych) na danej nieruchomości, z których nie odebrano odpadów albo odebrane w innym terminie:"

Obecnie kara ta została określona w sposób następujący:

§ 8 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy stanowi, że Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej „za każdy zawiniony przez Wykonawcę przypadek nieodebrania odpadów komunalnych z danej nieruchomości w terminie wynikającym z Planu Odbiorów, o którym mowa w ppkt. 6.1. [4] OPZ albo odebrania odpadów w innym terminie niż wynikający z tego Planu (z zastrzeżeniem ppkt. 6.1. [8] OPZ), a także nieodebrania odpadów w ciągu 6 godzin od chwili zgłoszenia przez Zamawiającego żądania odebrania odpadów zgodnie z ppkt. 6.3.

[1] OPZ - w wysokości 100 zł za każde rozpoczęte 100 litrów nominalnej pojemności nieopróżnionego pojemnika.

Zamawiający wysokość kary odnosi nie do ilości pojemników, a do ich pojemności.

Ponadto, taki sposób określenia metody wyliczenia kary umownej, prowadzi do wniosku, iż kara ta jest rażąco wygórowana.

Do odwołania załączono Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018 - 2023 – wyciąg i Uchwałę Nr 120/13 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 24 czerwca 2013 r. zmieniająca uchwałę w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł oddalenie odwołania stosownie do art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Wskazał na przesłanki i treść wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013 r. powołanego w odwołaniu. W tym świetle stwierdził, że miał obowiązek dokonać modyfikacji wg szczegółowych wytycznych zawartych w wyroku KIO przy założeniu niezmienności pozostałych zapisów lub dokonanie modyfikacji siwz na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy pzp w granicach wytyczonych przez zasady systemu zamówień, przy uwzględnieniu potrzeb zamawiającego. W ocenie zamawiającego był on upoważniony do dokonania zmian specyfikacji i ogłoszenia w szerszym niż wynikający z wyroku Izby zakresie.

Zauważył, że zarzuty odwołania koncentrują się na naruszeniu zasady związania zamawiającego wyrokiem KIO i nie odnoszą się bezpośrednio do modyfikacji siwz dokonanej 18 lipca 2013 r., co oznacza, że odwołujący nie wykazał interesu określonego w art. 179 ustawy pzp. Zamawiający stwierdził, że po wszechstronnej analizie sprawy korzystając z uprawnień wynikających z art. 38 ust. 4 ustawy pzp, w granicach zasad systemu zamówień publicznych, dokonał modyfikacji dokumentów postępowania przetargowego mając na celu zagwarantowanie prawidłowego wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy. W ocenie zamawiającego brak zaskarżenia czynności modyfikacji siwz powinno prowadzić do oddalenia odwołania.

Zamawiający stwierdził, iż wobec braku na obecnym etapie postępowania, kryterium pozacenowego, brak jest podstaw faktycznych i prawnych żądania wprowadzenia takiego kryterium. Zauważył nadto, że w odwołaniu w sprawie sygn. KIO 1126/13 odwołujący żądał od zamawiającego usunięcia pozacenowego kryterium oceny ofert, względnie jego modyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa poprzez zastosowanie w postępowaniu jako jedyne kryterium oceny ofert ceny, zamawiający zaprzeczył twierdzeniu odwołującego. Wskazał na treść art. 91 oraz art. 2 pkt 5 ustawy pzp i stwierdził, że celem postępowania

jest nabycie dóbr lub usług na jak najkorzystniejszych warunkach. Zauważył, że cena jest podstawowym kryterium oceny ofert i to zamawiający jako gospodarz postępowania sam decyduje, czy ograniczyć się do tego kryterium (obowiązkowego), czy wprowadzić kryteria dodatkowe. Na potwierdzenie stanowiska przytoczył poglądy piśmiennictwa i orzecznictwo. Wskazał przy tym, że to zamawiający określa swoje uzasadnione potrzeby z uwzględnieniem zasady zachowania uczciwej konkurencji. Stwierdził, że postępowanie odwoławczego nie może służyć wymuszeniu na zamawiającym wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia lub siwz rozwiązań, które byłyby dogodniejsze dla wykonawcy z jego punktu widzenia i wygody oraz subiektywnego przekonania wykonawcy o tym, że takie rozwiązanie jest korzystniejsze i równoważne do oczekiwanego przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego odwołujący zmierza do ukształtowania warunków przetargu w sposób, który stawiałby tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych wykonawców z naruszeniem art. 7 ustawy pzp.

Zamawiający stwierdził również, że jego potrzeby są zdeterminowane nie wyłącznie wprowadzonym kryterium lecz przede wszystkim wymogami siwz, opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy. Tez zaś wynikają z przepisów prawa powszechnie obowiązującego odnoszących się do przedmiotowego zamówienia, w szczególności z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ponadto wymogi w tym zakresie zawarte są w aktach prawa miejscowego tj. Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza oraz Regulaminie utrzymania czystości i Porządku na terenie m. st. Warszawy.

Zamawiający zauważył również, że wprowadzenie kryterium pozacenowego nie zagwarantuje prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a zamawiający dysponuje innymi niż kryteria instrumentami zapewniającymi weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym poprzez warunki udziału w postępowaniu. Każdy z wykonawców ma złożyć ofertę odpowiadającą treści siwz, zgodną z przepisami ustawy pzp i zawierającą prawidłowo obliczoną cenę. Ponadto dysponuje określonymi sankcjami w toku wykonywania umowy.

Odnośnie sposobu postępowania z odpadami odwołujący stwierdził, że zawarł w specyfikacji wymagania w tym zakresie (Rozdział V – Szczegółowe warunki dotyczące sposobu realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych), do jakich go zobowiązują m. in. art. 17 ustawy o odpadach oraz powołany wyżej Regulamin.

Odpowiadając na zarzut naruszenia norm powszechnie obowiązującego prawa poprzez przyjęcie jedynie cenowego kryterium oceny ofert stwierdził, że odwołujący nie wskazał jakie przepisy zostały naruszone. W ocenie zamawiającego brak jest takich naruszeń, szczególnie odniesieniu do ustawy pzp, a wobec braku naruszenia przepisów pzp, przedmiotowe

rozważania nie powinny podlegać kognicji KIO, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy pzp odwołanie przysługuje jedynie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zamawiający stwierdził, że może dążyć do osiągnięcia pożądaných standardów rynku odpadowego, wskazuje jednak, że obecnie jego celem podstawowym jest odbiór i zagospodarowanie odpadów w bieżących realiach. Wskazał, że kryteria winny być jednoznaczne i precyzyjne, a zastosowanie kryterium ceny spełnia wymagania i nie narusza przepisów prawa wskazanych przez odwołującego. Zauważył, że biorąc pod uwagę argumenty odwołującego, przyjęte kryterium nie godzi w prawa odwołującego, a może mieć jedynie znaczenie z punktu widzenia szans na ewentualny wybór jego oferty. Stwierdził, że kryterium to gwarantuje przejrzystość i obiektywny wybór najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający deklaruje, że opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z przepisami dotyczącymi gospodarowania odpadami oraz interesem społecznym rozumianym jako osiągnięcie celów ekologicznych, o jakich mowa w art. 3b i 3c u.c.p.g. przy ponoszeniu rzeczywistych, choć możliwie najniższych kosztów. Na potwierdzenie wskazał na postanowienia R. 7 Opisu przedmiotu zamówienia. Kwestionuje zarzut o preferowaniu metod zagospodarowania odpadów znajdujących się na najniższym możliwym szczeblu hierarchii gospodarowania odpadami. Zauważył, że nie faworyzuje wykonawców, którzy założą kierowanie odpadów do tańszych instalacji RIPOK, a wszyscy oferenci mają równy dostęp do korzystania ze wszystkich instalacji RIPOK wyznaczonych dla regionu warszawskiego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wskazania dla każdego zadania maksymalnej ilości i rodzaju pojemników i worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia, zamawiający wskazał, że w siwz został zmodyfikowany sposób rozliczania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (zamiast rozliczenia ryczałtowego zostało przyjęte rozliczenie kosztorysowe za 1 tonę odpadów) co wpływa znacząco na sposób szacowania przez potencjalnych wykonawców kosztów kompleksowej obsługi wyposażenia w pojemniki i worki oraz odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Stwierdził, że w opisie przedmiotu zamówienia zawarto dane, które pozwalają wykonawcy, w sposób maksymalnie dokładny określić cenę oferty za realizację przedmiotu zamówienia.

Zauważył także, że wykonawca wybrany będzie dysponował czasem ok. 4 miesięcy na przygotowanie się, w tym oszacowanie szczegółowej liczby pojemników.

Zdaniem zamawiającego wykonawca o wymaganym doświadczeniu może na podstawie podanej ilości odpadów odbieranych z różnego rodzaju nieruchomości, oszacować liczbę niezbędnych pojemników. Wskazał, że ewentualne zwiększenie ilości odpadów nie wymusi zwiększenia liczby pojemników.

Odnosnie zarzutu rażąco wygórowanej kary umownej za nieopróżnienie pojemnika zamawiający wskazał, że w wyniku dalszej modyfikacji wzoru umowy dokonanej dnia 8.08.2013 r. dokonał obniżenia kary umownej za każdy zawiniony przypadek nieodebrania odpadów komunalnych z danej nieruchomości w terminie wynikający z Planu Odbiorów (...) - z kwoty 100 zł do kwoty 30 zł za każde rozpoczęte 100 litrów nominalnej pojemności każdego nieopróżnionego pojemnika. Zdaniem zamawiającego wobec obniżenia kary i odniesienia jej do pojemności i liczby pojemników, zarzut odwołania jest bezprzedmiotowy i nie powinien być rozpatrywany, a odwołanie powinno podlegać oddaleniu.

W toku posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem stron zamawiający podniósł ewentualną przesłankę odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wskazując, że odwołanie opiera się na zarzucie niewykonania wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013 r., w którym to wyroku nakazano wykonanie określonych czynności Zamawiającemu. Wskazał, że okoliczność ta nie podlega rozpoznaniu w postępowaniu odwoławczym bowiem dotyczy wykonania wyroku w postępowaniu egzekucyjnym. Wskazał także, że Odwołujący podnosi zarzuty naruszenia szeregu przepisów spoza zakresu ustawy Pzp w tym np. ustawy o odpadach, ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wojewódzkiego planu gospodarki odpadami i innych.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, w tym wskazanego przez zamawiającego przepisu art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy. Izba zauważa, że odwołanie, w którym wskazano na zaniechanie wykonania czynności przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem z dnia 4 czerwca 2013 r. jest jednocześnie odwołaniem (wg sformułowania odwołującego: „a tym samym”) wobec czynności zamawiającego „polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu ustalenia kryteriów ocen ofert sprzecznych z przepisami ustawy pzp, dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz wobec postanowień siwz dot. kar umownych”. Zacytowany i zawarty w części wstępnej odwołania przedmiot odwołania niewątpliwie podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczonej przepisami art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w którym mowa o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy oraz art. 180 ust. 1 dającym wykonawcy prawo do odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Należy stwierdzić, że ustawa powołana w obydwu przywołanych przepisach to ustawa z 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych.

W toku rozprawy, na którą Izba skierowała odwołanie do rozpatrzenia, odwołujący oświadczył, że w związku z dokonaną przez Zamawiającego modyfikacją siwz oraz treścią odpowiedzi na pytania wykonawców modyfikuje zarzuty w ten sposób, że:

- podtrzymuje zarzut numer jeden;
- w punkcie dwa cofa zarzut z tiret jeden, podtrzymując pozostałe;
- cofa zarzuty z punktów trzy i cztery;
- podtrzymuje zarzuty z punktu pięć, z tym że cofa zarzut dotyczący kar umownych opisanych w paragrafie 8 ust. 3 punkt 7, stosownie do numeracji zarzutów w odwołaniu.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu nie uległy zmianie uzasadnione potrzeby Zamawiającego stąd niezrozumiała jest rezygnacja z kryteriów pozacenowych. Wskazał na deklaracje przedstawicieli władz Warszawy o promowaniu odzysku i recyklingu. Złożył na tę okoliczność pisemne dowody, w tym oświadczenia prasowe i list prezydenta miasta do mieszkańców. Złożył zestawienie Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) regionu Warszawskiego z wyszczególnionymi kosztami przyjęcia odpadów, a także wyciąg z Krajowego Planu Gospodarki Odpadami, podkreślając cele i kierunki działania w gospodarce odpadami, a także Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami oraz szereg opinii specjalistycznych wskazując, że w gospodarce odpadami najistotniejszy jest efekt ekologiczny, który jest różny w zależności od rodzaju instalacji. Wskazał na potrzebę wspierania rozwoju nowoczesnych instalacji do zagospodarowania odpadów wykorzystujących najlepsze dostępne techniki, w których zastosowane rozwiązania technologiczne polegają na zagospodarowaniu odpadów w sposób inny niż składowanie. Stwierdził, że RIPOK-i o zaawansowanej technologii np. takiej jak jego, nie mogą cenowo konkurować z innymi instalacjami o prostej technologii z miernym efektem technologicznym. W ocenie odwołującego zamawiający nie stwarza warunków do konkurencji podmiotów w gospodarowaniu odpadami przyjmując jedynie kryterium ceny. Taki sposób nie pozwoli zrealizować celów ustaw w szczególności o utrzymaniu czystości i gospodarki odpadami. Podtrzymał zarzuty braku w opisie przedmiotu zamówienia informacji, co do ilości i rodzajów pojemników, a także ich pojemności, co jest niezbędne do kalkulacji ceny. Podtrzymał zarzut dotyczący kar umownych, które pomimo ich modyfikacji są nadal rażąco wygórowane.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ze wskazaniem argumentacji zawartej w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że w toku postępowania, w tym formułując postanowienia SIWZ, oparł się na przepisach prawa i w żadnym miejscu ich nie naruszył. Zamawiający stwierdził, że cel ekologiczny wskazany w przepisach, podnoszony przez Odwołującego został spełniony przez opis wymogów co do przedmiotu zamówienia i warunków umowy. Zauważył, że jako prowadzący postępowanie ustala kryteria oceny ofert.

Zauważa, że Odwołujący ocenia warunki wykonywania usługi i możliwość ich wykonywania zgodnie z prawem na podstawie postanowień specyfikacji, co nie jest tożsame z podnoszonym zarzutem wobec ceny jako jedyne kryterium.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu zarzutów odwołania w zakresie, w jakim zostały one podtrzymane przez Odwołującego na rozprawie, zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa poprzez zastosowanie w postępowaniu jako jedyne kryterium oceny ofert ceny, Izba zauważa, że zgodnie z art. 91 ustawy pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia. Z kolei art. 2 pkt 5 definiujący najkorzystniejszą ofertę wskazuje, że jest to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną. Z obydwu przepisów wynika, że cena jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryterium obowiązkowym. Ustalenie, czy i jakie (poza ceną) kryteria będą stosowane przy ocenie złożonych w postępowaniu ofert, należy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do zamawiającego, który zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy pzp przygotowuje i przeprowadza postępowanie. Ustawa Pzp tylko w dwóch przypadkach – uwzględniając charakter przedmiotu zamówienia, co nie ma zastosowania do niniejszego postępowania o zamówienie publiczne - wskazuje na obowiązkowe pozacenowe kryteria oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał modyfikacji siwz wprowadzając w miejsce dotychczasowych dwóch kryteriów tj. ceny i jakości, kryterium ceny, jako jedyne. Skład orzekający uznaje, że wskazaną czynnością zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, w związku z czym brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu podniesionego wobec tak ustalonego kryterium. Zamawiający ma prawo ukształtowania kryterium oceny ofert w sposób zgodny z jego potrzebami, przy zachowaniu zasad zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy pzp, tj. z uwzględnieniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podejmując decyzję o ustaleniu kryteriów kieruje się naturalnie zamiarem uzyskania oferty najkorzystniejszej zgodnie z własną oceną. Należy przy tym podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - ocenia zarzuty naruszenia ustawy Pzp i nie jest władna narzucić zamawiającemu jako prowadzącemu postępowanie zachowań, które - jakkolwiek mogłyby być postrzegane jako pożądane, a polegające np. na promowaniu jakości, czy stosowaniu najlepszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, uwzględniając

obowiązujące przepisy ustawy Pzp - nie są obowiązkowe. Skład orzekający w niniejszej sprawie przypomina, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2013 r. zapadł w odmiennym od obecnego stanie faktycznym; Izba oceniała zaskarżone postanowienia siwz dotyczące kryterium oceny ofert, którym obok ceny była jakość. W odniesieniu do tego kryterium Izba dokonała rozstrzygnięcia, uznając jego opis za naruszający zasadę uczciwej konkurencji zawartą w art. 7 ustawy pzp, w konsekwencji czego nakazała dokonanie określonych zmian siwz, w tym zmianę kryteriów oceny ofert tak, by w kryterium jakości była uwzględniona hierarchia sposobów postępowania z odpadami wskazana w ustawie o odpadach.

W stanie faktycznym ustalonym w obecnie rozpatrywanej sprawie, rezygnacja zamawiającego z innych niż cena kryteriów, w ocenie składu orzekającego, dopuszczalna w świetle przepisu art. 38 ust. 4 ustawy pzp, spowodowała, iż bezprzedmiotowa stała się ocena kryterium jakości, wobec braku tego kryterium w postanowieniach specyfikacji. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia prawa przez zamawiającego przy ustalaniu kryteriów oceny ofert, co jest równoznaczne ze stwierdzeniem, iż zarzut jest nieuzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia polegającego na zaniechaniu określenia ilości pojemników, rodzaju pojemników oraz ilości worków, które wykonawca ma dostarczyć w ramach wynagrodzenia umownego skład orzekający zauważa, że w obecnym stanie faktycznym, tj. po modyfikacji postanowień siwz dnia 18 lipca 2013 r. zmieniony został sposób rozliczania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przez wprowadzenie - w miejsce dotychczasowej - ceny ryczałtowej za jedną tonę odpadów, co znacząco wpływa na sposób szacowania przez wykonawcę kosztów całej usługi. Dokonana istotna zmiana opisu przedmiotu zamówienia, analogicznie do omawianej wyżej zmiany kryteriów oceny ofert spowodowała, że zasady rozliczenia usługi stały się realne i wskazują na ekwiwalentność świadczeń stron w toku wykonywania umowy. W stanie faktycznym rozpatrywanym przez skład orzekający wydający wyrok dnia 4 czerwca 2013 r. oczywista była ocena odpowiednich zapisów siwz naruszających uczciwą konkurencję, czego skutkiem było nakazanie wskazania przez zamawiającego maksymalnej ilości odpadów, za które zamawiający uiszcza cenę, co istotne, ryczałtową. Obecnie ustalona cena jako kosztorysowa za każdą tonę odebranych i zagospodarowanych odpadów, powoduje, że nie istnieje potrzeba dokonywania wskazywanych w powołanym wyroku ustaleń gwarantujących wykonawcy wynagrodzenie za świadczenia wykraczające poza umówioną cenę ryczałtową. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do siwz zawarte są wystarczające dane

pozwalające określić potrzeby w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki. Dane te to w szczególności:

liczba mieszkańców w zabudowie jednorodzinnej, wielorodzinnej niskiej i wysokiej, która pozwala oszacować liczbę gospodarstw domowych, jak również ilość odpadów dla poszczególnych zadań ze wskazaniem rodzaju zabudowy, nieruchomości zamieszanych i niezamieszanych oraz szacowana łączna kubatura potrzebna do odebrania szczegółowo określonej wielkości strumienia odpadów w podziale na rodzaje odpadów i typ zabudowy, kubatura odpadów pochodzących z różnego rodzaju nieruchomości i zestawienie punktów adresowych, czy też internetowy serwis mapowy m.st. Warszawy umożliwiający identyfikację cech zabudowy. W oparciu o powyższe informacje w odniesieniu do każdego zadania przy jednoczesnym wskazaniu parametrów objętościowych oczekiwanych pojemników dla poszczególnych rodzajów zabudowy wykonawca może ustalić niezbędną liczbę pojemników. Tym samym zarzut naruszenia art. 29 ustawy pzp Izba ocenia jako niezasadny.

Oceniając zarzut rażąco wygórowanej kary umownej przewidzianej w § 8 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do siwz Izba zauważa, że w wyniku kolejnej modyfikacji wzoru umowy dokonanej dnia 8.08.2013 r., tj. po wniesieniu odwołania, zamawiający dokonał obniżenia kary umownej za każdy zawiniony przypadek nieodebrania odpadów komunalnych z danej nieruchomości w terminie wynikający z Planu Odbiorów (...) - z kwoty 100 zł do kwoty 30 zł za każde rozpoczęte 100 litrów nominalnej pojemności każdego nieopróźnionego pojemnika. Ponownie, odwołując się do wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2013 r., wskazać należy, że w orzeczeniu tym wskazano na celowość odniesienia kar umownych do negatywnych skutków zachowań wykonawcy oraz powiązanie kar z ilością pojemników zamiast lokali. Również i w tym zakresie zmiany specyfikacji, także co do podstawy, jak i wysokości kar umownych nie naruszają prawa. Dodatkowo Izba zauważa, że nie są one również sprzeczne z postanowieniami powołanego kilkakrotnie wyroku Izby. Zdaniem Izby obniżenie kary i odniesienie podstawy jej wymiaru do pojemności nieopróźnionej pojemników jest przy tym rozwiązaniem racjonalnym i nie może prowadzić do wniosku o zastrzeżeniu kary rażąco wygórowanej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....