

**WYROK**

**z dnia 23 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Kuciak**  
**Sylwester Kuchnio**  
**Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Lecha 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Radomsko, 97-500 Radomsko, ul. Tysiąclecia 5**

przy udziale wykonawcy **SITA Południe Sp. z o.o., 42-200 Częstochowa, ul. Dębowa 26/28** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie pkt 2 rozdziału XIII przez wykreślenie kryterium „posiadania na dzień składania ofert jednego lub dwóch centralnych PSZOKów o parametrach co najmniej takich jak określono w OPZ”.

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Radomsko, 97-500 Radomsko, ul. Tysiąclecia 5** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Lecha 10** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miasta Radomsko, 97-500 Radomsko, ul. Tysiąclecia 5** na rzecz wykonawcy **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Lecha 10** kwotę

**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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy Miasta Radomska w okresie od 1 lipca 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 107548-2013 w dniu 30.03.2013 r.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.) — zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- A. art. 29 ust. 1 oraz 2 w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 1, art. 9e ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 ze zm. — zwanej dalej: „ucpg”) przez wymaganie przekazywania zebranych odpadów do instalacji nie będącej regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych (zwaną dalej również RIPOK);
- B. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 3 i art. 5 ust. 1 przez nieprawidłowe sprecyzowanie kryteriów oceny ofert, w szczególności niedopuszczalne uzależnienie oceny od właściwości dotyczących wykonawcy;
- C. art. 7 ust. 1 w zw. art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz § 2 ust. 3 *in fine* rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122) przez wymaganie od wykonawców dysponowania dwiema osobami zdolnymi do wykonywania bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów na stanowiskach mechaników i elektromechaników;
- D. art. 7 ust. 1 w zw. art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 oraz art. 25 ust. 1 przez wymaganie od wykonawców dysponowania trzema osobami wykonującymi pracę biurową z minimum średnim wykształceniem i dwoma osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska;
- E. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przez wymaganie od wykonawców dysponowania co najmniej 9

- pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych;
- F. art. 22 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 oraz § 2 ust. 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przez dopuszczenie usytuowania bazy transportowo-magazynowej w dwóch różnych miejscach, bez sprecyzowania, iż chodzi tu odrębnie o część transportową i część magazynową;
  - G. art. 29 ust. 1 i 2 przez wymaganie od wykonawców zwiększenia częstotliwości odbierania odpadów komunalnych, w sytuacji przepelniania się pojemników, a także przed i po okresach świątecznych;
  - H. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 25 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) przez wymaganie od wykonawców magazynowania odpadów na bazie transportowo-magazynowej przez okres nie dłuższy niż 14 dni;
  - I. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 6d ust. 1 upcg przez wymaganie od wykonawców przeprowadzenia nieodpłatnych działań informacyjnych;
  - J. art. 139 w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 483 oraz art. 484 k.c. przez zawarcie w projekcie umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ, zastrzeżenia rażąco wygórowanych kar umownych.

Odwołujący wniósł o:

I. Nakazanie Zamawiającemu:

1. wykreślenia w rozdz. III SIWZ pkt 3.3 podpunkt 1 oraz w cz. I Załącznika nr 1 do SIWZ słów: *„wskazuje się, że miejscem zagospodarowania odpadów jest Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie i Wykonawca wszystkie odebrane odpady zobowiązany jest bezpośrednio przekazywać do ww. miejsca: Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie — celem ich przetwarzania lub unieszkodliwiania. Dopuszczą się magazynowanie odpadów na bazie magazynowo-transportowej przed ich przekazaniem do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie”*;
2. wykreślenia w rozdz. V SIWZ pkt 5.2. podpunkt 3 lit. c, d, e w całości,
3. zastąpienia w rozdz. V SIWZ pkt 5.2 ppkt 4.2 słów: *„Dopuszcza się usytuowanie bazy transportowo-magazynowej w dwóch różnych miejscach. Byleby odległość każdego z obu miejsc była nie większą 60 km od granicy Miasta Radomska”* sformułowaniem *”Część transportowa oraz magazynowa bazy mogą znajdować się na odrębnych terenach, przy Zachowaniu wymogów określonych powyżej”*;
4. wykreślenia w rozdz. XIII SIWZ pkt 2 i zastąpienie go następującym: *„Oferty Zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o następujące kryterium:*

- Najniższa Cena — 100%.*”,
5. wykreślenia w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 6 podpunkt 6.4 w całości,
  6. wykreślenia w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt. 7 podpunkt 7.4 słów: „do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie”,
  7. zastąpienia w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 7 podpunkt 7.9.6 słów: „nie może trwać dłużej niż 14 dni” słowami „powinno się odbywać zgodnie z obowiązującymi przepisami (ustawą o odpadach)”,
  8. zastąpienia w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 11 podpunkt 11.9 słów: „do ZUOK Płoszów” słowami „odpowiedniego ZUOK”,
  9. wykreślenia w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt 13.1 w całości,
  10. wykreślenia w załączniku nr 5 do SIWZ — Projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego — dotychczasowego § 4 w całości,
  11. uwzględnienia powyższych zmian SIWZ również w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w projekcie umowy.
- II. Zasądzenia od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający w zdecydowany sposób faworyzuje swoją własną spółkę komunalną — Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z/s w Radomsku.

A. *Naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 1, art. 9e ust. 1 pkt oraz art. 91 UCPG przez wymaganie przekazywania zebranych odpadów do instalacji nie będącej RIPOK.*

Odwołujący podaje, że zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami Województwa Łódzkiego 2012 Gmina Miejska Radomsko należy do Regionu III. Obecnie w regionie III nie ma instalacji spełniającej warunki instalacji regionalnej do przetwarzania odpadów komunalnych. Istniejące instalacje zastępcze, co prawda mogą stać się RIPOK, jednak dopiero po rozbudowie i przy spełnieniu minimalnych mocy przerobowych określonych dla tego regionu dla RIPOK.

Obowiązek przekazywania określonych rodzajów odpadów do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych wynika wprost z art. 9e ust. 1 pkt. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z tym przepisem podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do

składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Zgodnie z poglądem Ministerstwa Środowiska ([www.mos.gov.pl/drukuj/17401](http://www.mos.gov.pl/drukuj/17401) kryteria wyboru instalacji do zastępczej obsługi regionów gospodarki odpadami komunalnymi.html) w przypadku braku RIPOK w regionie gospodarki odpadami komunalnymi, podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany przekazać je do instalacji zastępczej, wskazanej w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, a podmiot prowadzący instalację, która została wskazana jako instalacja zastępcza jest obowiązany przyjąć przekazywane do niej odpady (por. art. 91 ucpg).

Dnia 21 czerwca 2012 roku została podjęta Uchwała nr XXVI/482/12 Sejmiku Województwa Łódzkiego w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami województwa łódzkiego 2012, w którym zostały podane adresy instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi regionów do czasu uruchomienia regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, by przekazywał odpady komunalne do wybranej odgórnie przez Zamawiającego zastępczej instalacji. Co prawda przywołany przez Zamawiającego Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie został wymieniony w uchwale w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami województwa łódzkiego jako instalacja przewidziana do zastępczej obsługi regionów, jednak jest jedną z wielu wymienionych tam instalacji.

W Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Łódzkiego, w Tabeli 59 (str. 149-153 Planu) dla Regionu III, w którym zgodnie z ustaleniami tego Planu znajduje się miasto i gmina Radomsko, wskazano łącznie 38 istniejących lub planowanych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, z czego 15 instalacji najpóźniej do 2020 r. ma uzyskać status RIPOK. Należy zatem przyjąć, że możliwa, a nawet bardzo prawdopodobna jest w okresie trwania zamówienia budowa, rozbudowa lub modernizacji innych instalacji w Regionie III w taki sposób, że uzyskają one status RIPOK. Wtedy zaś, wobec ścisłego i kategorycznego brzmienia przepisu art. 9e ust. 1 pkt 2 ucpg wyłoniony w przetargu wykonawca będzie miał prawny obowiązek przekazywania odebranych odpadów do takiej instalacji o statusie RIPOK, nie zaś do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie. W SIWZ Zamawiający nie wskazuje jak wykonawca powinien w takiej sytuacji wykalkulować koszty transportu, ani kto i w jakim terminie powinien zawrzeć z taką RIPOK umowę na zagospodarowanie odpadów.

Zdaniem Odwołującego, powyższe jest skutkiem dokonanej przez Zamawiającego nadinterpretacji art. 6d ust. 4 pkt 1 ucpg, gdzie wyraźnie jest mowa o obowiązku określenia przez Zamawiającego wymogów dotyczących przekazywania określonych kategorii odpadów do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

W najnowszym piśmiennictwie wskazuje się, że *„w obecnym stanie prawnym brakuje*

podstaw do tego, aby gminy w specyfikacji przetargowej lub umowie na świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych wskazywały konkretne instalacje, w których ma nastąpić ich unieszkodliwienie, gdyż byłoby to ograniczeniem zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej, niemające umocowania w obowiązujących przepisach”. Należy także odnotować fakt istnienia poglądów przeciwnych, jednakże wydają się one mieć jedynie charakter *de lege ferenda*. *De lege lata*, art. 6d ust. 4 pkt 1 ucpg wyraźnie posługuje się bowiem RIPOK w liczbie mnogiej, co samo przez się wyklucza możliwość określenia przez Zamawiającego konkretnej RIPOK, do której należy kierować określone w tym przepisie rodzaje odpadów.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący powołuje się na stanowisko prof. M. Górskiego, który wprost wskazuje, że „przy braku wyraźnego przepisu, uznającego w tego typu sytuacjach instalacji zastępczą za »tymczasowy RIPOK«, taki wniosek byłby zbyt daleko idący. Z przepisów wynika bowiem (a i to nie do końca jednoznacznie, że brak mocy przerobowych wyznaczonego dla regionu RIPOK-u uzasadnia ustanowienie instalacji zastępczej, ale ta ostatnia może przyjmować odpady w sytuacji, w której nie może tego zrobić właściwy RIPOK”.

W ocenie Odwołującego, gdyby nawet uznać dopuszczalność wskazywania przez Zamawiającego konkretnej RIPOK, do której kierowane mają być odpady odebrane na terenie danej gminy, to i tak nie sposób uznać dopuszczalności takiego wskazania na instalację zastępczą, z szeregu względów opisanych powyżej.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, a co za tym idzie konieczne jest nakazanie przez Izbę wprowadzenie stosownych zmian w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

*B. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 3 i art. 5 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprawidłowe sprecyzowanie kryteriów oceny ofert, w szczególności niedopuszczalne uzależnienie oceny od właściwości dotyczących wykonawcy.*

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 2 SIWZ, kryteria oceny ofert stanowią najniższa cena (70 %), liczba posiadanych PSZOK (20 %) oraz odległość bazy transportowo- magazynowej od granicy miasta Radomsko (10 %).

Zdaniem Odwołującego, jedynym celem wprowadzenia tak określonych kryteriów oceny ofert jest chęć udzielenia przez Zamawiającego zamówienia jego własnej spółce komunalnej - PGK sp. z o.o. z/s w Radomsku. Zgodnie bowiem z § 3 ust. 1 uchwały Rady Gminy Radomsko nr XXIII/165/2013 z dnia 6 marca 2013 r., jako punkty selektywnego zbierania odpadów wyznacza się: Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie przy ul Jeżynowej 40, 97-500 Radomsko, Oczyszczalnię Ścieków w Radomsku

przy ul Spacerowej 247, 97-500 Radomsko.

Jak wyjaśnia Odwołujący, obydwa wskazane powyżej punkty są prowadzone przez spółkę komunalną Zamawiającego — PGK Sp. z o.o. z/s w Radomsku. Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający chciał powierzyć prowadzenie gminnych PSZOK swojej spółce komunalnej, powinien był wyłączyć ten zakres z przedmiotu niniejszego zamówienia. Tymczasem pozostawienie tego zakresu, a co więcej, wprowadzenie kryterium oceny ofert odnoszącego się do posiadania PSZOK (czyli *de facto* realizacji przedmiotu zamówienia jeszcze przed jego udzieleniem) stanowi ewidentne naruszenie przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Analogicznie należy ocenić kryterium różnicujące odległość położenia bazy transportowo-magazynowej od granic miasta Radomsko. Jest bowiem oczywiste, iż chodzi tu wyłącznie o przyznanie dodatkowych punktów własnej spółce komunalnej. Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę na treść art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Co prawda, art. 5 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje wyjątek od powyższej zasady w przypadku usług niepriorytetowych. Tym niemniej, usługi objęte przedmiotem zamówienia (CPV 90511000, 90512000 90513100) należą do usług priorytetowych. Wynika to bowiem wyraźnie z treści pozycji 16 załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym - Usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne.

Zamawiający zapomina zatem, że nawet gdyby ww. podmiotowe kryteria oceny ofert nie zostały przez niego zmienione, to i tak wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o takie kryteria byłby niezgodny z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

*C. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 3 in fine rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przez wymaganie od Wykonawców dysponowania dwoma osobami zdolnymi do wykonywania bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów na stanowiskach mechaników i elektromechaników.*

Zgodnie z rozdziałem V pkt 5.2 ppkt 3 lit. c SIWZ, warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże dysponowanie w szczególności:

- a) *2 osobami do wykonywania bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów na stanowiskach mechaników i elektromechaników*



§ 2 ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi zaś, że punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów oraz miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów powinny znajdować się na terenie bazy tylko, o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne. Oczywiście jest zatem, że także i w tym przypadku wymagania Zamawiającego są nadmierne w stosunku do obowiązujących przepisów prawa. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż mamy tu do czynienia z wymaganiem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, zaś dysponowanie osobami o określonych specjalnościach, w sytuacji, w której ustawodawca wprost dopuszcza możliwość np. wykonywania napraw przez uprawnione podmioty zewnętrzne, stanowi, jak się wydaje, kolejny element faworyzowania przez Zamawiającego jego spółki komunalnej — PGK Sp. z o.o. z/s w Radomsku.

W związku z powyższym Zamawiający ogranicza w ten sposób wykonawcom możliwość złożenia oferty, czym niewątpliwie narusza art. 7 ust. 1 PZP. Stanowisko powyższe potwierdziła KIO w wyroku z 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 341/12.

*D. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez wymaganie od Wykonawców dysponowania trzema osobami wykonującymi pracę biurową z minimum średnim wykształceniem i dwoma osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska.*

Zgodnie z rozdziałem V pkt 5.2 ppkt 3 lit. d i e SIWZ, warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże dysponowanie w szczególności:

- d) 3 osobami wykonującymi pracę biurową z minimum średnim wykształceniem;*
- e) 2 osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska;*

Opisując swoje wymogi względem posiadanego personelu, w opinii Odwołującego, Zamawiający zdaje się opisywać personel zatrudniony w jego spółce komunalnej. Dysponowanie ww. osobami nie ma praktycznie żadnego związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Nie wiadomo bowiem, czemu Zamawiający wymaga dysponowania aż trzema osobami z minimum średnim wykształceniem do wykonywania bliżej nieokreślonej pracy biurowej. Co więcej, Zamawiający żąda także dysponowania dwiema osobami z wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska. Z zestawienia lit. d oraz e wynika, iż z kolei te osoby najprawdopodobniej nie muszą wykonywać pracy biurowej (prawdopodobnie powinny więc występować na festynach oraz prowadzić prelekcje w szkołach).

W ocenie Odwołującego, powyższe wymagania stanowią jaskrawy przykład naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem bronić twierdzenia, iż przy pomocy np. tylko jednej osoby wykonującej pracę biurową oraz jednej osoby

posiadającej wykształcenie z zakresu ochrony środowiska (nawet po studiach podyplomowych) żaden wykonawca nie będzie w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia.

*E. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przez wymaganie od Wykonawców dysponowania co najmniej 9 pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych.*

Zgodnie z rozdziałem V pkt 5.2 ppkt 4.1 SIWZ, warunek dysponowania potencjałem technicznym odpowiednim do wykonania zamówienia zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże dysponowanie: *co najmniej 9 pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych, w tym:*

- a) 4 pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych zabudowa typu śmieciarka;*
- b) 1 pojazd przystosowany do odbierania odpadów z wąskich bram w starej zabudowie miasta (maksymalna szerokość całkowita 1770 mm)-zabudowa typu śmieciarka;*
- c) 1 pojazd do odbioru odpadów z selektywnej zbiórki w systemie workowym o pojemności skrzyni ładunkowej min. 25 m<sup>3</sup>;*
- d) 1 pojazd, dwufunkcyjny do odbioru odpadów z selektywnej zbiórki w systemie pojemnikowym do 1100 litrów oraz pojemników typu „dzwon” pojazd z urządzeniem HDS — zabudowa typu śmieciarka;*
- e) 1 pojazd do zbierania odpadów bez funkcji kompaktującej;*
- j) 1 pojazd specjalistyczny przeznaczony do zbiórki odpadów komunalnych w tym odpadów ulegających biodegradacji z urządzeniem myjącym i dezynfekującym opróżniane pojemniki- zabudowa typu śmieciarka;*

Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 ww. rozporządzenia, w zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości należy zapewnić, aby w posiadaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli znajdowały się co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Oznacza to, iż w sytuacji, gdy ustawodawca wymaga co najmniej dwóch tzw. „śmieciarek” Zamawiający żąda ich aż co najmniej pięciu, w tym jednej nietypowej. W ocenie Odwołującego, uzasadnione w tym zakresie może być jedynie żądanie śmieciarki „wąskiej”,

przy czym Zamawiający powinien określić tu nie tylko maksymalną szerokość, ale też wysokość takiej śmieciarki. Nie wszyscy bowiem wykonawcy znają dokładne parametry pojazdów znajdujących się na stanie spółki komunalnej Zamawiającego, w przypadku zaś wąskich bram w starej zabudowie miasta, może się zdarzyć, iż pojazd spełniający wymogi w zakresie szerokości, lecz o określonej wysokości może nie zmieścić się w danej bramie, narażając tym samym wykonawcę na niewykonanie umowy z Zamawiającym i związane z tym konsekwencje.

*F. Naruszenie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przez dopuszczenie usytuowania bazy transportowo-magazynowej w dwóch różnych miejscach, bez sprecyzowania, iż chodzi tu odrębnie o część transportową i część magazynową.*

Zgodnie z rozdziałem V pkt 5.2 ppkt 4.2 SIWZ, „Dopuszcza się, usytuowanie bazy transportowo — magazynowej w dwóch różnych miejscach, byleby odległość każdego z obu miejsc była nie większa niż, 60 km od granicy Miasta Radomska”.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe zastrzeżenie ma bezpośredni związek z bezspornym faktem, iż spółka komunalna Zamawiającego — PGK sp. z o.o. z/s w Radomsku ma bazę magazynowo-transportową położoną w dwóch lokalizacjach i bez powyższego zastrzeżenia mogłaby nie spełnić przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, stanowiącego także jedno z kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazuje, iż § 2 ust. 4 ww. rozporządzenia stanowi, że część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na odrębnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3. Nie ulega wątpliwości, że przepis rozporządzenia dopuszcza bilokację bazy transportowo-magazynowej, ale wskazuje wprost, iż część transportowa może znajdować się na odrębnym terenie niż część magazynowa. SIWZ dopuszcza zaś dowolne dzielenie komponentów bazy magazynowo-transportowej między dwie lokalizacje, wobec czego można wyobrazić sobie istnienie bazy transportowo-magazynowej spełniającej wymagania SIWZ, lecz nie spełniającej wymagań przedmiotowego rozporządzenia.

W tym wypadku Zamawiający określił sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zbyt szeroko w stosunku do bezwzględnie obowiązujących przepisów.

*G. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez wymaganie od Wykonawców zwiększenia częstotliwości odbierania odpadów komunalnych, w sytuacji przepelniania się pojemników, a także przed i po okresach świątecznych.*

Zgodnie z pkt 5 ust. 1 ppkt 1 lit. b cz. II Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (zwanym dalej: OPZ), *w przypadkach, gdy częstotliwość 4 razy w tygodniu jest niewystarczająca i prowadzi do przepełniania pojemnika, jaki posiada właściciel nieruchomości odbieranie odpadów odbywać się będzie częściej — do 5 razy w tygodniu — nie w większej liczbie przypadków niż dla 500 właścicieli nieruchomości.*

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowy zapis wydaje się zbędny albowiem dotyczy sytuacji niemożliwej do wystąpienia. Zgodnie bowiem z pkt 2 cz. I OPZ, w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi także wyposażenie właścicieli nieruchomości w pojemniki na odpady niesegregowane i segregowane. Wykonawca nie ma obowiązku przenoszenia posiadania tych pojemników na właścicieli, nie będzie istniał też żaden stosunek prawny, pozwalający właścicielom na cokolwiek więcej niż dzierżenie przedmiotowych pojemników.

Nadto, w sytuacji przepełnienia się pojemnika - np. na odpady zmieszane - wykonawca powinien móc sam zdecydować, czy zamiast zwiększać częstotliwość wywozów, po prostu nie podstawić większego lub dodatkowego pojemnika. Nie wiadomo także, jak należy odczytywać postanowienie zawężające ilość takich przypadków do 500 właścicieli nieruchomości.

Nadto, zgodnie z ust. 6 pkt 6.4. cz. II OPZ, *Wykonawca zobowiązany jest zwiększyć dwukrotnie ilość odbiorów odpadów ponad częstotliwość określoną w pkt 5 - na dwa tygodnie przed okresami świątecznym (Wielkanoc i Boże Narodzenie) oraz na dwa tygodnie po tym okresie.*

W ocenie Odwołującego, przedmiotowy zapis nie ma żadnego uzasadnienia, a poza tym może prowadzić do absurdalnych sytuacji. Po pierwsze, częstotliwość można zwiększyć jedynie w stosunku do określonej w powołanym podpunkcie pkt. 5 a nie ponad nią. Po drugie, w ppkt 2 pkt 5 Zamawiający wyraźnie zmniejsza częstotliwość wywozów bioodpadów w okresach od 1 listopada do 31 marca, a jednocześnie nakazuje ich ponowne zwiększenie w okresie Świąt Bożego Narodzenia (czyli *de facto* od połowy grudnia do połowy stycznia). Z uwagi na ruchomość Świąt Wielkanocnych, czasem częstotliwość będzie zwiększana w okresie marcowym (czyli *de facto* następuje szybsze przejście na częstotliwość przewidzianą dla okresu 1 kwietnia — 31 października). Co więcej, na początku kwietnia - jedynie „z okazji Świąt” może nastąpić zwiększenie częstotliwości bioodpadów do 1 razu na tydzień (w zabudowie jednorodzinnej) oraz 2 razy na tydzień (w zabudowie wielolokalowej). Powszechnie wiadomo, że w 2014 r. Wielkanoc wypada 20 kwietnia, zaś w 2015 r. Wielkanoc wypada 5 kwietnia. Odwołującemu trudno znaleźć racjonalny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy datą Świąt Wielkanocnych a ruchomym kalendarzem częstotliwości wywozu np. bioodpadów. Trudno bowiem oczekiwać, aby przygotowania do Świąt przez radomszczan w 2015 r. miałyby być skromniejsze niż w 2014 r.

Do kuriozalnej sytuacji musiałoby dojść w przypadku częstotliwości wywozu odpadów

zmieszanych. W przypadku bowiem nieruchomości wielolokalowych nie można wykluczyć konieczności dokonywania odbioru odpadów aż 10 razy w tygodniu, nie mniej jednak niż 8 razy w tygodniu. O ile Odwołującemu wiadomo, radomszczanie nie słyną z wyjątkowo hucznego obchodzenia Świąt, trudno również spodziewać się masowego napływu gości i turystów (jak np. do Rzymu).

*H. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) przez wymaganie od Wykonawców magazynowania odpadów na bazie transportowo-magazynowej przez okres nie dłuższy niż 14 dni.*

Zgodnie z pkt. 7.9.6. cz. II OPZ, *magazynowanie odpadów na bazie transportowo-magazynowej nie może trwać dłużej niż 14 dni*. Mimo, iż w pkt. 7.9 Zamawiający przywołuje ogólnie rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, to w rozporządzeniu tym brak jest takiego wymagania.

Co więcej, zgodnie z art. 25 ust. 4 ustawy o odpadach, odpady, z wyjątkiem przeznaczonych do składowania, mogą być magazynowane, jeżeli konieczność magazynowania wynika z procesów technologicznych lub organizacyjnych i nie przekracza terminów uzasadnionych zastosowaniem tych procesów, nie dłużej jednak niż przez 3 lata. Zgodnie zaś z ust. 5 tego przepisu, odpady przeznaczone do składowania mogą być magazynowane wyłącznie w celu zabrania odpowiedniej ilości tych odpadów do transportu na składowisko odpadów, nie dłużej jednak niż przez rok. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w niezrozumiały zatem sposób dokonuje drastycznego zawężenia terminów wynikających z ustawy o odpadach. Jest to ewidentny przykład opisu przedmiotu zamówienia dokonany w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

Oczywiste jest bowiem, iż przedmiotowy zapis preferuje spółkę komunalną Zamawiającego, mającą być domyślnym zwycięzcą przedmiotowego przetargu.

*I. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 1 ucpg przez wymaganie od Wykonawców przeprowadzenia nieodpłatnych działań informacyjnych.*

Zgodnie z pkt. 13.1 cz. II OPZ, *Wykonawca przeprowadzi kampanię informacyjną w zakresie obowiązujących aktów prawa miejscowego dotyczących gospodarki odpadami komunalnymi, w szczególności poprzez informowanie o zasadach selektywnego zbierania odpadów, wprowadzonego w gminie Radomsko, w tym:*

*a) po jednej prelekcji proekologicznej w szkołach podstawowych, gimnazjalnych i średnich oraz placówkach przedszkolnych działających na terenie gminy - Miasta*

*Radomsko – rocznie;*

*b) aktywny udział w co najmniej dwóch festynach organizowanych przez Zamawiającego np. „Dni Radomska”, przez utworzenie punktu informacyjnego i edukacyjnego w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych;*

*c) publikowanie w prasie lokalnej minimum jeden raz na kwartał artykułu informacyjnego i edukacyjnego w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych.*

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z art. 6d ust. 1 ucpq, przedmiotowe zamówienie może dotyczyć jedynie odbioru bądź odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Działania promocyjne stanowią zadanie własne gminy, opisane w art. 3 ust. 2 pkt 8 ucpq. W razie zlecenia przedmiotowych działań, powinny stanowić one przedmiot odrębnego zamówienia publicznego.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający wymaga od wykonawcy prowadzenia przedmiotowych działań nieodpłatnie, w ofercie ani w kosztorysie nie ma bowiem odrębnej pozycji cenowej, dotyczącej tego zakresu zamówienia, który z całą pewnością nie stanowi odbioru odpadów. Można zatem stwierdzić, iż w zamian za odpłatny odbiór odpadów z terenu gminy Radomsko Zamawiający żąda od wykonawcy określonych nieodpłatnych świadczeń na jego rzecz.

*J. Naruszenie art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 483 k.c. oraz art. 484 k.c., przez zawarcie w projekcie umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ zastrzeżenia rażąco wygórowanych kar umownych.*

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei art. 353<sup>1</sup> k.c., który stanowi, że 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. Przedstawiony przez Zamawiającego projekt umowy narusza powyższy przepis w szeregu miejscach.

Zgodnie z § 4 ust. 1 projektu umowy, *W przypadku niewykonania, niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę Zamawiający naliczą i potrąca z wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, kwotę równą 10% wysokości wynagrodzenia, w przypadku gdy szkoda Zamawiającego przekracza 100.000,00 (sto tysięcy).*

Odwołujący wyjaśnia, iż szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia mieści się w przedziale 7.471.850 – 8.071.850 zł, a co za tym idzie, Zamawiający co do zasady

zamierza żądać kary umownej w kwocie kilkuset tysięcy złotych, nawet gdy jego rzeczywista szkoda wyniosłaby 100.001,00 zł. Jest to ewidentny przykład rażącego i nieproporcjonalnego wygórowania zastrzeżonej kary umownej.

*(...) w innych przypadkach za każde niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę Zamawiający nalicza i potrąca z wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy karę umowną w wysokości 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy za każde naruszenie warunków (wymagań) określonych umową, w tym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (OPZ).*

Odwołujący podnosi, iż przedmiotowa kara w wysokości 20 000 zł może zostać naliczona np. za każdy przypadek niewykonania prelekcji w przedszkolu, niewystarczająco aktywny udział w festynie okolicznościowym, czy też w braku odebrania 10-ty raz w danym tygodniu odpadów zmieszanych z danej nieruchomości, niezależnie od tego, czy istniałaby rzeczywista potrzeba takiego odbioru.

W orzecznictwie podkreśla się, że swoboda umów doznaje ograniczeń zarówno w zakresie treści, jak i celu umowy. Artykuł 353<sup>1</sup> k.c. wprowadza trzy granice tej wolności: ustawę, właściwość (naturę) stosunku prawnego i zasady współżycia społecznego (wyrok SN z dnia 6 listopada 2003 r., I CKN 1144/2000, M. Praw. 2004, nr 5, s. 233). W piśmiennictwie w celu uzasadnienia sensu ograniczeń zasady swobody umów wskazuje się, że są one podyktowane przede wszystkim koniecznością określenia właściwych ram przysługującej stronom autonomii woli. System prawny nie może bowiem udzielać stronom nieograniczonej kompetencji w zakresie tworzenia stosunków zobowiązaniowych o doniosłości prawnej, a w konsekwencji pozostawić tę kwestię poza kontrolą prawa. Jednocześnie wskazane w treści art. 353<sup>1</sup> k.c. ograniczenia zapewniają występującym w obrocie podmiotom najpełniejszą realizację zasady swobody umów (K. Bączyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 16 lutego 2001 r., IV CKN 244/2000*, OSP 2002, z. 3, poz. 149).

Zdaniem Odwołującego, za kuriozalne należy uznać postanowienie § 4 ust. 2 projektu umowy, gdzie Zamawiający zastrzega sobie karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy przez Wykonawcę. Odwołujący wyjaśnia, iż Zamawiający nie przewiduje umownych przesłanek odstąpienia od umowy przez Wykonawcę, a zatem w grę mogą wchodzić jedynie przesłanki ustawowe. W praktyce, odstąpienie od tego typu umowy przez Wykonawcę mogłoby mieć miejsce zasadniczo w jednym przypadku — zalegania z płatnościami przez Zamawiającego. Zamawiający zatem, nawet w takim przypadku zamierza dokonać stosownego naliczenia i potrącenia kary umownej.

Za całkowite nadużycie należy uznać także § 4 ust. 3 projektu umowy. Wydaje się bowiem, iż przedmiotowe postanowienie zostało przewidziane na wypadek ewentualnego wygrania przedmiotowego przetargu przez podmiot niebędący spółką komunalną

Zamawiającego. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której wybór najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego będzie opóźniony na tyle, że zrealizowanie terminów narzuconych przez Zamawiającego przez podmiot nie mający uprzedniej pewności co do uzyskania zamówienia będzie praktycznie niemożliwe.

Zakres obowiązków, jakie będzie miał do zrealizowania ewentualnie zwycięski wykonawca jest całkiem niebagatelny, obejmuje on bowiem w szczególności: *Wykonawca zobowiązany jest utworzyć do dnia 10 lipca 2013 r. i utrzymać (zorganizować i prowadzić) przez cały okres trwania umowy dwa stałe centralne punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (zwanym dalej PSZOK) celem odbierania (przyjmowania) od wszystkich właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz mieszkańców gminy Miasta Radomsko (...)*

*Dodatkowo Wykonawca ma obowiązek utworzenia do dnia 5 lipca 2013 r. w miejscach wskazanych przez Zamawiającego (Zamawiający przekaze miejsca do 1 lipca 2013 r.), na terenie M. Radomska 25 pomocniczych punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (...)*

*Wykonawca ma obowiązek wyposażyć właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w pojemniki minimalne - z uwzględnieniem zapisów regulaminu utrzymania czystości i porządku, o pojemności wskazanej w cz- II pkt. 4., chyba że dany właściciel nieruchomości zażąda innego (większego) pojemnika, i jest to związane z ilością wytwarzanych i gromadzonych odpadów na tej nieruchomości - to w takim przypadku według potrzeb, związanych z gromadzeniem odpadów na tej nieruchomości w ilości w sumie nie większej niż 1000 pojemników niezależnie od pojemności; Zamawiający przekaze Wykonawcy szacunkowe dane na temat liczby osób zamieszkałych na danych nieruchomościach do dnia 25 czerwca 2013 r.*

Zdaniem Odwołującego, kary za opóźnienie przewidziane w § 4 ust. 3 projektu umowy mogą być nakładane niezależnie od kar przewidzianych w ust. 1 i 2. Oznacza to, że Zamawiający może obciążyć wykonawcę wielomilionowymi karami już na początku lipca 2013 r. i to nawet w sytuacji, gdyby jedyną przyczyną opóźnienia się wykonawcy w realizacji bardzo krótkich - bo kilkudniowych terminów — była tylko i wyłącznie zwłoka Zamawiającego w podaniu określonych szacunkowych danych. Zdaniem Odwołującego, jedyny zapis w § 4 projektu umowy, do którego nie ma większych uwag, to ust. 4 przewidujący odpowiedzialność odszkodowawczą ponad zastrzeżoną karą umowną. W praktyce jednak trudno sobie taką sytuację wyobrazić, wobec tak rażąco wygórowanego poziomu kar umownych. Stąd też Odwołujący wskazuje na konieczność usunięcia przez Zamawiającego całego § 4 projektu umowy i poprzestanie jedynie na odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych. Oczywiście jest bowiem, że w razie poniesienia szkody, stosowne odszkodowanie będzie Zamawiającemu należne i to niezależnie od tego, czy wykonawcą



przedmiotowego zamówienia będzie jego własna spółka komunalna, czy też inny podmiot.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby, Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ustawy Pzp. Jakkolwiek Odwołujący wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, to jednocześnie podniósł, że treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ znacząco utrudniają lub wręcz uniemożliwiają złożenie oferty, co uprawdopodobnia twierdzenie o możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego.

A.

W rozdziale III pkt 3 ppkt 1 SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie: *„Wskazuje się, że miejscem zagospodarowania odpadów jest Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie i Wykonawca wszystkie odebrane odpady zobowiązany jest bezpośrednio przekazywać do ww. miejsca: Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie – celem ich przetwarzania lub unieszkodliwiania. Dopuszcza się magazynowanie odpadów na bazie magazynowo-transportowej przed ich przekazaniem do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie.”*

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że miasto Radomsko, zgodnie z Planem Gospodarki Odpadami Województwa Łódzkiego 2012, zostało zaliczone do regionu III gospodarki odpadami komunalnymi. Poza sporem jest również, że w podanym regionie nie funkcjonuje regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK), wyznaczone zostały zaś instalacje przewidziane do zastępczej obsługi regionu do czasu uruchomienia (RIPOK). Mocą uchwały nr XXVI/482/12 Sejmiku Województwa Łódzkiego z dnia 21 czerwca 2012 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami Województwa Łódzkiego 2012, dla regionu III wskazano kilka instalacji zastępczych, wśród nich Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Płoszowie.

Zdaniem Odwołującego, wielość instalacji zastępczych funkcjonujących w regionie uniemożliwia Zamawiającemu wskazanie konkretnej instalacji, do której odpady mają być przekazywane. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zgodnie z przepisem art. 6d ust. 1 ucpg wójt, burmistrz lub prezydent miasta obowiązany jest zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbieranie odpadów komunalnych. Oznacza to w istocie, że rolą wykonawcy jest odebranie odpadów od właścicieli nieruchomości i przekazywanie do zagospodarowania podmiotom prowadzącym

instalacje odzysku lub unieszkodliwiania. Zaś zagospodarowanie odpadów, które to pojęcie należy odnosić do czynności, działań, procesów, jakim są poddawane odpady, należy do Zamawiającego. Skoro zaś, mocą przepisu art. 9e ust. 1 pkt 2 ucpg, podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, to nie może budzić wątpliwości, że w sytuacji, w której Zamawiający będzie bezpośrednio realizował zadania związane z zagospodarowaniem odpadów komunalnych, ma możliwość decydowania o tym, do której z instalacji te odpady mają być transportowane. Mocą powołanego przepisu ucpg określono miejsce przeznaczenia tych odpadów, wskazując na RIPOK, natomiast skonkretyzowanie tego miejsca należy nie do podmiotu, który co do zasady wykonuje usługę transportu, ale do podmiotu, który ten przewóz zleca, tym bardziej, że zlecający a nie transportujący jest odpowiedzialny za zagospodarowanie tych odpadów. Gdyby wykonawca został zobowiązany również do zagospodarowania tych odpadów należałoby uznać, że ten wybór leży po jego stronie, w sytuacji odmiennej trudno wymagać, żeby wykonawca miał wpływ w jakimkolwiek zakresie na czynności, które nie są związane z przedmiotem zamówienia.

Zatem, wbrew twierdzeniom Odwołującego, określenie przez Zamawiającego miejsca zagospodarowania odpadów nie jest wynikiem nadinterpretacji przepisu art. 6d ust. 4 pkt 1 ucpg, ale skutkiem uczynienia przedmiotem zamówienia jedynie usługi, którą jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W ocenie Izby zatem, w okolicznościach niniejszej sprawy, wskazanie na konkretną zastępczą instalację do przetwarzania odpadów komunalnych mieści się w dyspozycji normy, zawartej w powołanym przepisie, zgodnie z którą wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Stanowisko powyższe potwierdza również uchwała nr XXXVII/322/13 Rady Miejskiej w Radomsku z dnia 25 marca 2013 r. w sprawie powierzenia Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomsku obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Miasta Radomsko, mocą której miasto Radomsko powierzyło Spółce wykonywanie zadania własnego gminy w zakresie gospodarki komunalnej m.in. w przedmiocie zagospodarowania odpadów komunalnych odbieranych z terenu gminy miasta Radomsko od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

Zgodnie z przepisem art. 9l ust. 1 upcg prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Z powołanego przepisu wynika obowiązek zawarcia umowy przez podmiot prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych z wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Nie można jednakże pomijać, że chodzi o umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych. Skoro zaś przedmiot niniejszego zamówienia nie jest objęty ten zakres działalności to przepis ten w ogóle nie będzie miał zastosowania do wykonawcy niniejszego zamówienia. Za zagospodarowanie odpadów jest bowiem odpowiedzialny Zamawiający i to on będzie stroną zawartej umowy.

Zdaniem Izby, powstanie w danym regionie regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, rodzi obowiązek zawarcia umowy po stronie podmiotu, który zajmuje się zagospodarowaniem odpadów. Zatem, nie może budzić wątpliwości, że wykonawca nie będzie zobowiązany do zawarcia umowy z prowadzącym wspomnianą instalację. Wynika to wprost z powołanego przepisu i nie wymaga unormowania w treści SIWZ.

Jednocześnie zauważyć należy, iż zgodnie z projektem umowy Zamawiający dopuścił możliwość zmiany treści umowy w stosunku do oferty m.in., gdy zajdzie konieczność wprowadzenia zmian w sposobie, technologii lub innych zmian wykonania przedmiotu umowy wynikających ze zmian przepisów prawa, w tym upcg (§ 5 ust. 2 pkt 1). W ocenie Izby, powołane postanowienie daje podstawę do zmiany treści umowy w przypadku powstania regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów i zaktualizowania się obowiązku do przekazywania odpadów do tej właśnie instalacji, a w konsekwencji do zweryfikowania zamówienia w tym przedmiocie. Na obecnym etapie postępowania, w sytuacji, kiedy powołana instalacja nie istnieje i nie wiadomo kiedy powstanie, nie sposób oczekiwać od Zamawiającego szczegółowych postanowień w SIWZ w tym przedmiocie.

W przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, uniemożliwiającej odbieranie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu,

wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami. Prowadzący instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, która została wskazana jako instalacja zastępcza, jest obowiązany przyjąć przekazywane do tej instalacji odpady (art. 9l ust. 2 upcg). Z powołanego przepisu, mając na względzie treść przepisu art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach, wynika po pierwsze, obowiązek przekazywania określonych rodzajów odpadów przez podmioty odbierające odpady do instalacji zastępczych w przypadku braku regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, po drugie zaś, obowiązek podmiotu prowadzącego taką instalację do przyjęcia przedmiotowych odpadów.

W ocenie Izby, nie sposób dopatrzeć się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 6d ust. 4 pkt 1 oraz art. 9e ust. 1 pkt 2 oraz art. 9l upcg, Zamawiający bowiem w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisał przedmiot zamówienia, uwzględniając wszystkie okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty, przy uwzględnieniu obowiązków wynikających z przepisów ustawy upcg i aktów prawa miejscowego.

Biorąc zaś pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia i okoliczność, że zagospodarowanie odpadów znajduje się poza tym zakresem nie sposób dopatrzeć się naruszenia uczciwej konkurencji przez wskazanie konkretnej instalacji przewidzianej do zastępczej obsługi regionu. Ponadto, wszyscy wykonawcy mają obowiązek dostarczania odpadów do tego samego miejsca w związku z powyższym trudno dopatrzeć się w tym przedmiocie ograniczenia konkurencji. Nawet więc, gdyby podmiot prowadzący przedmiotową instalację wziął udział w niniejszym postępowaniu to w ocenie Izby, nie uzyskuje przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, bo warunki wykonywania transportu są dla wszystkich równe. Trudno zaś w oparciu o miejsce położenia siedziby danego wykonawcy wywodzić naruszenie uczciwej konkurencji. Zresztą sam Odwołujący wydaje się dostrzegać pewną słabość podniesionej argumentacji, podnosząc na rozprawie, że przedmiotem zamówienia winno być zarówno odbieranie i zagospodarowanie odpadów, bo w tej sytuacji w istocie wskazanie zastępczej instalacji nie byłoby możliwe. Jednakże powyższe twierdzenia nie mają oparcia w przepisach prawa, bowiem ustawodawca zgodnie z przepisem 6d ust. 1 upcg postanowił, że decyzja w tym przedmiocie należy do gminy i jest dopuszczalne objęcie zamówieniem jedynie odbierania odpadów komunalnych.

B.

Zgodnie z rozdziałem XIII pkt 2 SIWZ, *„Oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie:*

1. *najniższa cena – 70%, maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za dane kryterium: 70%,*
2. *odległość bazy transportowo-magazynowej, (spełniającej wymagania określone w Rozdziale V SIWZ) od granicy gminy – Miasta Radomsko – 10%, maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za dane kryterium: 0 - 10 km – 10 pkt, 11- 20 km – 5 pkt, 21- 30 km – 2 pkt, 31- 60 km – 0 pkt,*
3. *posiadanie na dzień składania ofert jednego lub dwóch centralnych PSZOKów o parametrach co najmniej takich jak określono w OPZ – 20%, maksymalna ilość punktów, jakie może otrzymać oferta za dane kryterium: żaden PSZOK – 0 pkt, jeden PSZOK – 5 pkt, drugi PSZOK i więcej – 20 pkt.”*

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia ma charakter priorytetowy. Skoro tak, to zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Wyjątek od tej zasady dotyczy jedynie usług o charakterze niepriorytetowym (art. 5 ust. 1 ustawy Pzp.).

Jednym z kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu jest posiadanie na dzień składania ofert jednego lub dwóch centralnych PSZOK-ów o parametrach co najmniej takich, jak określono w OPZ. W ocenie Izby, kryterium to ma charakter podmiotowy, a tym samym nie może stanowić kryterium oceny ofert i winno być usunięte. O podmiotowym charakterze przedmiotowego kryterium świadczy okoliczność, że Zamawiający żąda jego spełnienia na dzień składania ofert. Oznacza to, że oczekuje od wykonawcy wykazania się na dzień składania ofert konkretną wiarygodnością techniczną. Sam Zamawiający wskazuje na powyższe w odpowiedzi na odwołanie, stwierdzając, że skoro od dnia 1 lipca 2013 r. na Zamawiającego, mocą ustawy, został nałożony obowiązek zorganizowania i prowadzenia PSZOK, to sprostanie temu obowiązkowi już na etapie składania ofert, zapewni Zamawiającemu wykonanie obowiązku ustawowego w terminie.

Argument Odwołującego co do wskazania PSZOK-ów w powoływanej uchwale Rady Gminy Radomsko jest bezprzedmiotowy, bowiem Odwołujący myli gminę Radomsko z gminą miasto Radomsko, a powołane uchwały nie dotyczą Zamawiającego.

Okoliczność, że obowiązek ten wchodzi w zakres przedmiotowego zamówienia pozostaje bez wpływu na powyższą ocenę. Zamawiający bowiem nie ocenia elementu przedmiotu zamówienia, stanowiącego jego realizację, ale element, który nie został zaoferowany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, a który powstał wcześniej bez związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Zatem, nie sposób zaakceptować stanowiska Zamawiającego, że premiuje termin wykonania umowy, bowiem ten został jasno przez Zamawiającego określony i co oczywiste, nie może się rozpocząć przed terminem składania ofert. W konsekwencji należało uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 3 i art. 5 ustawy Pzp za uzasadniony. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w tym przedmiocie.

Izba nie podziela zaś stanowiska Odwołującego, że kryterium odległości bazy magazynowo-transportowej od granicy miasta Radomsko stanowi kryterium o charakterze podmiotowym. Zamawiający premiuje bowiem nie sam fakt posiadania rzeczony bazy, ale wymagając jej zorganizowania w odległości dozwolonej przepisem § 2 ust. 1 pkt 2 powoływanego rozporządzenia Ministra Środowiska, premiuje odległości, które pozwolą na sprawniejszą realizację przedmiotu zamówienia.

Jakkolwiek zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący nie podniósł, to jednak również w oparciu o przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób stwierdzić, naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z tego chociażby powodu, że nie dysponuje bazą, która spełnia wymagania Zamawiającego w mniejszym stopniu niż spółka komunalna Zamawiającego.

C. i D.

W rozdziale V pkt 5.2 ppkt 3 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego wymagając m.in. dysponowania przez wykonawcę „2 osobami do wykonywania bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów na stanowiskach mechaników i elektromechaników” (lit. c), „3 osobami wykonującymi pracę biurową z minimum średnim wykształceniem” (lit d), „2 osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska” (lit. e).

Odwołujący kwestionując wymóg dysponowania osobami do wykonywania bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów ogranicza się jedynie do wykazania nadmierności tego wymogu w odniesieniu do przepisu § 2 ust. 3 powoływanego rozporządzenia Ministra Środowiska, zgodnie z którym na terenie bazy magazynowo-transportowej powinien znajdować się punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów, o ile te czynności nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo-transportowej.

Jednakże zwrócić należy uwagę, że ocena wymogów Zamawiającego w przedmiocie warunków udziału w postępowaniu winna następować z uwzględnieniem przepisów ustawy Pzp. Zatem, ocena odpowiedniości potencjału i proporcjonalności winna być dokonywana w

odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a nie jak chciałby tego Odwołujący, względem przepisów spoza ustawy Pzp.

Okoliczność, iż odpowiednie przepisy dopuszczają możliwość odstąpienia od posiadania punktu bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów na terenie bazy magazynowo-transportowej na rzecz obsługi zewnętrznej nie przesądza, że wymóg posiadania powołanego punktu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w tym przedmiocie zaniechał jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej. Nie wskazał na żadne okoliczności faktyczne, które przeczą konieczności posiadania takiego punktu w okolicznościach niniejszej sprawy. Nie wykazał nawet, że wspomniana spółka Zamawiającego dysponuje takim punktem oraz, że sam takiego punktu nie posiada i nie ma możliwości posłużenia się w tym przedmiocie potencjałem podmiotu trzeciego.

Ponadto, Odwołujący zdaje się zapominać, że powoływane rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości ma na celu wskazanie wymagań dla podmiotów trudniących się odbieraniem odpadów komunalnych. Przedmiotowe wymogi nie stanowią zaś warunków udziału w postępowaniu, czym innym jest bowiem określenie minimalnych wymogów dla podmiotów świadczących usługi w tym przedmiocie a odrębną kwestią jest ustalenie tych wymogów w związku z konkretnym zamówieniem.

Przechodząc do oceny wymogu dysponowania odpowiednim personelem biurowym, w tym trzema osobami wykonującymi pracę biurową oraz 2 osobami z wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, iż wymaganie to przekracza dyspozycję wskazanych przepisów. Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że takim personelem dysponuje spółka komunalna Zamawiającego a on sam nie. Po drugie, samo twierdzenie Odwołującego, iż dysponowanie ww. osobami nie ma żadnego związku z realizacją przedmiotowego zamówienia jest niewystarczające do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Zdaniem Odwołującego, dysponowanie po jednej osobie z wykształceniem średnim oraz z wykształceniem wyższym zdaje się być wystarczające, jednakże brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla przedmiotowego twierdzenia.

Odwołujący nie odparł również twierzeń Zamawiającego, że zakres zamówienia obejmujący nie tylko odbieranie odpadów, ale również usługi związane z edukacją wymaga nie tylko wiedzy w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, ale również umiejętności przekazania jej w odpowiedniej formie. Nadto, Odwołujący całkowicie pomija, że czynność odbierania odpadów związana jest również z koniecznością podjęcia świadczeń dodatkowych, dotyczących odbierania odpadów budowlanych i zielonych i

związane z tym czynności administracyjne oraz rozbudowane obowiązki raportowe, obciążające wykonawcę.

Dla oceny przedmiotowego zarzutu zachowują również aktualność poglądy wyartykułowane na tle obowiązku dysponowania osobami do wykonywania bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów.

E.

W rozdziale V pkt 5.2 ppkt 4 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, wymagając m.in. dysponowania przez wykonawcę *„co najmniej 9 pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych, w tym:*

*a) 4 pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych – zabudowa typu śmieciarka;*

*b) 1 pojazd przystosowany do odbierania odpadów z wąskich bram w starej zabudowie miasta (maksymalna szerokość całkowita 1770 mm) - zabudowa typu śmieciarka;*

*c) 1 pojazd do odbioru odpadów z selektywnej zbiórki w systemie workowym o pojemności skrzyni ładunkowej min. 25 m<sup>3</sup>.;*

*d) 1 pojazd dwufunkcyjny do odbioru odpadów z selektywnej zbiórki w systemie pojemnikowym do 1100 litrów oraz pojemników typu „dzwon”- pojazd z urządzeniem HDS – zabudowa typu śmieciarka;*

*e) 1 pojazd do zbierania odpadów bez funkcji kompaktującej;*

*f) 1 pojazd specjalistyczny przeznaczony do zbiórki odpadów komunalnych w tym odpadów ulegających biodegradacji z urządzeniem myjącym i dezynfekującym opróżniane pojemniki- zabudowa typu śmieciarka;”*

Odwołujący formułując zarzut nadmierności przedmiotowego warunku odnosi się do przepisu § 3 pkt 1 powoływanego rozporządzenia Ministra Środowiska, zgodnie z którym w zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby w posiadaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości znajdowały się co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Jednakże Odwołujący zdaje się zapominać, iż proporcjonalność wymogu należy oceniać przez pryzmat przedmiotu zamówienia a nie przepisów prawa, formułujących minimalne wymagania dla podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli



nieruchomości. Stąd też wymogi w zakresie wyposażenia, warunkujące możliwość prowadzenia działalności w tym przedmiocie, nie mogą przesądzać o warunkach udziału w postępowaniu. Oczywistym jest bowiem, że czym innym jest określenie przez ustawodawcę warunków wykonywania działalności regulowanej, a czym innym jest sformułowanie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zaniechał zaś przedstawienia uzasadnienia i dowodów na okoliczność, że ilość wymaganego taboru jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, a wymóg ten naruszania uczciwą konkurencję. Konstatacja, że uzasadnione może być jedynie żądanie śmieciarki „wąskiej” nie znajdując żadnego uzasadnienia nie poddaje się ocenie.

Jeśli idzie zaś o zarzut braku określenia parametru w postaci wysokości żądanej śmieciarki „wąskiej” stwierdzić należy, że skoro Zamawiający nie określił parametru granicznego w tym przedmiocie to oznacza to, że dopuszczalne są wszystkie śmieciarki niezależnie od wysokości.

F.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 5.2 ppkt 4.2 SIWZ *„dopuszcza się usytuowanie bazy transportowo – magazynowej w dwóch różnych miejscach, byleby odległość każdego z obu miejsc była nie większa niż 60 km od granicy Miasta Radomska”*.

Jednocześnie w świetle § 2 ust. 4 powoływanego rozporządzenia Ministra Środowiska, część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3.

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż zarzut sformułowany w tym przedmiocie przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie już z tej przyczyny, że Odwołujący posiadając bazę, spełniającą postawione przez Zamawiającego wymogi, nie ma interesu w popieraniu przedmiotowego zarzutu. W tym względzie też nie sposób dopatrzeć się naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Ponadto, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający naruszył powołane przepisy rozporządzenia w celu umożliwienia spełniania wymogu własnej spółce komunalnej. Posłużenie się w powołanym przepisie koniunkcją nie wyklucza usytuowania części magazynowo-transportowej w dwóch różnych miejscach.

Interpretacji wskazanego przepisu, dokonanej przez Odwołującego, przeczy również sama instytucja bazy, która jest konglomeratem zarówno części magazynowej i transportowej.

W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, że wymogi stawiane prowadzącym działalność regulowaną w zakresie odbierania odpadów komunalnych nie stanowią

warunków udziału w postępowaniu. Te Zamawiający określa mając na względzie przedmiot zamówienia.

G.

Zgodnie z pkt 5 ust. 1 ppkt 1 lit. b załącznika nr 1 do SIWZ, stanowiącego Opis przedmiotu zamówienia „*Odbieranie następuje z częstotliwością (w terminach): według potrzeb, nie rzadziej niż określono w regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie gminy-miasta Radomsko oraz w uchwale w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych. tj:*

*1) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne:*

*a) w zabudowie jednorodzinnej - 2 razy w miesiącu,*

*b) w zabudowie wielolokalowej – 4 razy w tygodniu, lub w przypadkach, gdy częstotliwość 4 razy w tygodniu jest niewystarczająca i prowadzi do przepełnienia pojemnika, jaki posiada właściciel nieruchomości odbieranie odpadów odbywać się będzie częściej - do 5 razy w tygodniu – nie w większej liczbie przypadków niż dla 500 właścicieli nieruchomości”.*

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że przedmiotowe postanowienie jest zbędne, a sytuacja, w której dochodzi do przepełnienia pojemnika nie może wystąpić. Sam Odwołujący zresztą zdaje się przeczyć powyższemu stwierdzając, że to wykonawca powinien mieć możliwość wyboru narzędzi umożliwiających rozwiązanie wskazanego problemu.

Zdaniem Izby, w powołanym postanowieniu SIWZ nie sposób dostrzec naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Należy przypomnieć, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on opisuje przedmiot zamówienia i wybiera sposób jego realizacji. Jeśli więc wolą Zamawiającego jest zwiększenie częstotliwości odbierania odpadów w przypadku przepełnienia pojemników to wykonawca ma obowiązek ten wymóg zrealizować.

Odwołujący w odniesieniu do powołanego zarzutu zaniechał jakiegokolwiek uzasadnienia, czyniąc tym samym zarzut chybionym. Wydaje się, że Odwołujący chciałby narzucić Zamawiającemu sposób realizacji niniejszego zamówienia, który najbardziej odpowiadałby Odwołującemu, ale powyższe nie mieści się w zakresie dyspozycji powołanych przepisów.

W analogiczny sposób należy ocenić zarzut Odwołującego, dotyczący braku uzasadnienia dla postanowienia ust. 6 ppkt 6.4. Opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym „*Wykonawca zobowiązany jest zwiększyć dwukrotnie ilość odbiorów odpadów ponad*

*częstotliwość określoną w pkt 5 - na dwa tygodnie przed okresami świątecznym (Wielkanoc i Boże Narodzenie) oraz dwa tygodnie po tym okresie”.*

Izba w powołanych postanowieniach SIWZ nie dostrzega również niejednoznaczności, na które wskazuje Odwołujący. Parametr graniczny 500 właścicieli nieruchomości nie budzi wątpliwości. Zaś, stanowisko Odwołującego, że zwiększenie częstotliwości następuje w odniesieniu do określonej a nie ponad nią ma znaczenie jedynie w zakresie poprawności semantycznej, tego rodzaju wadliwość nie czyni zaś kwestionowanego postanowienia niezrozumiałym.

H.

Zamawiający w pkt 7 ppkt 7.9.6 Opisu przedmiotu zamówienia zastrzegł, że *„magazynowanie odpadów na bazie transportowo-magazynowej nie może trwać dłużej niż 14 dni”.*

Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 25 ust. 4 ustawy o odpadach, odpady, z wyjątkiem przeznaczonych do składowania, mogą być magazynowane, jeżeli konieczność magazynowania wynika z procesów technologicznych lub organizacyjnych i nie przekracza terminów uzasadnionych zastosowaniem tych procesów, nie dłużej jednak niż przez 3 lata.

Przedmiotem zarzutu Odwołującego jest niezgodność wymogu Zamawiającego z przepisami prawa, dotyczącymi możliwości magazynowania. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż powołany przepis określa warunki i maksymalny czas magazynowania odpadów. Po drugie, dopuszczalność magazynowania odpadów przy zachowaniu określonych wymogów nie oznacza, że Zamawiający samą czynność magazynowania odpadów, co do zasady, musi uwzględnić w realizacji zamówienia. Rolą Zamawiającego jest podjęcie decyzji w tym przedmiocie i ewentualne określenie warunków magazynowania w taki sposób, który zabezpiecza jego interesy.

Nie poddaje się zaś ocenie zarzut, dotyczący opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, bowiem stwierdzenie przez Odwołującego, że przedmiotowe postanowienie preferuje spółkę komunalną Zamawiającego jest niewystarczające dla rozstrzygnięcia w tym przedmiocie.

I.

Zgodnie z pkt 13 ppkt 13.1 Opisu przedmiotu zamówienia *„Wykonawca przeprowadzi kampanię informacyjną w zakresie obowiązujących aktów prawa miejscowego dotyczących*

*gospodarki odpadami komunalnymi, w szczególności poprzez informowanie o zasadach selektywnego zbierania odpadów, wprowadzonego w gminie Radomsko, w tym:*

*a) po jednej prelekcji proekologicznej w szkołach podstawowych, gimnazjalnych i średnich oraz placówkach przedszkolnych działających na terenie gminy – Miasta Radomsko - rocznie;*

*b) aktywny udział w co najmniej dwóch festynach organizowanych przez Zamawiającego np. „Dni Radomska”, przez utworzenie punktu informacyjnego i edukacyjnego w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych;*

*c) publikowanie w prasie lokalnej minimum jeden raz na kwartał artykułu informacyjnego i edukacyjnego w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych”.*

Okoliczność, że ustawodawca w przepisie art. 6d ust. 1 upcg przewiduje obowiązek zorganizowania przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów nie uniemożliwia powierzenia wykonania zadania w przedmiocie działań informacyjnych i edukacyjnych w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi również w tym trybie. Nie stoi temu na przeszkodzie okoliczność, że tego rodzaju zadania własne gminy zostały wymienione w innej jednostce redakcyjnej niż zadania związane z zagospodarowaniem odpadów komunalnych. Przepis art. 6d ust. 1 upcg ma sens taki, że w przypadku zlecenia wykonywania zadań podmiotom zewnętrznym gmina nie działa na podstawie zasad ogólnych, wynikających z art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, a na podstawie przepisów ustawy Pzp i to udzielając zamówienia tylko w trybie przetargu. Powołany przepis nie stanowi również przeszkody do objęcia jednym przetargiem obu wymienionych zadań własnych gminy.

W ocenie Izby, nieuprawnione jest również twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający oczekuje w tym przedmiocie świadczeń bezpłatnych. We wzorze stanowiącym formularz ofertowy Zamawiający wskazał bowiem, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wykonanie podstawowej usługi odbioru odpadów segregowanych i niesegregowanych w ilości w sumie określonej w pkt 2.4.1.1. – 2.4.1.8 OPZ oraz inne czynności opisane w OPZ. W ocenie Izby przedmiotowy zapis pozwala na wliczenie kosztów prowadzonych działań edukacyjnych w zakres wynagrodzenia ryczałtowego.

J.

W § 4 wzoru umowy Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

*„ust. 1. W przypadku niewykonania, niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę Zamawiający nalicza i potrąca z wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, kwotę równą 10% wysokości wynagrodzenia, w przypadku gdy szkoda Zamawiającego przekracza 100.000,00 zł (sto tysięcy), a w innych przypadkach za każde niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę Zamawiający nalicza i potrąca z wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy karę umowną w wysokości 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy) za każde naruszenie warunków (wymagań) określonych umową, w tym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (OPZ), w szczególności:*

- 1) za każde niezgodne z terminami, częstotliwością i harmonogramem wykonywanie umowy,*
- 2) za każde nie przekazanie Zamawiającemu informacji wymaganych umową,*
- 3) za każde nieselektywne odbieranie selektywnie zbieranych odpadów,*

*ust. 2. Jeśli Wykonawca odstąpi od wykonania umowy, Zamawiający obciąża go karą umowną w wysokości równej 10% wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy. W przypadku odstąpienia przez Zamawiającego z winy wykonawcy zapis § 4 ust. 2 stosuje się odpowiednio.*

*3. Niezależnie od kar opisanych w ust. 1 i 2 jeżeli Wykonawca opóźnia się w wykonaniu przedmiotu umowy lub jej części, w szczególności Wykonawca nie rozpocznie z dniem 1 lipca 2013 r. odbierania wszystkich odpadów komunalnych na warunkach opisanych w umowie oraz naruszenia warunków harmonogramu odbioru odpadów, Zamawiający może obciążyć go karą umowną w wysokości nieprzekraczającej równowartości 0,5 % wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia.*

*4. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, do wysokości poniesionej szkody i utraconych korzyści”.*

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że "rażące wygórowanie" jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej (B. Księżopolski, *Uwagi o miarkowaniu kar umownych w obrocie uspołecznionym*, PiP 1970, z. 3-4, s. 520). Kryterium oceny rażącego wygórowania może być także relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (P. Drapała, glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSP 2005, z. 7-8, poz. 97; P. Granecki, glosa do wyroku SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 522/03, OSP 2006, z. 1, poz. 2; K. Zagrobelny, glosa do wyroku SN z 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05, OSP 2007, z. 6, poz. 66; wyrok SN z 20 maja 1980 r., I CR 229/80, OSNC 1980, nr 12, poz. 243; wyrok SN z 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD

2008, nr 2, poz. 48). Sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu kary umownej (J. Jastrzębski, glosa do uchwały SN z 6 listopada 2003 r.). Pamiętać bowiem trzeba, że celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Z dużym prawdopodobieństwem możemy przypuszczać, że stan "rażącego wygórowania" zaistnieje wtedy, gdy dłużnik nie wykona zobowiązania lub wykonana je nienależycie, a wierzyciel nie poniesie szkody. Zachodzi tutaj potrzeba indywidualnej oceny zastrzeżenia kary umownej i skutków zachowania się dłużnika uchylającego zobowiązaniu.

Powyższe oznacza, że instytucja miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.) nie dotyczy określenia jej wysokości na etapie umowy a znajduje zastosowanie w toku realizacji umowy. Wtedy bowiem dłużnik wobec żądania wierzyciela zapłaty kary umownej może podnieść zarzut rażąco wygórowanej kary oraz wykazać jego zasadność za pomocą zaoferowanych na jego poparcie dowodów, a także wskazać przesłanki obniżenia kary (wyrok SN z 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, LEX nr 361437).

Zatem na obecnym etapie postępowania stwierdzenie naruszenia przepisu art. 484 § 2 k.c. nie jest możliwe.

Kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od tego, w jakiej wysokości doznał szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z dnia 15 września 1999 r., III CKN 337/98, LEX nr 527125). Należy się ona więc bez względu na wysokość szkody (wyrok SN z dnia 20 marca 1968 r., II CR 419/67, LEX nr 6299; wyrok SA w Katowicach z dnia 22 czerwca 2006 r., I ACa 2321/05, LEX nr 217199). W konsekwencji wierzyciel, nawet jeżeli poniósł niewielki uszczerbek majątkowy związany z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, może żądać zapłaty kary umownej (wyrok SN z dnia 17 marca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400).

Mając powyższe na uwadze nie sposób dostrzec naruszenia przepisu art. 483 oraz 484 § 1 k.c. Skoro bowiem Zamawiający zastrzegł karę umowną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego to okoliczność, że pozostaje ona w dysproporcji z ewentualną szkodą, którą może ponieść Zamawiający nie sprzeciwia się powołanym przepisom.

Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c. stwierdzić należy, iż nie poddaje się on ocenie, bowiem Odwołujący powołując podnosząc przedmiotowy zarzut ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „projekt umowy narusza powyższy przepis w szeregu miejscach”.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....