

Sygn. akt: KIO 884/13

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2013 r. przez Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Wałbrzychu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Świdnica z siedzibą w Świdnicy,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. w Wałbrzychu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Alba Dolny Śląsk sp. z o. o. w Wałbrzychu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Alba Dolny Śląsk sp. z o. o. w Wałbrzychu na rzecz Miasta Świdnica w Świdnicy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Świdnicy.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Miasto Świdnica z siedzibą w Świdnicy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora III Miasta Świdnica oraz ich zagospodarowanie”*.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 10.04.2013 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2013/S 070-116830.

W dniu 18 kwietnia 2013 r. ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2, art. 22 ust 4 i art. 30 Pzp oraz sformułowanie warunków umownych w sposób prowadzący do przyszłego naruszenia przepisów art. 140 ust. 1 i art. 144 ustawy.

Odwołujący zażądał skorygowania wszystkich wskazanych w niniejszym odwołaniu nieprawidłowości i doprowadzenia treści SIWZ i wszystkich jej elementów do zgodności z prawem, ewentualnie unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt, że skala naruszeń przepisów i sposób opisanie przedmiotu zamówienia i przyszłych obowiązków wykonawcy, powoduje, iż umowa zawarta w oparciu o takie postępowanie będzie niedopuszczalna w myśl art. 7 ust. 3 ustawy lub będzie podlegała unieważnieniu na mocy art. 144a lub 146 ust. 6 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...] analiza treści SIWZ - pkt 111.1 (str. 9 SIWZ) akapit 1. - realizacja przedmiotu zamówienia wskazuje, że w ramach odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych w ramach odbioru zmieszanych odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest odebrać wszystkie odpady komunalne umieszczone w pojemnikach na odpady zmieszane oraz odpady komunalne wystawione np. w workach (tzw. nadwyżki), przy pojemnikach na odpady zmieszane, a także odpady, które zostały wysypane z pojemników w trakcie ich opróżniania, wywiane lub wyrzucone przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu). Zgodnie z akapitem 5. - Odbiór odpadów z pojemników Wykonawca zobowiązany jest dokonać z miejsca ustawienia tych pojemników, wskazanego przez właściciela nieruchomości, a po opróżnieniu pojemnika Wykonawca zobowiązany jest dokonać odstawienia pojemnika w to samo miejsce.

Nie wskazanie w specyfikacji, żadnych zobowiązań i obowiązków właścicieli (zupełna dowolność w doborze miejsca ustawienia pojemników) lub nie ustalone przez Zamawiającego z poszczególnymi właścicielami i nieprzeniesione do specyfikacji wymagania w tym zakresie, nie dają możliwości dokładnego określenia przyszłych czynności składających się na usługę, a tym samym Wnoszący odwołanie nie ma możliwości wyceny usługi i wskazania wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo stwierdzić należy w odniesieniu do takich specjalnych informacji (nie wskazanych dodatkowo w SIWZ), bardziej preferowani w takim postępowaniu stają się przedsiębiorcy wykonujący do tej pory usługi objęte przedmiotem zamówienia lub ogólnie usługi na terenie Gminy Marcinowice lub posługujący się w przygotowaniu oferty lub przyszłym wykonaniu zamówienia osobami po prostu lepiej znającymi teren i okolice. Tym samym przepis art. 7 oraz 29 został naruszony przez Zamawiającego.

Analiza treści SIWZ - pkt 111.1, akapit 6 Realizacja przedmiotu zamówienia wskazuje, że Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego sprawdzenia zawartości pojemnika na zmieszane odpady komunalne, a w przypadku stwierdzenia, że w pojemniku znajdują się odpady, których obowiązek selektywnego zbierania wynika z Uchwały nr XIX/232/2012 Rady Miejskiej Świdnica z dnia 20 sierpnia 2012 roku w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Świdnica - do udokumentowania tego faktu oraz niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego, wraz ze wskazaniem adresu nieruchomości.

Podobnie do sprawy należy podejść w przypadku zapisów SIWZ w tym samym punkcie tym razem akapit 7., gdzie Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego informowania Zamawiającego o wszelkich nieprawidłowościach stwierdzonych w trakcie świadczenia usługi, w tym m.in. o stwierdzonych przypadkach:

- pozostawienia przy pojemnikach na odpady odpadów wielkogabarytowych,
- wielkogabarytowego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz świetlówek (poza terminami tzw. „wystawek”),
- notorycznego powstawania tzw. „nadwyżek” na danych nieruchomościach,
- niemożności odebrania z nieruchomości odpadów komunalnych zmieszanych ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą.

Takim postępowaniem Zamawiający naruszył przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wskazując podstawowych parametrów takiej weryfikacji, nie ograniczając jej jedynie do oceny wzrokowej zawartości widocznej gołym okiem i zauważalnym po otwarciu pojemnika, rozbudowuje zakres czynności Wykonawcy do nieznanego zaangażowania (np. czy badać całą zawartość pojemnika, gdzie badać - jeśli na ulicy to również obowiązkowo posprzątać a może i nawet zdezynfekować miejsce, gdzie śmieci zostaną wysypane przed zabranieniem przez samochód specjalistyczny, itd.) co uniemożliwia określenie ceny za jedno opróżnienie pojemnika tym samym za cały przedmiot zamówienia.

Tymczasem kolejne zapisy SIWZ np. pkt III.2., akapit przedostatni na stronie 13 - zdradzają że obowiązkiem Wykonawcy jest organizacja selektywnej zbiórki odpadów: papieru, makulatury i tektury, tworzyw (...), w ramach której odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest odebrać wszystkie odpady zgromadzone w pojemnikach i poza nimi (...), a także odpady, które zostały wysypane z pojemników w trakcie ich opróżniania, wywiane lub wyrzucone przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) lub zwierzęta.

Tak ogólnie i niejasno sformułowany obowiązek obarczony dodatkowo ryzykiem wandalizmu (w więc praktycznie każdego nieoczekiwanego i nieprzewidzianego zachowania) nie daje możliwości wyceny i określenia wysokości wynagrodzenia jakie należy wskazać w ofercie. Takim postępowaniem Zamawiający naruszył przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podobnie należy zakwalifikować żądanie Zamawiającego zawarte w:

- SIWZ pkt III. 2, akapit 3 na stronie 11 - gdzie Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w trakcie dostawy worków na nieruchomości przekazywał również właścicielom nieruchomości materiały informacyjne i edukacyjne dotyczące m.in. zasad selektywnej zbiórki odpadów oraz harmonogramy odbioru odpadów. Brak określenia miejsca odbioru takich materiałów, udokumentowania wykonania takiego obowiązku jak również nie określenie żadnych parametrów takiego materiału informacyjnego powoduje brak możliwości wyceny takiej usługi i określenie wynagrodzenia w ofercie na zasadach wymaganych przez Zamawiającego. Dodatkowo stwierdzić należy, że usługa taka wykracza poza opis przedmiotu zamówienia i przywołane kody CPV dla zamówienia, bo jest usługą kolportażu ulotek..

- SIWZ pkt III.2, na stronie 11, gdzie opisuje się np. worki z folii LDPE bez podania żadnych szczególnych parametrów (wytrzymałość na rozzerwanie, rozciągliwość, itp.) w tym w szczególności bez zastosowania przepisów art. 30 ustawy Pzp bo bez odwołania do m.in.:

A. cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

B. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy

uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;
- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

C. W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w pkt B, uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;

- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne.

D. dopuszczalnych rozwiązań równoważnych opisywanym.

F. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

Jeśli dodatkowo przyjmujemy, że w SIWZ pkt III.2 akapit 1 strona 12 Zamawiający posługuje się jeszcze innymi nieprecyzyjnymi zapisami, które narzucają na Wykonawcę obowiązek

- w uzasadnionych przypadkach, takich jak np. niezamierzone (termin w żaden sposób nie zdefiniowany przez Zamawiającego, dający możliwość szerokiej interpretacji np. również brak wiedzy na temat wytrzymałości worka lub właściwości odpadu) uszkodzenie worka, do wydania właścicielom nieruchomości dodatkowych worków do selektywnego zbierania odpadów,

- odbioru odpadów wysypanych z worków, np. w trakcie ich odbioru, wywianych lub rozrzuconych przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) i zwierzęta,

- zapewnienia stałego utrzymania w czystości i porządku (...)wokół pojemników, a dodatkowo w okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do odśnieżenia miejsca ustawienia pojemników do selektywnego zbierania, jak i terenu wokół tych pojemników,

oraz

w pkt III. akapit 2. na stronie 4. - gdzie wskazuje się, że liczbę mieszkańców oraz adresy nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy Zamawiający oszacował na podstawie danych meldunkowych będących w posiadaniu Zamawiającego. W trakcie realizacji usługi możliwe są więc zmiany adresów i liczby obsługiwanych nieruchomości, jak i liczby mieszkańców. Zmiany mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia, jak i zwiększenia liczby adresów nieruchomości i liczby mieszkańców. Zmiany te nie będą wpływały na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, chyba że liczba mieszkańców sektora III wzrośnie lub zmniejszy się o 3 % w stosunku do początkowej liczby mieszkańców podanej w niniejszej SIWZ, tj. 18031 osób. Wszystkie dodatkowo zgłaszane przez Zamawiającego nieruchomości Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie włączyć do obsługi.

to w sposób wyraźny widać, że przedmiot zamówienie został opisany w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i nie dający wycenić usługi na zasadach przewidzianych przez Zamawiającego. Zamawiający zatem naruszył przepis art. 29, 30 a przez to i 7 prawa zamówień publicznych bo nadmierna dowolność interpretowania zapisów SIWZ, nie pozwoli na zgromadzenia Zamawiającemu porównywalnych ofert, wybrać Wykonawcy zgodnie z zasadami ustawy Pzp, a w związku z tym zachowania zasad uczciwej konkurencji.

W rozdz. III Opis przedmiotu Zamówienia pkt.1 Zamawiający wskazuje, że: „Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania comiesięcznych raportów o sposobie zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, które zawierać będzie:

- informację o ilości (masie) odebranych odpadów zmieszanych,
- informację o miejscu zagospodarowania odebranych odpadów zmieszanych,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów wysegregowanych w instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów oraz sposobie ich zagospodarowania,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów skierowanych do składowania, w tym również informację o ilości (masie) odpadów powstałych po mechaniczno-biologicznym przetworzeniu zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 19 1212 niespełniających wymagań rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1052) przekazanych do składowania.”

Tak postawione wymagania preferują oferenta lokalnego posiadającego własną instalację IZ i starającego się o uzyskanie statusu instalacji RIPOK, który jest w stanie dla własnych potrzeb, kiedy zostanie wybrany w przedmiotowym postępowaniu, takie dane przygotowywać. W przypadku przegranej w przetargu nie będzie zainteresowany udostępnianiem żądanych przez Zamawiającego informacji, a tym samym spowoduje, że Wykonawca nie będzie mógł tego warunku spełnić. Nie wywiązywanie się Wykonawcy z obowiązku przekazywania Zamawiającemu informacji, której nie udzieli jemu zarządzający instalacją który ma w tym interes oraz nie ma ustawowego obowiązku, w cyklu miesięcznym przekazywania danych Wykonawcy, narazi Wykonawcę na nakładanie przez Zamawiającego na niego kar a w konsekwencji na wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego.

W rozdz. III pkt. 2 SIWZ, Zamawiający wskazuje, że: „Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania comiesięcznego raportu o sposobie zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, które zawierać będzie:

- informację o rodzaju i ilości (masie) odebranych odpadów selektywnie zebranych w systemie indywidualnym,
- informację o rodzaju i ilości (masie) odebranych odpadów selektywnie zebranych w systemie zbiorowym,
- informację o ilości (masie) odpadów poddanych poszczególnym sposobom ich zagospodarowania,
- informację o miejscach zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych.”

Tak sformułowane żądanie Zamawiającego, wskazujące aby Wykonawca przekazywał powyższe informacje zawiera niesformułowane wymaganie odrębnego odbierania selektywnie gromadzonych w systemie indywidualnym i zbiorowym odpadów. Po zebraniu odpadów w systemie indywidualnym Wykonawca bez względu na ilość zebranych odpadów musi je przetransportować do instalacji zgodnie z Ustawą następnie może odbierać odpady w systemie zbiorowym. Ten warunek w jawny sposób preferuje lokalnego wykonawcę, który posiada własną instalację na terenie miasta Świdnicy lub na jego obrzeżach, ponieważ Wykonawca, nie będący lokalnym przedsiębiorcą dla zmniejszenia kosztów transportu zebranych odpadów selektywnych (np. z 22 szt. pojemników, o których mowa w tabeli nr 8 , co może stanowić ok. 200 do 250 kg odpadów), będzie zmuszony do przekazania odpadów do tej właśnie instalacji lokalnej, ponieważ transport do innej instalacji będzie kosztowo nie do przyjęcia. Lokalna instalacja będąca we władaniu lokalnego przedsiębiorcy, który będzie również oferentem w przetargu, może odmówić przyjęcia selektywnie zbieranych odpadów, co będzie skutkowało dla innych wykonawców koniecznością uwzględnienia wyższych kosztów transportu a więc niekorzystnej oferty cenowej dla Zamawiającego.

W rozdz. III pkt.3 SIWZ Zamawiający wskazuje że: „Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania comiesięcznego raportu o sposobie zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych, mebli, zużytych opon, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, wielkogabarytowych opakowaniach ulegających biodegradacji oraz choinkach, które zawierać będzie:

- informację ilości (masie) odebranych odpadów wielkogabarytowych i mebli,
- informację ilości (masie) odebranych zużytych opon,
- informację o ilości (masie) odebranego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,
- informację o ilości (masie) odebranych wielkogabarytowych opakowań ulegających biodegradacji oraz choinek,
- informację o miejscach i sposobie zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów „

Te wymagania preferują oferenta lokalnego posiadającego własną instalację IZ i starającego się o uzyskanie statusu instalacji RIPOK, który jest w stanie dla własnych potrzeb, kiedy wygra przetarg, takie dane przygotowywać. Jeżeli nie wygra przetargu nie będzie zainteresowany udostępnianiem żądanych przez Zamawiającego informacji, a tym samym spowoduje, że Wykonawca nie będzie mógł tego warunku spełnić. Nie wywiązywanie się Wykonawcy z obowiązku przekazywania Zamawiającemu informacji, której nie udzieli jemu zarządzający instalacją który ma w tym interes oraz nie ma ustawowego obowiązku, w cyklu miesięcznym przekazywania danych Wykonawcy, narazi Wykonawcę na nakładanie przez Zamawiającego na niego kar a w konsekwencji na wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego.

W rozdz. III pkt.7 w SIWZ Zamawiający wskazuje, że: „Ponadto Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przekazywał Zamawiającemu raporty miesięczne w terminie do 14 dni od zakończenia danego miesiąca zawierające informacje związane z zakresem świadczonej usługi, a w szczególności:

- wynikające z pkt 1 niniejszego rozdziału,
- wynikające z pkt 2 niniejszego rozdziału,
- wynikające z pkt 3 niniejszego rozdziału,
- dowodów dostarczenia odpadów do miejsca ich zagospodarowania, tj. karty ewidencji odpadów lub karty przekazania odpadów, pokwitowania z wagi itp. (kserokopie potwierdzone za zgodność z oryginałem),
- wskazania nieruchomości, na których nie jest prowadzona selektywna zbiórka odpadów komunalnych wg zasad określonych w Uchwale nr XIX/232/2012 Rady

Miejskiej Świdnicy z dnia 20 sierpnia 2012r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Świdnica,

- wskazania nieruchomości, na których obok pojemników na odpady pozostawiono odpady wielkogabarytowe, wielkogabarytowy zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte opony samochodowe i wielkogabarytowe opakowania ulegające biodegradacji poza wyznaczonymi terminami ich zbiórki oraz odpady budowlane i rozbiórkowe,
- wskazania nieruchomości, na których notorycznie powstają tzw. „nadwyżki”,
- wskazania nieruchomości, z których nie odebrano odpadów komunalnych ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą
- wskazania nieruchomości, które nie zostały wyposażone w worki do selektywnej zbiórki odpadów ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą
- inne informacje istotne ze względu na zapisy niniejszej SIWZ.

Ww. raporty Wykonawca zobowiązany jest sporządzać i przekazywać Zamawiającemu zarówno w formie papierowej, jak i elektronicznej.”

Żądanie powyższych raportów w systemie miesięcznym jest niezgodne z art.9n ust.1 ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012r. poz. 391 z późn. zm.). Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania kwartalnych sprawozdań. Zgodnie z ust.2 tego samego artykułu - sprawozdanie jest przekazywane wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta w terminie do końca miesiąca następującego po kwartale, którego dotyczy. Dalej określona jest treść sprawozdań, która pokrywa się z tym co żąda Zamawiający.

Dodatkowo zauważyć należy, że w niektórych sytuacjach może występować tak mała ilość odpadów / np. opony /, że nie będzie ilości tzw. Transportowej.

Po trzecie RIPOK-i ponieważ nie są zobowiązane do tego żadnym przepisem nie wydadzą stosownych dokumentów w trybie miesięcznym.

W rozdz. III pkt.2 w SIWZ Zamawiający wskazuje, że: „Dodatkowo w okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do odśnieżenia miejsca ustawienia pojemników do selektywnego zbierania, jak i terenu wokół tych pojemników.”

W takim przypadku lokalny przedsiębiorca prowadzący na podstawie odrębnych umów, na terenie miasta Świdnica usługi utrzymania czystości chodników i posesji (w praktyce tego typu usługi obejmują również utrzymanie czystości z odśnieżaniem miejsc ustawienia pojemników co preferuje lokalnego przedsiębiorcę, który będzie oferentem w przetargu), co znacznie ułatwia Jemu spełnienie tego warunku, a nie mając interesu w ponownej wycenie tego zakresu prac stoi od samego początku w uprzywilejowanej pozycji w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku wygrania przetargu przez takiego lokalnego przedsiębiorcę zachodzi domniemanie korzyści wynikającej z już uregulowanej kwestii utrzymania czystości i odśnieżania terenu wokół pojemników.

Natomiast analiza w SIWZ pkt V. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW wskazuje, według numeracji SIWZ, że:

c) Wykonawca ma wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn.:

- minimum 1 osobą nadzoru posiadającą co najmniej wykształcenie średnie oraz minimum trzyletnie doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z organizacją i logistyką odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości (zarządzanie transportem) oraz nadzorowaniem jakości wykonywanych prac,
- minimum 7 osobami, które będą wykonywać bezpośrednio przedmiot zamówienia (tj. operatorzy sprzętu, kierowcy, ładowacze),
- wskaże, że wielkość średniego rocznego zatrudnienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wynosi minimum 15 osób.

W tym przypadku nie sprecyzowanie liczby kierowców, ładowaczy, itd., daje możliwość dowolnej interpretacji i nieporównywalność ofert, jak również świadczy o tym, że zarówno oferta jak i sam Wykonawca mogą nie odpowiadać wymaganiom wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo stwierdzić należy, że żądanie w zakresie dysponowania średniorocznym zatrudnieniem na poziomie 15 osób jest nieuzasadnione z punktu widzenia konieczności dysponowania 8 osobowym zespołem (1 osoba nadzoru + 7 osób do bezpośredniego wykonania zamówienia) i nie uzasadnione z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, do zatrudnienia którego wymagana może być znacznie

większe zaangażowanie zasobów ludzkich. W tym zakresie jednak Zamawiający nie przeprowadził żadnej analizy, a zbyt ogólne i niedoszacowane wymagania spowodują wybór Zamawiającemu Wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia. W tym zakresie naruszono przepis art. 22 ust 4 oraz art. 7

W rozdz. V pkt. 3 d) w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający wskazuje, że: „Wykonawca musi dysponować sprawnymi technicznie i o estetycznym wyglądzie pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych wykonanymi z laminatów poliestrowych wzmocnianych włóknem szklanym (pojemniki typu „dzwon”) lub tworzywa PEHD (pojemniki typu MGB) o szczelnej konstrukcji, wyposażonymi w otwory wrzutowe dostosowane do rodzaju i wielkości odpadów na które są przeznaczone (pojemniki typu „dzwon”) lub wieka (pojemniki typu MGB) i w określonej przez Zamawiającego kolorystyce:

- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 2500 l - minimum 17 szt.,
- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 1500 l — minimum 19 szt.,
- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 240 l - minimum 22 szt.,
- pojemniki w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 2500l - minimum 17 szt.,
- pojemniki w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 1500l - minimum 19 szt.,
- pojemniki w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 240l - minimum 22 szt.,
- pojemniki w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 2500l - minimum 17 szt.,
- pojemniki w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 1500l - minimum 19 szt.,

- pojemniki w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 240l - minimum 22 szt.,”:

Żądanie posiadania pojemników już na etapie składania oferty, szczególnie że ich dostawa nie jest objęta przedmiotem zamówienia jest wymogiem przewymiarowanym w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, a przez Wnoszącego protest odbierane jako preferowanie dotychczasowego wykonawcy i czyn ograniczający równe szanse wykonawców.

Posiadanie tych pojemników w określonym terminie po podpisaniu Umowy w pełni zabezpieczałoby interesy Zamawiającego i nie narażało pozostałych wykonawców na ponoszenie niepotrzebnych kosztów.

Ponadto Zamawiający w nadmierny sposób ingeruje w sposób odbioru odpadów, narzucając typy pojemników do selektywnej zbiórki odpadów. Podanie konkretnych cech jak „wykonanymi z laminatów poliestrowych wzmocnionych włóknem szklanym (pojemniki typu „dzwon”) o pojemności 2500 l lub o pojemności 1500 l” preferuje lokalnego przedsiębiorcę, który będzie oferentem w przetargu, a dodatkowo aktualnie obsługującego odbiór odpadów segregowanych takimi właśnie pojemnikami. Oferent, który nie posiada tego typu pojemników, a które są przecież w dodatku wymagane w dniu składania oferty, a posiada inne pojemniki spełniające wszystkie wymagania w zakresie zastosowania do selektywnej zbiórki i posiadają pojemność 2500 l ale nie są wykonane z laminatów poliestrowych wzmocnionych włóknem szklanym, jest narażony na dodatkowe znaczne koszty w stosunku do oferenta aktualnie realizującego usługę, co będzie skutkowało niekorzystną droższą ofertą. Dla selektywnej zbiórki odpadów, dla jej skuteczności i uzyskania wymaganych ustawowo poziomów odzysku nie mają znaczenia rodzaje materiałów, z których wykonane są pojemniki natomiast mają decydujące znaczenie dla jednego z oferentów w tym przypadku, oferenta, który takie pojemniki już posiada i są one ustawione na mieście w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego.

W tym zakresie Zamawiający w sposób wyraźny narusza przepis art. 7 i art. 22 ust. 4 Pzp.

W rozdz. XVI. pkt.8 SIWZ Zamawiający żąda aby: „Wykonawca winien uzyskać zgodę Zamawiającego na zawarcie umów z podwykonawcami. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia przez Wykonawcę umowy lub projektu umowy z

podwykonawcą nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy”.

Jest to ograniczanie swobody działalności gospodarczej w szczególności dlatego, że Zamawiający dopuszcza posługiwanie się Podwykonawcami, których należy wymienić w załącznik nr 10 do SIWZ. Takie żądanie Zamawiającego może doprowadzić również do braku możliwości świadczenia umowy zgodnie z ofertą i będzie sprzeczne z art. 144 ustawy Pzp.

Analiza § 1 ust.4. umowy wskazuje, że: „W trakcie realizacji usługi załącznik nr 1 będzie podlegał aktualizacji przez Zamawiającego w związku z czym możliwe są zmiany adresów i liczby obsługiwanych nieruchomości, jak i liczby mieszkańców. Zmiany mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia, jak i zwiększenia liczby nieruchomości i liczby mieszkańców, przy czym zmiany te nie będą wpływały na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 9 niniejszej umowy, chyba że liczba mieszkańców sektora III wzrośnie lub zmniejszy się o 3 % w stosunku do liczby mieszkańców podanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Zamawiający w sposób nieuprawniony stosuje zapis zmniejszający przyszłe wynagrodzenie nie definiując dokładnie sposobu takiego obniżenia oraz odpowiedniego algorytmu, czym stwarza sposobność do prowadzenia negocjacji nt. nieuregulowanego w umowie poziomu obniżenia ceny, co jest niezgodne z art. 144 ustawy Pzp

Zgodnie z § 10 umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne”

- 1) za brak właściwego oznakowania pojazdów służących do odbioru i transportu odpadów komunalnych oraz pojemników i worków do selektywnej zbiórki odpadów - 100,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- 2) za brak właściwego wyposażenia pojazdów służących do odbioru i transportu odpadów komunalnych oraz brak właściwego wyposażenia bazy magazynowo-transportowej -1 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- 3) za brak właściwego stanu sanitarnego pojazdów do odbioru i transportu odpadów - 500,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
 - a) brak właściwego stanu sanitarnego, technicznego lub estetycznego pojemników do selektywnej zbiórki odpadów - 200,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,

których naliczenie nie jest możliwe z powodu braku właściwego i precyzyjnie opisującego wymagania w tym zakresie dokumentu odniesienia w SIWZ, a tym samym może prowadzić do nieprawnych działań Zamawiającego.

Analiza § 5 pkt. 7 Umowy, wskazuje, że Zamawiający wymaga: „zorganizowania dyżurów w dni ustawowo wolne od pracy w taki sposób, aby możliwy był kontakt Zamawiającego z Wykonawcą w tych dniach, oraz w przypadku wystąpienia zdarzeń nagłych i nieprzewidzianych, a zagrażających życiu, zdrowiu i bezpieczeństwu ludzi lub porządkowi publicznemu, podejmowanie przez Wykonawcę w tych dniach działań zapewniających utrzymanie właściwej jakości świadczonych usług, bez dodatkowego wynagrodzenia,"

Tak ogólnie sformułowany warunek powoduje praktycznie konieczność ciągłej pracy w dni wolne od pracy. Jeżeli nawet taka praca ograniczać miałaby się do sytuacji wywołanych działaniami siły wyższej (które winny być zdefiniowane w umowie) czy możliwych katastrof (które również należałoby zdefiniować w umowie) to żądanie działania bez dodatkowego wynagrodzenia świadczy ewidentnie o braku możliwości określenia wynagrodzenia w ofercie, które mając charakter ryczałtowego bez wyodrębnionych cen za poszczególne zdarzenia, nie daje możliwości Wykonawcy do złożenia oferty. W tym wypadku wnosimy dodatkowo o podjęcie działań umożliwiający równy start w przetargu innym podmiotom, poza przywilejowanymi z tereny Miasta Świdnicy, powiązanych kapitałowo z właścicielami instalacji IZ, docelowo RIPOK i Gminą Miejską Świdnica.

W tym zakresie Zamawiający naruszył przepis art. 7 ustawy Pzp.

[...]"

W dniu 26.04.2013 r. zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz stwierdził m.in.:

„[...]”

Zarzut 1:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż zamieścił ogłoszenie oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w dniu 08.04.2013 (dwa dni przed zamieszczeniem ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, które

nastąpiło w dniu 10.04.2013 pod numerem 2013/S 070-116830 i specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego).

Powyższe Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadne gdyż Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do Dziennika Publikacji Unii Europejskiej w dniu 08.04.2013 r. pod numerem referencyjnym 2013-04752. Ogłoszenie zostało wywieszone na tablicy ogłoszeń Miejskiego Biura Przetargów Gminy Miasto Świdnica w dniu 08.04.2013 r. (w załączeniu dowody jego zamieszczenia).

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Publikacji Unii Europejskiej w dniu 10.04.2013 r. pod nr 2013/S 070-116830. W tym dniu Zamawiający udostępnił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na swojej stronie internetowej www.swidnica.bip-gov.info.pl (w załączeniu dowody jego udostępnienia).

Zarzut 2:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy treści siwz, tj. rozdz. III pkt 1, akapit 1 i akapit 5 (strona 9), iż nie wskazał w siwz żadnych zobowiązań i obowiązków właścicieli nieruchomości w doborze miejsca ustawienia pojemników lub nie ustalił z poszczególnymi właścicielami i nie przeniósł do siwz wymagań w tym zakresie, przez co Wykonawca nie ma możliwości dokładnego określenia przyszłych czynności składających się na usługę, a tym samym nie ma możliwości wyceny usługi i wskazania wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto takie postępowanie Zamawiającego wg Odwołującego spowoduje, że w postępowaniu bardziej preferowani stają się przedsiębiorcy wykonujący do tej pory usługi objęte przedmiotem zamówienia lub ogólnie usługi na terenie Gminy Marcinowice lub posługujący się w przygotowaniu oferty lub przyszłym wykonaniu zamówienia osobami po prostu lepiej znającymi teren i okolice. Tym samym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 oraz 29.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, ponieważ za wyposażenie nieruchomości w pojemnik na odpady zmieszane odpowiada właściciel nieruchomości (art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach -Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.), który wielkość i ilość pojemników oraz miejsce ich ustawienia zobowiązany jest dostosować do przepisów prawa krajowego i miejscowego, tj.:

- Uchwały nr XIX/232/12 Rady Miejskie w Świdnicy z dnia 20 sierpnia 2012 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto

Świdnica (Dz. Urz. Woj. dolnośląskiego z 2012 r. poz. 3797), która określa m.in. wymagania w zakresie rodzaju i minimalnej pojemności pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i ich utrzymania w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym,

- Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., Nr 75, poz. 690 z późn. zm.), które określa m.in. warunki techniczne usytuowania pojemników przy nieruchomościach, takie jak odległość od nieruchomości, utwardzenie miejsca ustawienia pojemników itp.

Zamawiający nie uznał za konieczne przytaczanie zapisów ww. uchwały, gdyż w rozdz. III siwz wskazał Wykonawcom obowiązujące przepisy prawa, w tym m.in. Uchwałę nr XIX/232/12 z dnia 20 sierpnia 2012 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Świdnica (Dz. Urz. Woj. dolnośląskiego z 2012 r. poz. 3797). Zamawiający informuje również, że dotychczas zarówno obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemnik na odpady, jak i zawarcie umowy na odbiór odpadów leżały po stronie właściciela nieruchomości w związku, z czym Zamawiający nie posiada wiedzy na temat obecnej lokalizacji pojemników, a tym bardziej nie jest w stanie określić gdzie pojemniki takie będą znajdowały się w dniu 1 lipca 2013 r.

Ponadto niezrozumiałe jest dla Zamawiającego, twierdzenie Odwołującego, że poprzez brak wskazania miejsc ustawienia pojemników na odpady w postępowaniu dotyczącym Gminy Miasto Świdnica preferowani będą wykonawcy świadczący usługi na terenie Gminy Marcinowice oddalonej o ok. 9 km od Świdnicy.

Zarzut 3:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy treści siwz, tj. rozdz. III pkt 1, akapit 6 i 7, iż poprzez zobowiązanie Wykonawcy do:

- kontroli zawartości pojemnika na zmieszane odpady komunalne, celem stwierdzenia

czy właściciel nieruchomości prowadzi selektywną zbiórkę odpadów wg zasad określonych w Uchwale nr XIX/232/12 z dnia 20 sierpnia 2012 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Świdnica oraz

dokumentowania stwierdzonych nieprawidłowości i powiadamiania Zamawiającego, oraz

- informowania Zamawiającego o wszelkich nieprawidłowościach stwierdzonych w trakcie świadczenia usługi, w tym m.in. o stwierdzonych przypadkach pozostawienia przy pojemnikach na odpady odpadów wielkogabarytowych, wielkogabarytowego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz świetlówek (poza terminami tzw. „wystawek”), notorycznego powstawania tzw. „nadwyżek” na danych nieruchomościach, niemożności odebrania z nieruchomości odpadów komunalnych zmieszanych ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą rozbudował zakres czynności Wykonawcy do nieznanego zaangażowania, bez wskazania podstawowych parametrów takiej weryfikacji, nie ograniczając jej jedynie do oceny wzrokowej zawartości widocznej gołym okiem i zauważalnym po otwarciu pojemnika, co uniemożliwia określenie ceny za jedno opróżnienie pojemnika, a tym samym za cały przedmiot zamówienia. Wg Odwołującego Zamawiający takim postępowaniem naruszył przepis art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż zobowiązanie Wykonawcy wynika wprost z art. 9 f ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.), który stanowi, iż: „W przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako zmieszane odpady komunalne i powiadamia o tym gminę.”. Ustawa nie reguluje wprawdzie, w jaki sposób ww. podmiot winien dokonać powiadomienia gminy, niemniej jednak, w sytuacji, gdy kontrola dokonywana jest w ramach świadczonej usługi Zamawiający ma prawo do uregulowania sposobu dokumentowania i powiadamiania przez Wykonawcę.

Sposób dokumentowania stwierdzonych nieprawidłowości został natomiast wskazany w rozdz. VI pkt 3, uwaga 2 - gdzie Zamawiający opisał szczegółowe wymagania w zakresie nagrań z wideo rejestracji oraz w § 4 ust. 7 pkt 4 i 5 projektu umowy (załącznik nr 9 do siwz). Ponieważ Zamawiający nie określił w treści siwz, że wymaga od Wykonawcy dokonania badania zawartości całego pojemnika na odpady, tym samym należy uznać, że już samo otwarcie pojemnika i ocena jego zawartości widocznej po otwarciu pozwala na uznanie, że została dokonana kontrola.

Dodatkowo Zamawiający informuje, że zapisy rozdz. III pkt 1, akapit 7 siwz zobowiązujące Wykonawcę do informowania Zamawiającego o wszelkich nieprawidłowościach stwierdzonych w trakcie świadczenia usługi, a w szczególności o stwierdzonych przypadkach:

- pozostawienia przy pojemnikach na odpady odpadów wielkogabarytowych, wielkogabarytowego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zużytych opon samochodowych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych (poza terminami tzw. „wystawek”),
 - notorycznego powstawania tzw. „nadwyżek” na danych nieruchomościach,
 - niemożności odebrania z nieruchomości odpadów komunalnych zmieszanych ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą
- zostały wprowadzone m.in. w celu umożliwienia Wykonawcy udowodnienia prawidłowości wykonania usługi np. w przypadku zarzutu ze strony właściciela nieruchomości, że Wykonawca nie dokonał odbioru odpadów wielkogabarytowych z nieruchomości w sytuacji, gdy odpady te wystawione zostały poza terminem tzw. „wystawki”.

Zamawiający nie widzi również powodów, dla których nie miałby prawa wymagać ww. informacji od Wykonawcy - prawo takie daje mu swoboda kształtowania warunków umownych, która wynika z zasady swobody zawierania umów - art. art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), który stanowi iż:

„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”.

Zarzut 4:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy treści siwz, tj. rozdz. III pkt 2, akapit przedostatni na stronie 13, iż poprzez nałożenie na Wykonawcę, w ramach organizacji selektywnej zbiórki odpadów wraz z ich odbiorem i zagospodarowaniem, obowiązku odebrania wszystkich odpadów zgromadzone w pojemnikach, jak i odpadów pozostawionych obok pojemników, a także odpadów, które zostały wysypane z pojemników w trakcie ich opróżniania, wywiane lub wyrzucone przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) lub zwierzęta Wykonawca obarczony został dodatkowo ryzykiem wandalizmu, przez co

Wykonawca nie ma możliwości wyceny i określenia wysokości wynagrodzenia, jakie należy wskazać w ofercie. Tym samym Zamawiający wg Odwołującego naruszył art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż w treści siwz w sposób jasny określono, że za utrzymanie czystości i porządku wokół pojemników do selektywnej zbiórki odpowiadać będzie Wykonawca do obowiązków, którego należeć będzie nie tylko ustawienie pojemników do selektywnej zbiórki i odbiór odpadów, ale również utrzymanie czystości wokół tych pojemników. Pominięcie przez Zamawiającego obowiązku utrzymania czystości i porządku wokół pojemników na odpady zbierane selektywnie, których ustawienie jest częścią niniejszej swiz, w skrajnych przypadkach mogłoby doprowadzić również do sytuacji w których nierzetelny Wykonawca próbowałby, zwolnić się z obowiązku uprzątnięcia odpadów wysypanych w trakcie odbioru, pod pretekstem rozrzucenia odpadów w wyniku bliżej nieokreślonych aktów wandalizmu. W efekcie Zamawiający musiałby w takiej sytuacji zlecić usługę uprzątnięcia ww. odpadów innemu Wykonawcy, co w konsekwencji mogłoby zostać uznane za dzielenie zamówienia. Ponadto, gdyby uznać nawet za dopuszczalny podział zamówienia, to zlecenie utrzymania czystości poprzez zbiórkę odpadów „rozsypanych” nie będzie łatwiejsze w opisie. Nie ulega, bowiem wątpliwości, że dla osiągnięcia właściwej jakości świadczenia usługi polegającej na organizacji selektywnej zbiórki odpadów wraz z ich odbiorem i zagospodarowaniem konieczne jest również zapewnienie czystości i porządku miejsc, w których zbiórka ta jest prowadzona. Należy również mieć na uwadze, że akty wandalizmu zdarzają się nieregularnie i nie sposób precyzyjnie określić ilości odpadów rozsypanych, czy powierzchni terenu do uprzątnięcia. Doświadczony Wykonawca natomiast jest w stanie dość dokładnie oszacować te ilości, o czym świadczy chociażby umowa na korzystanie z usług wywozu nieczystości zawarta pomiędzy zakładem budżetowym Gminy Miasto Świdnica, tj. Miejskim Zarządem Nieruchomości (MZN), a firmą ALBA Dolny Śląsk, tj. Odwołującym, w której to w § 3 opisującym obowiązki wykonawcy wskazano m.in. oczyszczanie miejsca wystawienia pojemników oraz miejsc zaśmiecanych przy załadunku nieczystości do samochodów, zbieranie wszystkich nieczystości stałych komunalnych, leżących obok przepelnionych pojemników (w załączeniu kopia umowy).

Zarzut 5:

Podobny zarzut, jak wyżej opisany, Odwołujący przypisuje Zamawiającemu na podstawie analizy rozdz. III pkt 2, akapit 3 na stronie 11 siwz, gdzie Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w trakcie dostawy worków na nieruchomości przekazywał również właścicielom nieruchomości materiały informacyjne i edukacyjne dotyczące m.in. zasad selektywnej zbiórki odpadów oraz harmonogramy odbioru odpadów. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający nie określił miejsca odbioru takich materiałów, udokumentowania wykonania takiego obowiązku jak również nie określił żadnych parametrów takiego materiału informacyjnego, co wg Odwołującego powoduje brak możliwości wyceny takiej usługi i określenia wynagrodzenia w ofercie na zasadach wymaganych przez Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że usługa taka wykracza poza opis przedmiotu zamówienia i przywołane kody CPV dla zamówienia, bo jest usługa kolportażu ulotek.

Zamawiający wnioskuje o uznanie ww. zarzutu za bezpodstawny, gdyż ze wskazanej przez Odwołującego treści specyfikacji (rozdz. III pkt 2, akapit 3 na stronie 11) jednoznacznie wynika, że:

- materiały informacyjne i edukacyjne zostaną przygotowane przez Zamawiającego, ~~ ww. materiały Wykonawca zobowiązany będzie dostarczać na nieruchomość, a nie jak podał Odwołujący - właścicielowi nieruchomości, wraz z workami na selektywną zbiórkę, czyli nie częściej niż jeden raz na kwartał. Brak określenia przez Zamawiającego sposobu udokumentowania wykonania ww. czynności daje natomiast Wykonawcy dużą swobodę w doborze metody dostarczenia zarówno worków do selektywnej zbiórki odpadów, jak i materiałów informacyjnych i edukacyjnych, co doświadczonemu podmiotowi pozwala wykonać tą czynność w sposób najbardziej optymalny i skuteczny. Dodatkowo, wg Zamawiającego Wykonawca również ponosić będzie korzyść z wykonania ww. czynności, gdyż skutkiem informowania mieszkańców np. o zasadach selektywnej zbiórki będą w efekcie właściwie posegregowane odpady przekazane do odbioru, co niezaprzeczalnie leży również w interesie Wykonawcy. Nieprawdą jest również, że Wykonawca nie ma możliwości skalkulowania wynagrodzenia za wykonanie ww. czynności, gdyż Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że worki do selektywnej zbiórki, a więc i materiały informacyjne i edukacyjne, dostarczać należy na nieruchomość przypisane w załączniku nr 1 do umowy do systemu indywidualnego. W efekcie, więc Wykonawca otrzymuje niezbędne dane do skalkulowania wartości

usługi, tj. liczbę i adresy nieruchomości, na które zobowiązany będzie dostarczyć ww. materiały oraz częstotliwość z jaką czynność tą winien wykonywać.

Zarzut 6:

Kolejny zarzut dotyczący braku możliwości wyceny i określenia wysokości wynagrodzenia, a tym samym naruszania przepisów art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący formułuje na podstawie analizy rozdz. III pkt 2 na stronie 11, gdzie Zamawiający opisuje worki do selektywnej zbiórki odpadów wykonane z folii LDPE, bez podania żadnych szczególnych parametrów (wytrzymałość na rozerwanie, rozciągliwość itp.) w tym w szczególności bez zastosowania przepisów art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wnioskuje o uznanie ww. zarzutu za bezpodstawny, gdyż na stronie 11 siwz podane zostały najważniejsze cechy worków do selektywnej zbiórki odpadów, tj. rodzaj materiału, z jakiego powinny być wykonane (folia LDPE), pojemność (120 l), kolor (półprzezroczyste niebieskie, półprzezroczyste żółte, półprzezroczyste zielone) oraz niezbędne oznaczenia, jakie muszą być na workach umieszczone (rodzaj frakcji odpadów, które należy w nich umieszczać oraz frakcji odpadów, których nie należy umieszczać, nazwę lub logo firmy odbierającej odpady oraz logo Czysta Świdnica). Wykonawca został również poinformowany, jakie frakcje odpadów będą umieszczane w poszczególnych workach na odpady. Tym samym Wykonawca, posiadający doświadczenie w świadczeniu tego typu usługi, może w sposób precyzyjny dobrać pozostałe parametry worków (np. wytrzymałość na rozerwanie, rozciągliwość) w zależności od ich przeznaczenia.

Zarzut 7:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. III pkt 2, akapit 1 na stronie 12 oraz rozdz. III, akapit 2 na stronie 4, iż przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i nie dający wycenić usługi na zasadach przewidzianych przez Zamawiającego, przez co Zamawiający wg Odwołującego naruszył przepis art. 29, 30 a przez to i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego nadmierna dowolność interpretowania zapisów siwz nie pozwoli na zgromadzenie Zamawiającemu porównywalnych ofert i wybór Wykonawcy zgodnie z zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych, a w związku z tym z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Jako dowody Odwołujący przytacza zapisy siwz:

- rozdz. III pkt 2, akapit 1 na stronie 12 - w uzasadnionych przypadkach, takich jak np. niezamierzone uszkodzenie worka (...) Wykonawca zobowiązany będzie do wydania właścicielom nieruchomości (...) dodatkowych worków do selektywnego zbierania -wg Odwołującego użyty przez Zamawiającego termin „niezamierzone” daje możliwość szerokiej interpretacji np. również brak wiedzy na temat wytrzymałości worka lub właściwości odpadu,

- rozdz. III pkt 2, akapit 2 na stronie 12 odbioru odpadów wysypanych z worków, np. w trakcie ich odbioru, wywianych lub rozrzuconych przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) i zwierzęta,

- rozdz. III pkt 2, akapit 3 na stronie 13 - (...) zapewnienia stałego utrzymania w czystości i porządku (...) wokół pojemników (...). Dodatkowo w okresie zimowym wykonawca zobowiązany jest do odśnieżania miejsca ustawienia pojemników do selektywnego zbierania, jak i terenu wokół tych pojemników,

- rozdz. III pkt 2, akapit 2 na stronie 4 - gdzie wskazuje się, że liczbę mieszkańców oraz adresy nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy Zamawiający oszacował na podstawie danych meldunkowych będących w posiadaniu Zamawiającego. W trakcie realizacji usługi możliwe są więc zmiany adresów i liczby obsługiwanych nieruchomości, jak i liczby mieszkańców. Zmiany te mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia, jak i zwiększenia liczby adresów nieruchomości, jak i liczby mieszkańców. Zmiany te nie będą wpływały na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy chyba, że liczba mieszkańców sektora III wzrośnie lub zmniejszy się o 3% w stosunku do początkowej liczby mieszkańców podanej w niniejszej siwz, tj. 18031 osób. Wszystkie dodatkowo zgłaszane przez Zamawiającego nieruchomości Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie włączyć do obsługi.

Zamawiający wnioskuję o uznanie ww. zarzutu za bezpodstawny, gdyż przytoczone przez Odwołującego zapisy siwz w żaden sposób nie dokumentują, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i nie dający wycenić usługi, i tak:

- rozdz. III pkt 2, akapit 1 na stronie 12 - żądanie, aby Wykonawca wydawał właścicielom nieruchomości, w określonych przypadkach, dodatkowe worki do selektywnego zbierania odpadów należy uznać za niezbędny element usługi

świadczonej przez Wykonawcę na wysokim poziomie i tej sytuacji nie zmieniłoby nawet dodatkowe podanie parametrów określających wytrzymałość worków. Nietrudno, bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której mieszkaniec otrzymuje od Wykonawcy wadliwy (np. źle zgrzany) worek - zdarzenie takie nie powinno budzić wątpliwości co do prawa do otrzymania kolejnego worka od Wykonawcy. Zupełnie inna sytuacja może natomiast dotyczyć umieszczenia przez mieszkańca w worku potłuczonej szyby, co w efekcie doprowadzi do zniszczenia worka - takiego zdarzenia niewątpliwie nie można uznać, jako działanie niezamierzone, tym bardziej, że Zamawiający planuje instruować mieszkańców o zasadach selektywnej zbiórki. Zupełnie jednak niezrozumiałe dla Zamawiającego jest to, że Odwołujący posiadający wieloletnie doświadczenie w zakresie świadczenia usług odbioru odpadów domaga się określenia właściwości odpadów zbieranych selektywnie w workach na odpady, tym bardziej, że Zamawiający wskazał jednoznacznie w siwz, jakie frakcje odpadów mieszkańcy winni gromadzić w poszczególnych workach;

rozd. III pkt 2, akapit 2 na stronie 12 - żądanie, aby Wykonawca w trakcie odbioru worków z selektywnie zebranymi odpadami dokonywał również odbioru odpadów wywianych, rozrzuconych przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) i zwierzęta należy uznać za niezbędny element usługi świadczonej przez Wykonawcę na wysokim poziomie i niezrozumiałe jest dla Zamawiającego, jakich dodatkowych, bardziej jednoznacznych i precyzyjnych informacji w tym zakresie oczekuje Odwołujący. Zamawiający nie wyobraża sobie, bowiem sytuacji, w której Wykonawca w dniu odbioru worków z selektywnie zebranymi odpadami odbiera jedynie worki z odpadami, natomiast odpady rozsypane z różnych przyczyn pozostawia na terenie nieruchomości lub chodniku. Dodatkowo w skrajnych przypadkach Wykonawca mógłby również próbować zwolnić się z obowiązku uprzątnięcia odpadów wysypanych w trakcie odbioru pod pretekstem rozrzuconia odpadów w wyniku bliżej nieokreślonych aktów wandalizmu lub aktywności zwierząt. W efekcie Zamawiający musiałby w takiej sytuacji zlecić usługę uprzątnięcia ww. odpadów innemu Wykonawcy, co niewątpliwie można uznać za dzielenie zamówienia. Ponadto, gdyby uznać nawet za dopuszczalny podział zamówienia, to zlecenie utrzymania czystości poprzez zbiórkę odpadów „rozsypanych” nie będzie łatwiejsze w opisie. Należy również mieć na uwadze, że akty wandalizmu czy aktywność zwierząt zdarzają się nieregularnie i nie sposób precyzyjnie określić ilości odpadów rozsypanych, czy powierzchni terenu do uprzątnięcia. Doświadczony Wykonawca natomiast jest w

stanie dość dokładnie oszacować te ilości, o czym świadczy chociażby umowa na korzystanie z usług wywozu nieczystości zawarta pomiędzy zakładem budżetowym Gminy Miasto Świdnica (MZN) a Odwołującym, w której to w § 3 opisującym obowiązki wykonawcy wskazano m.in. oczyszczanie miejsca wystawienia pojemników oraz miejsc zaśmiecanych przy załadunku nieczystości do samochodów, zbieranie wszystkich nieczystości stałych komunalnych, leżących obok przepełnionych pojemników (w załączeniu kopia umowy); rozdz. III pkt 2, akapit 3 na stronie 13 - żądanie, aby Wykonawca zapewniał stałe utrzymanie czystości i porządku wokół pojemników do selektywnej zbiórki odpadów omówione zostało przy odpowiedzi na zarzut 4. Analogicznie należy również traktować żądanie Zamawiającego w zakresie odśnieżania miejsc ustawienia pojemników do selektywnego zbierania, jak i terenu wokół tych pojemników, bowiem brak wykonania tych czynności w efekcie skutkowałby brakiem dostępu do tych pojemników w okresie zimowym, a tym samym skutkowałoby to nieefektywnym wydatkowaniem środków publicznych;

rozd. III pkt 2, akapit 2 na stronie 4 - w celu określenia liczby mieszkańców sektora III Zamawiający posłużył się jedynymi dostępnymi na czas sporządzania siwz danymi, tj. danymi meldunkowymi znajdującymi się w jego dyspozycji. Zamawiający ma świadomość, że dane meldunkowe na skutek migracji ludności są aktualizowane codziennie, wg zmian meldunkowych, których dokonują mieszkańcy Świdnicy, w tym również sektora III. Zaproponowana natomiast formuła wynagrodzenia Wykonawcy oparta jest na zasadzie ryczałtu. Wobec powyższego Zamawiający zaproponował granice, w których wynagrodzenie dla Wykonawcy będzie niezmienne, a tym samym ograniczył ryzyko, jakie niesie ze sobą zasada wynagrodzenia ryczałtowego oraz zapewnił właściwe wydatkowanie środków publicznych. Z analizy danych demograficznych, którymi dysponuje Zamawiający oraz danych udostępnianych przez Główny Urząd Statystyczny dla Miasta Świdnica, a które to dane Zamawiający przedstawił Wykonawcom w siwz w rozdz. III, Tabela 2 nie wynika natomiast, że prawdopodobieństwo zmiany liczby mieszkańców Świdnicy w latach 2013 - 2014 powyżej lub poniżej progu określonego przez Zamawiającego, tj. +/- 3% jest bardzo znikome.

Zarzut 8:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. III pkt 1, iż poprzez żądanie od Wykonawcy comiesięcznych raportów dotyczących sposobu zagospodarowania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, które zawierać winny:

- informację o ilości (masie) odebranych odpadów zmieszanych,
- informację o miejscu zagospodarowania odebranych odpadów zmieszanych,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów wysegregowanych w instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów oraz sposobie ich zagospodarowania,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów skierowanych do składowania, w tym również informację o ilości (masie) odpadów powstałych po mechaniczno-biologicznym przetworzeniu zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 19 12 12 niespełniających wymagań rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1052) przekazanych do składowania

preferuje oferenta lokalnego posiadającego własną instalację IZ i starającego się o uzyskanie statusu instalacji RIPOK, który jest w stanie dla własnych potrzeb, kiedy zostanie wybrany w przedmiotowym postępowaniu, takie dane przygotowywać.

Ponadto Odwołujący podnosi, że w przypadku, gdy ww. oferent lokalny przegra w przetargu nie będzie on zainteresowany udostępnianiem żądanych przez Zamawiającego informacji, a tym samym spowoduje, że Wykonawca nie będzie mógł tego warunku spełnić. Nie wywiązań się Wykonawcy z obowiązku przekazywania Zamawiającemu informacji, której nie udzieli jemu zarządzający instalacją, który ma w tym interes oraz nie ma ustawowego obowiązku, w cyklu miesięcznym przekazywania danych Wykonawcy, narazi Wykonawcę na nakładanie przez Zamawiającego na niego kar, a w konsekwencji na wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy świadczenia usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora III miasta Świdnica wraz z ich zagospodarowaniem. W związku z powyższym Zamawiający ma prawo żądać od Wykonawcy zarówno informacji związanych z dokonaną usługą odbioru odpadów komunalnych

zmieszanych, tj. informacji o ilości (masie) odebranych odpadów zmieszanych, jak i informacji związanych z zagospodarowaniem odebranych odpadów, tj.:

- informację o miejscu zagospodarowania odebranych odpadów zmieszanych,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów wysegregowanych w instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów oraz sposobie ich zagospodarowania,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów skierowanych do składowania, w tym również informację o ilości (masie) odpadów powstałych po mechaniczno-biologicznym przetworzeniu zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 19 12 12 niespełniających wymagań rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września

2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1052) przekazanych do składowania. Ponadto podkreślić należy, że art. 6d ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.) nakłada na prezydenta miasta obowiązek określenia w siwz w szczególności m.in. obowiązku prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem. Tak, więc nałożenie na Wykonawcę ww. obowiązku związanego z opracowywaniem raportów dotyczących sposobu zagospodarowania odpadów byłoby niezgodne z przepisami prawa. Obowiązek miesięcznego raportowania wynika natomiast z przyjętego w umowie miesięcznego cyklu rozliczania się za wykonaną usługę. Trudno, bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której Wykonawca otrzymywałby wynagrodzenia w cyklu miesięcznym, natomiast raportowanie wykonanej usługi następowałoby np. w cyklu kwartalnym. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że zgodnie z Uchwałą Nr XXXI/884/13 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 14 lutego 2013 r. w sprawie zmiany uchwały nr XXIV/617/12 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 27 czerwca 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami Komunalnymi dla Województwa Dolnośląskiego 2012 dla regionu południowego, w którym znajduje się Gmina Miasto Świdnica, zostały wyznaczone następujące instalacje:

- 1) regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK):
 - instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych: Bielawie, ul. Ceglanej 10,

- instalacja do przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów (kompostownia): Bielawa, ul. Ceglanej 10,
 - instalacja do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych (składowisko): Zawiszów 5, Świdnica,
- 2) instalacje przewidziane do zastępczej obsługi regionu (IZ):
- instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych: Zawiszów 5, Świdnica; Byszów - Gilów, Niemcza; Wałbrzych, ul. Beethovena,
 - instalacje do przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów (kompostownia): Wrocław, ul. Jerzmanowska 4-6; Jawor, ul. Słowackiego; Ciężny-Kostrzyca, Mysłakowice; Lubomierz, ul. Kargula i Pawlaka 16; Lubawka, ul. Zielona 30,
 - instalacje do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych (składowisko): Byszów -Gilów, Niemcza; Stary Jaworów, Jaworzyna Śląska; Wałbrzych, ul. Beethovena.

Powyższe wskazuje na to, że zarzut Odwołującego dotyczący preferowania przez Zamawiającego oferenta lokalnego, posiadającego własną instalację zastępczą, jest całkowicie niezasadny, gdyż zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.) podmiot odbierający odpady komunalne zmieszane zobowiązany jest przekazywać je do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych tak, więc w sytuacji gdy w regionie funkcjonuje RIPOK, oferent lokalny posiadający IZ nie może zagospodarowywać odpadów we własnej instalacji. Wyjątkiem może być jedynie wystąpienie awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, uniemożliwiającej odbieranie zmieszanych odpadów komunalnych - w takiej sytuacji odpady te podmiot może przekazać do instalacji zastępczej wskazanej w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.

Ponadto Odwołujący nie przedstawia w swoim żadnych danych, z których wnioskować można, że prowadzący którąkolwiek z instalacji będzie jego konkurentem w przetargu. W związku z powyższym jego sugestie są bezpodstawne.

Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że zlecając usługę łączną, tj. usługę, która polega na odbieraniu odpadów oraz ich zagospodarowaniu, Wykonawca, który chce przystąpić do postępowania, a nie posiada instalacji regionalnej, musi we własnym zakresie dojść do porozumienia z prowadzącym taką instalację. W takiej sytuacji uzgodnienie, z jaką częstotliwością prowadzący będzie przekazywał Wykonawcy niezbędne informacje dotyczące zagospodarowania odpadów musi nastąpić w układzie: Wykonawca ~ prowadzący instalację. Zamawiający ustalając natomiast miesięczny częstotliwość wynagradzania Wykonawcy nie dopuszcza, aby raportowanie wykonanej usługi, czyli jej dokumentowanie, następowało np. z częstotliwością kwartalną.

Ponadto Zamawiający informuje, że poprzez ustawę z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.), tj. art. 3b ust. 1 pkt 1 oraz art. 3c ust. 1 został zobowiązany do osiągnięcia poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości, co najmniej 50% wagowo oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Zważywszy natomiast, że dotychczas na terenie miasta Świdnica uzyskiwano bardzo niskie rezultaty selektywnej zbiórki oraz nie osiągnięto wyznaczonych przepisami prawa poziomów ograniczenia składowania odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, dane pozyskiwane comiesięcznie od Wykonawcy będą miały dla Zamawiającego niebagatelne znaczenie, gdyż będą przedstawiały efektywność nowego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie Świdnicy. Dane pozyskiwane z comiesięczną częstotliwością, w przypadku niskiej efektywności nowych rozwiązań, pozwolą Zamawiającemu odpowiednio wcześniej podjąć działania naprawcze, a tym samym uchronią Zamawiającego przed wydatkowaniem środków publicznych na opłacanie kar naliczanych za nie osiągnięcie ww. poziomów.

Zarzut 9:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. III pkt 2, iż poprzez żądanie od Wykonawcy comiesięcznych raportów dotyczących sposobu zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, które zawierać winny:

- informację o rodzaju i ilości (masie) odebranych odpadów selektywnie zebranych w systemie indywidualnym,
 - informację o rodzaju i ilości (masie) odebranych odpadów selektywnie zebranych w systemie zbiorowym,
 - informację o ilości (masie) odpadów poddanych poszczególnym sposobom ich zagospodarowania,
 - informację o miejscach zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych
- stawia niesformułowane wymaganie odrębnego odbierania odpadów selektywnie gromadzonych w systemie indywidualnym i zbiorowym, przez co w jawny sposób preferuje lokalnego wykonawcę, który posiada własną instalację na terenie miasta Świdnica lub na jego obrzeżach. Wg Odwołującego Wykonawca nie będący lokalnym przedsiębiorcą, dla zmniejszenia kosztów transportu zebranych odpadów selektywnych, będzie zmuszony do przekazania odpadów do instalacji lokalnej, ponieważ transport do innej instalacji będzie kosztowo nie do przyjęcia. Dodatkowo Odwołujący podnosi, że lokalna instalacja będąca we władaniu lokalnego przedsiębiorcy, który będzie również oferentem w przetargu, może

odmówić przyjęcia selektywnie zbieranych odpadów, co będzie skutkowało dla innych wykonawców koniecznością uwzględnienia wyższych kosztów transportu, a więc niekorzystnej oferty cenowej dla Zamawiającego.

Powyższy zarzut, dotyczący preferowania oferenta lokalnego, Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.) podmiot odbierający selektywnie zebrane odpady komunalne zobowiązany jest przekazywać je do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie o odpadach. Ustawa nie nakazuje, więc aby podmiot odbierający odpady zbierane selektywnie musiał przekazać je do RIPOK lub IZ. Rozwiązania logistyczne natomiast, w tym również znalezienie odbiorcy odpadów selektywnie zbieranych, należy do zadań Wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia oraz dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym jest w stanie w taki sposób zorganizować proces odbioru odpadów zbieranych selektywnie, aby przedstawić

konkurencyjną ofertę, nawet w sytuacji, gdyby odbioru odpadów z systemu indywidualnego i zbiorowego musiałby dokonywać dwoma pojazdami.

Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że w siwz zostały określone niezbędne i minimalne wymagania stawiane wobec Wykonawcy, a więc nic nie stoi na przeszkodzie, aby Wykonawca, który zamierza dokonywać odbioru odpadów zbieranych selektywnie w workach i pojemnikach 240 l jednym pojazdem wyposażyć ten pojazd w wagę samochodową, dzięki czemu w prosty sposób będzie mógł określić ilość odpadów odebranych w poszczególnych systemach selektywnej zbiórki.

Zarzut 10:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. III pkt 3, iż poprzez żądanie od Wykonawcy comiesięcznych raportów dotyczących sposobu zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych, mebli, zużytych opon, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, wielkogabarytowych opakowaniach ulegających biodegradacji oraz choinkach, które zawierać winny:

- informację ilości (masie) odebranych odpadów wielkogabarytowych i mebli,
- informację ilości (masie) odebranych zużytych opon,
- informację o ilości (masie) odebranego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,
- informację o ilości (masie) odebranych wielkogabarytowych opakowań ulegających biodegradacji oraz choinek,
- informację o miejscach i sposobie zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów preferuje oferenta lokalnego posiadającego własną instalację IZ i starającego się o uzyskanie statusu instalacji RIPOK, który jest w stanie dla własnych potrzeb, kiedy zostanie wybrany w przedmiotowym postępowaniu, takie dane przygotowywać.

Ponadto Odwołujący podnosi, że w przypadku, gdy ww. oferent lokalny przegra w przetargu nie będzie on zainteresowany udostępnianiem żądanych przez Zamawiającego informacji, a tym samym spowoduje, że Wykonawca nie będzie mógł tego warunku spełnić. Nie wywiązanie się Wykonawcy z obowiązku przekazywania Zamawiającemu informacji, której nie udzieli jemu zarządzający instalacją, który ma w tym interes oraz nie ma ustawowego obowiązku, w cyklu miesięcznym

przekazywania danych Wykonawcy, narazi Wykonawcę na nakładanie przez Zamawiającego na niego kar, a w konsekwencji na wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego.

Powyższy zarzut, dotyczący preferowania oferenta lokalnego, Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż wymagane przez Zamawiającego informacje w żaden sposób nie są powiązane z koniecznością pozyskania jakichkolwiek dodatkowych informacji, do których dostęp miałby wyłącznie oferent lokalny posiadający własną IZ, ponad informacje oczywiste dla Wykonawcy świadczącego usługę, takie jak ilość, rodzaj i miejsce przekazania odebranych odpadów komunalnych, tj. odpadów wielkogabarytowych, mebli, zużytych opon, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, wielkogabarytowych opakowaniach ulegających biodegradacji oraz choinek.

Obowiązek miesięcznego raportowania wynika z przyjętego w umowie miesięcznego cyklu rozliczania się za wykonaną usługę. Niedopuszczalna przez Zamawiającego byłaby sytuacja, w której Wykonawca otrzymywałby wynagrodzenia w cyklu miesięcznym, natomiast raportowanie a więc i dokumentowanie wykonanej usługi następowałoby np. w cyklu kwartalnym.

Ponadto Zamawiający zaznacza, że spośród ww. odpadów, tj. odpadów wielkogabarytowych, mebli, zużytych opon, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, wielkogabarytowych opakowaniach ulegających biodegradacji oraz choinek wyłącznie odpady zielone, czyli choinki podlegają obowiązkowi przekazania do RIPOK, przy czym instalacja taka dla regionu południowego wyznaczona została w Bielawie przy ul. Ceglanej 10 tak, więc nie jest to instalacja lokalna. Pozostałe odpady natomiast Wykonawca zobowiązany jest przekazać do dowolnie przez niego wybranej instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) oraz ustawą z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2005 r. Nr 180, poz. 1495 z późn. zm.).

Zarzut 11:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. III pkt 7, iż poprzez żądanie od Wykonawcy miesięcznych raportów w terminie 14 dni od

zakończenia danego miesiąca zawierających informacje związane z zakresem świadczonej usługi, a w szczególności:

- wynikające z pkt 1 rozdziału III siwz,
- wynikające z pkt 2 rozdziału III siwz,
- wynikające z punktu 3 rozdziału III siwz,
- dowodów dostarczenia odpadów do miejsca ich zagospodarowania, tj. karty ewidencji odpadów lub karty przekazania odpadów, pokwitowania z wagi itp. (kserokopie potwierdzone za zgodność z oryginałem),
- wskazania nieruchomości, na których nie jest prowadzona selektywna zbiórka odpadów komunalnych wg zasad określonych w Uchwale nr XIX/232/2012 Rady Miejskiej Świdnicy z dnia 20 sierpnia 2012r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Świdnica,
- wskazania nieruchomości, na których obok pojemników na odpady pozostawiono odpady wielkogabarytowe, wielkogabarytowy zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte opony samochodowe i wielkogabarytowe opakowania ulegające biodegradacji poza wyznaczonymi terminami ich zbiórki oraz odpady budowlane i rozbiórkowe,
- wskazania nieruchomości, na których notorycznie powstają tzw. „nadwyżki”,
- wskazania nieruchomości, z których nie odebrano odpadów komunalnych ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą,
- wskazania nieruchomości, które nie zostały wyposażone w worki do selektywnej zbiórki odpadów ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą,
- inne informacje istotne ze względu na zapisy niniejszej siwz

działa niezgodnie z art. 9n ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.), gdyż podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do sporządzania kwartalnych sprawozdań, natomiast obowiązek przekazania sprawozdania wyznaczony został w ust. 2 tego samego artykułu na koniec miesiąca następującego po kwartale, którego dotyczy. Ponadto Odwołujący stwierdza, że treść sprawozdań wynikających z ustawy pokrywa się z treścią raportów, których żąda Zamawiający.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, że w niektórych sytuacjach może występować tak mała ilość odpadów (np. opony), że nie będzie ilości tzw. transportowej oraz że RIPOK-i nie są zobowiązane żadnym przepisem do wydawania stosownych dokumentów w trybie miesięcznym.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny gdyż art. 6d ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.) nakłada na prezydenta miasta obowiązek określenia w siwz w szczególności m.in. obowiązku prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem. Tak, więc nałożenie na Wykonawcę ww. obowiązku związanego z opracowywaniem raportów dotyczących sposobu zagospodarowania odpadów byłoby niezgodne z przepisami prawa. Obowiązek miesięcznego raportowania wynika natomiast z przyjętego w umowie miesięcznego cyklu rozliczania się za wykonaną usługę. Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której Wykonawca otrzymywałby wynagrodzenia w cyklu miesięcznym, natomiast raportowanie wykonanej usługi, czyli jej dokumentowanie, następowałoby np. w cyklu kwartalnym.

Zakres informacji, które Zamawiający wymaga od Wykonawcy w comiesięcznych raportach, o których mowa w rozdz. III pkt 7 siwz nie jest tożsamy z zakresem sprawozdania kwartalnego, jakie podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi) na podstawie art. 9n ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.), ani tym bardziej nie zwalnia podmiotu odbierającego odpady i świadczącego jednocześnie usługi dla Zamawiającego z obowiązku złożenia ww. sprawozdania. Stwierdzenie przez Odwołującego, że zakres raportu wymaganego przez Zamawiającego w siwz oraz zakres sprawozdania wynikający z art. 9n ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.) świadczyć może natomiast o tym, że Odwołujący nie dołożył należytej staranności przy zapoznaniu się z treścią siwz lub nie zna zapisów ww. ustawy.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest świadczenie usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z sektora III miasta Świdnica, wobec czego

Wykonawca odpowiada nie tylko za wykonanie usługi odbierania odpadów komunalnych, ale również za wykonanie usługi zagospodarowania tych odpadów.

Odnosząc się natomiast do stwierdzenia Odwołującego, że w niektórych sytuacjach może występować tak mała ilość odpadów (np. opony), że nie będzie ilości tzw. transportowej Zamawiający informuje, że nie ma żadnych przeciwwskazań, zarówno ustawowych, jak i wynikających ze swiz, aby w sytuacjach takich Wykonawca w ramach gospodarowania odebranymi odpadami dokonywał tymczasowego magazynowania odpadów zebranych selektywnie (np. opon), do czasu zebrania tzw. ilości transportowej.

Ponadto Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) posiadacz odpadów obowiązany jest do prowadzenia na bieżąco ich ilościowej i jakościowej ewidencji. Z kolei art. 69 ust. 3 ustawy stanowi, że: „Posiadacz odpadów, który przejmuje odpady od innego posiadacza, jest obowiązany potwierdzić przyjęcie odpadów na karcie przekazania odpadów wypełnionej przez posiadacza, który przekazuje te odpady, niezwłocznie po jej otrzymaniu”. Natomiast art.69 ust. 5 ww. ustawy dopuszcza w określonych sytuacjach sporządzanie zbiorczej karty przekazania odpadów, obejmującej odpady danego rodzaju przekazywane łącznie w okresie miesiąca kalendarzowego, przy czym kartę tą sporządza się niezwłocznie w ciągu miesiąca, którego dotyczy. Karta przekazania odpadów zawiera natomiast większość, chociaż nie wszystkie, wymaganych w raporcie informacji: rodzaj odpadu, kod odpadu, masa przekazanych odpadów, rodzaj procesu przetwarzania, miejsce przekazania.

Zarzut 12:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. III pkt 2, iż poprzez żądanie od Wykonawcy odśnieżania w okresie zimowym miejsc ustawienia pojemników do selektywnego zbierania, jak i terenu wokół tych pojemników preferuje lokalnego przedsiębiorcę, który na podstawie odrębnych umów świadczy na terenie miasta Świdnica usługi z zakresu utrzymania czystości chodników i posesji, co znacznie ułatwi mu spełnienie tego warunku, a nie mając interesu w ponownej wycenie tego zakresu prac stoi od samego początku w uprzywilejowanej pozycji w przedmiotowym postępowaniu. Wg Odwołującego, w przypadku wygrania przetargu przez takiego lokalnego przedsiębiorcę zachodzi domniemanie korzyści wynikającej

z już uregulowanej kwestii utrzymania czystości i odśnieżania terenu wokół pojemników.

Zamawiający wnioskuję o uznanie powyższego zarzutu za bezzasadny, ponieważ Odwołujący opiera się w nim na daleko posuniętym domniemaniu, nie przedkładając jednocześnie żadnych dowodów świadczących o tym, że jakkolwiek oferent lokalny posiadający wpis do rejestru działalności regulowanej oraz spełniający warunki określone w siwz świadczy na terenie miasta usługi związane z utrzymaniem czystości i porządku na terenie posesji, a w szczególności wokół pojemników do selektywnej zbiórki odpadów i, że świadczenie tych usług nie jest jednocześnie związane z usługą odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości. Natomiast, z informacji i wiedzy, jaką posiada Zamawiający, czynności takie, z reguły wykonuje podmiot świadczący usługę odbierania odpadów komunalnych. Jako przykład Zamawiający wskazuje umowę na korzystanie z usług wywozu nieczystości zawartą pomiędzy zakładem budżetowym Gminy Miasto Świdnica, tj. Miejskim Zarządem Nieruchomości z siedzibą w Świdnicy przy ul. Łukasieńskiego 7, a firmą ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu przy ul. Piasta 19 (czyli Odwołującym). Wg ww. umowy Wykonawca (Odwołujący) zobowiązany jest m.in. do wyposażenia nieruchomości w pojemniki do gromadzenia nieczystości stałych niesegregowanych i segregowanych, oczyszczania miejsc ustawienia pojemników oraz miejsc zaśmiecanych przy załadunku nieczystości do samochodów, a także zbierania wszystkich nieczystości stałych komunalnych, leżących obok przepelnionych pojemników.

Ponadto Zamawiający nie widzi przeszkód, aby Wykonawca do części zamówienia polegającego na np. odśnieżaniu terenów wokół pojemników do selektywnej zbiórki zaangażował, jako podwykonawcę, inny podmiot, np. lokalny.

Zarzut 13:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. V, iż poprzez żądanie od Wykonawcy, aby dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn.:

a) minimum 1 osobą nadzoru posiadającą, co najmniej wykształcenie średnie oraz minimum trzyletnie doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z organizacją i logistyką odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości (zarządzanie transportem) oraz nadzorowaniem jakości wykonywanych prac,

b) minimum 7 osobami, które będą wykonywać bezpośrednio przedmiot zamówienia (tj. operatorzy sprzętu, kierowcy, ładowacze),

c) wykaże, że wielkość średniego rocznego zatrudnienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wynosi minimum 15 osób

bez sprecyzowania liczby kierowców, ładowaczy itd. daje możliwość dowolnej interpretacji i nieporównywalność ofert, jak również świadczy o tym, że zarówno oferta jak i sam Wykonawca mogą nie odpowiadać wymaganiom wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Odwołujący stwierdza, że żądanie w zakresie dysponowania średniorocznym zatrudnieniem na poziomie 15 osób jest nieuzasadnione z punktu widzenia konieczności dysponowania 8 osobowym zespołem i nieuzasadnione z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, do zatrudnienia, którego wymagana może być znacznie większe zaangażowanie zasobów ludzkich. Odwołujący zarzuca, więc Zamawiającemu, iż w tym zakresie nie przeprowadził żadnej analizy, a zbyt ogólne i niedoszacowane wymagania spowodują wybór Wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia. Tym samym wg Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż Zamawiający określił w swiz jedynie minimalne wymagania dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Celowo również Zamawiający nie narzucił Wykonawcy, na jakich stanowiskach pracy winien zatrudnić poszczególne osoby bezpośrednio wykonujące zamówienie. Zamawiający nie odpowiada, bowiem za organizację pracy przez Wykonawcę, ani tym bardziej nie zamierza wchodzić w kompetencje Wykonawcy, decydując np. o ilości osób zatrudnianych na stanowisku kierowcy. Takie, bowiem działanie mogłoby narazić Wykonawcę na zatrudnienie określonej liczby osób na stanowisku, które nie wymaga takiej obsady.

Różnica pomiędzy niezbędnym, minimalnym zespołem osób, jakim winien dysponować Wykonawca (minimum 8 osób), a wymaganą wielkością średniorocznego zatrudnienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (minimum 15 osób) wynika z faktu, że Zamawiający chce zawrzeć umowę z Wykonawcą posiadającym znaczne doświadczenie, potencjał osobowy i

logistyczny. Zamawiający ma świadomość, że Wykonawca spełniający wymagania określone w siwz będzie świadczył usługi nie tylko dla niego, ale również dla innych podmiotów stąd też wymaga, aby wielkość średniorocznego zatrudnienia u Wykonawcy była większa od liczby osób, które zaangażowane będą do świadczenia usługi dla Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że poddawanie przez Odwołującego w wątpliwość wymogów dotyczących średniorocznego zatrudnienia u Wykonawcy ponad minimalną ilość osób wymaganą do realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z wielokrotnie formułowanym przez Odwołującego zarzutem, jakoby Zamawiający preferował lokalne, w domyśle -niewielkie firmy.

Zarzut 14:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. V pkt 3 ppkt 1 lit d, iż poprzez żądanie od Wykonawcy, aby dysponował już na etapie składania oferty sprawnymi technicznie i o estetycznym wyglądzie pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych wykonanymi z laminatów poliestrowych wzmocnianych włóknem szklanym (pojemniki typu „dzwon”) lub tworzywa PEHD (pojemniki typu MGB) o szczelnej konstrukcji, wyposażonymi w otwory wrzutowe dostosowane do rodzaju i wielkości odpadów, na które są przeznaczone (pojemniki typu „dzwon”) lub wieka (pojemniki typu MGB) i w określonej przez Zamawiającego kolorystyce, tj.:

- pojemnikami w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 2500 l - minimum 17 szt.,
- pojemnikami w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 1500 l -minimum 19 szt,
- pojemnikami w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 240 l - minimum 22 szt.,
- pojemnikami w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 2500 l - minimum 17 szt.,
- pojemnikami w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 1500 l - minimum 19 szt.,

- pojemnikami w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 240 l - minimum 22 szt.,
- pojemnikami w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 2500 l - minimum 17 szt.,
- pojemnikami w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 1500 l - minimum 19 szt.,
- pojemnikami w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 240 l - minimum 22 szt.

jest wymogiem przedwymiarowym w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia i odbieranym przez Odwołującego, jako preferowanie dotychczasowego wykonawcy i czyn ograniczający równe szanse wykonawców.

Zdaniem odwołującego posiadanie tych pojemników w określonym terminie po podpisaniu umowy w pełni zabezpieczyłoby interesy Zamawiającego i nie narażało pozostałych wykonawców na ponoszenie niepotrzebnych kosztów. Dodatkowo Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w nadmierny sposób ingeruje w sposób odbioru odpadów, narzucając typy pojemników do selektywnej zbiórki odpadów. Podanie konkretnych cech jak „wykonanymi z laminatów poliestrowych wzmacnianych włóknem szklanym (pojemniki typu „dzwon”) o pojemności 2500 l lub o pojemności 1500 l” wg Odwołującego preferuje lokalnego przedsiębiorcę, który będzie oferentem w przetargu, a dodatkowo aktualnie obsługującego odbiór odpadów segregowanych takimi właśnie pojemnikami. Wg Odwołującego Oferent, który nie posiada tego typu pojemników, a które są wymagane w dniu składania oferty, a posiada inne pojemniki spełniające wszystkie wymagania w zakresie zastosowania do selektywnej zbiórki i posiadają pojemność 2500 l, ale nie są wykonane z laminatów poliestrowych wzmacnianych włóknem szklanym, jest narażony na dodatkowe znaczne koszty w stosunku do oferenta aktualnie realizującego usługę, co będzie skutkowało niekorzystną, droższą ofertą. Zdaniem odwołującego dla selektywnej zbiórki odpadów, jej skuteczności i uzyskania wymaganych ustawowo poziomów odzysku nie mają znaczenia rodzaje materiałów, z których wykonane są pojemniki natomiast mają decydujące znaczenie dla jednego z oferentów, w tym przypadku oferenta, który takie pojemniki już posiada i są one ustawione w na mieście w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego. Wobec

powyższego Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż Zamawiający w rozdz. V pkt 3 siwz wymaga od Wykonawcy dysponowania, a nie posiadania, odpowiednim potencjałem technicznym, w tym m.in. pojemnikami do selektywnej zbiórki odpadów. Art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych określa, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego musi posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Należy więc rozróżnić pojęcie posiadania od pojęcia dysponowania. Według przepisów kodeksu cywilnego posiadanie jest to stan faktyczny władztwa nad rzeczą, przy czym art. 336 Kodeksu cywilnego wyróżnia posiadanie samoistne („posiadaczem rzeczy jest ten, kto włada nią jak właściciel”) oraz posiadanie zależne („ten, kto włada nią, jako użytkownik, zastawnik, najemca lub mający inne prawo, z którym wiąże się określone władztwo nad cudzą rzeczą”). Z przytoczonego przepisu wynika, iż na posiadanie składają się dwa elementy: fizyczne władztwo nad rzeczą i zamiar władania nią dla siebie (por. J. Ignatowicz, w: Kodeks cywilny. Komentarz, 11, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1972, s. 768-769, A. Kunicki, w: System ..., s. 830, E. Skowrońska- Bocian, w: Kodeks cywilny, Komentarz, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 1999, s. 681).

Dysponowanie natomiast nie jest wprost uregulowane przepisami Kodeksu cywilnego, lecz rozumie się je jako realną możliwość skorzystania z rzeczy. W związku z tym określenie to dotyczy zupełnie innej sytuacji niż posiadanie. Posiadanie zawiera, bowiem zawsze w swojej treści dysponowanie rzeczą, natomiast nie w każdej sytuacji dysponowanie musi być tożsame z posiadaniem. Dysponowanie jest pojęciem szerszym od posiadania, w szczególności zaś dysponujący rzeczą nie musi nią władać, lecz tylko mieć realną możliwość skorzystania z niej. W rzeczywistości, więc Wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie musi posiadać fizycznie pojemników do selektywnej zbiórki odpadów określonych przez Zamawiającego w chwili składania oferty, lecz musi nimi dysponować, wskazując jednocześnie podstawę dysponowania, np. najem, leasing lub zapewnić sobie dysponowanie np. poprzez wypożyczenie.

Całkowicie niezrozumiałe natomiast dla Zamawiającego jest zarzucanie, iż nadmiernie ingeruje w sposób odbioru odpadów, narzucając typy pojemników do selektywnej zbiórki odpadów oraz podanie ich konkretnych cech w sytuacji, gdy we wcześniejszej części odwołania Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak określenia szczegółowych parametrów dotyczących worków do selektywnej zbiórki odpadów. Takie zachowanie Odwołującego wskazuje jednoznacznie, że nie ocenia On zapisów siwz w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż formułując ww. zarzuty stara się, aby siwz została dostosowana do jego własnych potrzeb. Zdaniem Zamawiającego szczegółowe określenie materiału, z jakiego winny zostać wykonane pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów stawia wszystkich Wykonawców przystępujących do prowadzonego postępowania przed identycznym wyzwaniem. Niebagatelne znaczenie w tej sytuacji ma również fakt, że pojemniki wykonane z laminatów poliestrowych wzmocnianych włóknem szklanym cechują się najwyższą trwałością są sztywne i odporne na uszkodzenia mechaniczne oraz warunki atmosferyczne, praktycznie niepalne, lekkie i nie korodują. Cechy te mają dla Zamawiającego istotne znaczenie. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że w chwili obecnej nie prowadzi na terenie Gminy Miasto Świdnica selektywnej zbiórki odpadów w systemie zbiorowym, poza usługą, która świadczona jest na rzecz zasobu komunalnego miasta Świdnica. Usługa ta natomiast, jak wcześniej wskazano w odpowiedzi na zarzut 12, świadczona jest przez Odwołującego. W zupełnej sprzeczności jest, więc stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający preferuje lokalnego przedsiębiorcę, który będzie oferentem w przetargu, a dodatkowo aktualnie obsługuje odbiór odpadów segregowanych żądanymi przez Zamawiającego w siwz pojemnikami. Zamawiający domniema, bowiem, że pod określeniem „lokalny przedsiębiorca” Odwołujący rozumie innego przedsiębiorcę, niż siebie samego. Ponadto Zamawiający wyjaśnia, że w załączniku nr 2 do projektu umowy będącej jednocześnie załącznikiem nr 9 do siwz wskazał 58 lokalizacji dla pojemników do selektywnej zbiórki, z czego tylko w 8 ze wskazanych lokalizacji znajdują się obecnie pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów.

Zarzut 15:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, na podstawie analizy siwz, tj. rozdz. XIV pkt 8, iż poprzez żądanie od Wykonawcy obowiązku uzyskania od Zamawiającego zgody na zawarcie umów z podwykonawcami ogranicza swobodę działalności

gospodarczej. Dodatkowo Odwołujący stwierdza, iż załączniku nr 10 do siwz Zamawiający wymaga od Wykonawcy wymienienia podwykonawców. Zdaniem odwołującego takie żądanie Zamawiającego może doprowadzić do braku możliwości świadczenia umowy zgodnie z ofertą i będzie sprzeczne z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, ponieważ w prowadzonym postępowaniu Zamawiający wymaga świadczenia usługi na bardzo wysokim poziomie jakościowym, dlatego też chce mieć pewność, że treść umowy lub umów, jakie Wykonawca zawrze z podwykonawcami nie będzie w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że w załączniku nr 10 do siwz Wykonawca ma wskazać wyłącznie części zamówienia, które których realizację zamierza powierzyć podwykonawcom, a nie jak stwierdził Odwołujący - konkretnych podwykonawców. Taka postawa Odwołującego ponownie sugeruje, że Odwołujący nie dołożył należytej staranności przy zapoznaniu się z treścią siwz.

Zarzut 16:

Odwołujący na podstawie analizy § 1 ust. 4 projektu umowy zarzuca Zamawiającemu, że w sposób nieuprawniony stosuje zapis zmniejszający przyszłe wynagrodzenie nie definiując dokładnie sposobu takiego obniżenia oraz odpowiedniego algorytmu, czym stwarza sposobność do prowadzenia negocjacji nt. nieuregulowanego w umowie poziomu obniżenia ceny, co jest niezgodne z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgadza się z ww. stanowiskiem Odwołującego gdyż art. 144 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych dopuszcza zmiany postanowień umowy pod warunkiem, że Wykonawca przewidział możliwość takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz oraz określił warunki takiej zmiany.

Zamawiający natomiast w rozdz. XVIII pkt 2 umieścił katalog okoliczności, dla których przewiduje zmiany umowy, w tym m.in. odstąpienie na wniosek Zamawiającego od realizacji części zamówienia i związanej z tym zmiany wynagrodzenia, pod warunkiem wystąpienia obiektywnych okoliczności, których Zamawiający nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania postępowania, a które powodują że wykonanie przedmiotu zamówienia bez ograniczenia zakresu zamówienia powodowałoby dla Zamawiającego niekorzystne skutki z uwagi na zamierzony cel realizacji przedmiotu

zamówienia i związane z tym racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Warunki takiej zmiany zostały natomiast określone zarówno w rozdz. III siwz, jak i w § 1 ust. 4 projektu umowy, gdzie Zamawiający dopuszcza zmianę wysokości wynagrodzenia w sytuacji, gdy liczba mieszkańców sektora III wzrośnie lub zmniejszy się o 3% w stosunku do liczby mieszkańców podanej w siwz.

Z analizy danych demograficznych, którymi dysponuje Zamawiający oraz danych udostępnianych przez Główny Urząd Statystyczny dla Miasta Świdnica, a które to dane Zamawiający przedstawił Wykonawcom w siwz w rozdz. III, Tabela 2 nie wynika natomiast, aby możliwa była zmiana liczby mieszkańców Świdnicy w latach 2013 - 2014 powyżej lub poniżej progu określonego przez Zamawiającego, tj, +/- 3%, dlatego też Zamawiający nie przedstawił w projekcie umowy algorytmu, o którym mówi Odwołujący.

Zarzut 17:

Odwołujący na podstawie analizy § 10 projektu umowy, a konkretnie pkt 4, 5, 6 oraz pkt 10 lit. d, które stanowią, iż Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne:

- za brak właściwego oznakowania pojazdów służących do odbioru i transportu odpadów komunalnych oraz pojemników i worków do selektywnej zbiórki odpadów - 100,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- za brak za brak właściwego wyposażenia pojazdów służących do odbioru i transportu odpadów komunalnych oraz brak właściwego wyposażenia bazy magazynowo-transportowej - 1 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- za brak właściwego stanu sanitarnego pojazdów do odbioru i transportu odpadów -500,00 zł za każdy stwierdzony przypadek,
- brak właściwego stanu sanitarnego, technicznego lub estetycznego pojemników do selektywnej zbiórki odpadów - 200,00 zł za każdy stwierdzony przypadek zarzuca Zamawiającemu, iż naliczenie ww. kar nie jest możliwe z powodu braku właściwego i precyzyjnie opisującego wymagania w tym zakresie dokumentu odniesienia w siwz, a tym samym może prowadzić do nieprawnych działań Zamawiającego.

Tymczasem Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z § 1 ust. 7 pkt 1 projektu umowy integralną częścią umowy jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Analizując natomiast siwz, Wykonawca zainteresowany udziałem w prowadzonym postępowaniu dowiadyuje się, że:

- pojazdy biorące udział w pracach objętych przedmiotem zamówienia muszą być trwale i czytelnie oznakowane w widocznym miejscu nazwą lub logo firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu (rozd. V pkt 3, uwaga 1 na stronie 22),
- worki do selektywnej zbiórki odpadów muszą posiadać oznaczenia określające rodzaj frakcji odpadów, które należy w nich umieszczać oraz frakcji odpadów, których nie należy umieszczać. Oznaczenia muszą być dokonane zarówno w formie pisemnej w języku polskim, jak i w formie graficznej (...). Dodatkowo worki do selektywnej zbiórki odpadów muszą zawierać nazwę lub logo firmy odbierającej odpady oraz logo Czysta Świdnica (rozd. III pkt 2 na stronie 11),
- pojemniki do selektywnego zbierania odpadów muszą posiadać oznaczenia określające rodzaj frakcji odpadów, które należy w nich umieszczać oraz frakcji odpadów, których nie należy umieszczać. Oznaczenia muszą być dokonane zarówno w formie pisemnej w języku polskim, jak i w formie graficznej. Dodatkowo pojemniki do selektywnego zbierania odpadów muszą zawierać nazwę lub logo firmy odbierającej odpady oraz logo Czysta Świdnica (rozd. III pkt 2 na stronie 13),
- pojazdy biorące udział w pracach będących przedmiotem zamówienia muszą być wyposażone na koszt Wykonawcy w system: wideorejestracji obrazu z możliwością przekazu na żywo, monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiającym trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu i miejscach postoju, czujników zapisujących dane o miejscach wylądunku pojazdów (rozd. V pkt 3, uwaga 2 na stronie 22); dodatkowo pojazdy muszą być wyposażone w sprzęt do ręcznego uprzątnięcia odpadów, które zostały wysypane z pojemników w trakcie ich opróżniania, a samochód przeznaczony do odbioru odpadów segregowanych zbieranych w pojemnikach o pojemności 2,5 m³ i 1,5 m³ -w hydrauliczny dźwig samochodowy (HDS) o minimalnym wysięgu 5 m i udźwigu 900 kg (rozd. V pkt 3 ppkt 1 na stronie 21),
- baza magazynowo-transportowa musi być wyposażona odpowiednio w: pomieszczenie/a administracyjno-socjalne dla pracowników, zaplecze biurowe dla pracownika/ów odpowiedzialnego za prowadzenie dokumentacji związanej z przedmiotem zamówienia, wyposażone w szczególności w sieć telekomunikacyjną i Internet, miejsca przeznaczone do parkowania minimum 5 pojazdów do odbierania

odpadów komunalnych, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, miejsca do magazynowania selektywnie zbierania odpadów z grupy odpadów komunalnych, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych, zgodnie z obowiązującymi przepisami, legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku, gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów, punkt bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów oraz miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów i pojemników na odpady, zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, zgodnie z obowiązującymi przepisami - o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo-transportowej (rozdz. V pkt 3 ppkt 2, lit. e na stronie 22); dodatkowo baza magazynowo-transportowa musi być zabezpieczona w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym oraz wyposażona w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych (...) zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (rozdz. V pkt 3, uwaga 4 na stronie 23),

- pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów muszą być poddawane systematycznemu myciu na zewnątrz oraz co najmniej dwukrotnemu w ciągu roku myciu wewnątrz i dezynfekcji (w miesiącach: kwiecień i październik); ponadto Wykonawca odpowiada za utrzymanie pojemników we właściwym stanie technicznym i estetycznym, a w przypadku ich trwałego uszkodzenia zobowiązany jest do ustawienia nowych pojemników (rozdz. III pkt 2, akapit ostatni na stronie 13).

Dodatkowo Wykonawca zainteresowany udziałem w prowadzonym postępowaniu analizując projekt umowy dowiadyuje się, że zobowiązany jest do zapewnienia właściwego stanu sanitarnego pojazdów do odbioru i transportu odpadów, w tym mycia pojazdów do transportu odpadów zmieszanych zarówno z zewnątrz, jak i wewnątrz minimum jeden raz na tydzień (§ 5 pkt 2).

Tak więc zarzut Odwołującego Zamawiający wnioskuje uznać za bezpodstawny, ponieważ wszystkie wymagania Zamawiającego zostały właściwie i precyzyjnie opisane w siwz lub projekcie umowy. Zarzut stawiany natomiast przez Odwołującego po raz kolejny sugeruje natomiast, że Odwołujący nie dołożył należytej staranności przy zapoznaniu się z treścią siwz.

Zarzut 18:

Odwołujący na podstawie analizy § 5 pkt 7 projektu umowy, który stanowi, iż Wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania dyżurów w dni ustawowo wolne od pracy w taki sposób, aby możliwy był kontakt Zamawiającego z Wykonawcą w tych dniach oraz, w przypadku wystąpienia zdarzeń nagłych i nieprzewidzianych, a zagrażających życiu, zdrowiu i bezpieczeństwu ludzi lub porządkowi publicznemu, podejmowanie przez Wykonawcę w tych dniach działań zapewniających utrzymanie właściwej jakości świadczonych usług, bez dodatkowego wynagrodzenia, zarzuca Zamawiającemu, że poprzez ogólnie sformułowany warunek powoduje praktycznie konieczność ciągłej pracy w dniu wolne od pracy, a żądanie działania bez dodatkowego wynagrodzenia świadczy o braku możliwości określenia wynagrodzenia w ofercie, które mając charakter ryczałtowego bez wyodrębnionych cen za poszczególne zdarzenia, nie daje możliwości Wykonawcy do złożenia oferty.

Powyższy zarzut Zamawiający wnioskuje uznać za bezzasadny, gdyż Zamawiający ma prawo do określenia sposobu wynagradzania Wykonawcy, tj. wynagradzania ryczałtowego lub wynagradzania kosztorysowego. Dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zdecydował o wyborze wynagradzania ryczałtowego, którego cechą charakterystyczną jest jego stałość, a rzeczywisty rozmiar prac wykonanych w następstwie udzielenia zamówienia publicznego nie ma wpływu na określoną w umowie wysokość ceny. Zamawiającemu przysługuje również prawo do żądania od Wykonawcy wykonywania określonych czynności opisanych w umowie, natomiast sposób organizacji pracy przez Wykonawcę należy do jego obowiązków. Jeżeli więc Wykonawca uzna, że warunek postawiony przez Zamawiającego powoduje konieczność ciągłej pracy w dni wolne od pracy to przy wycenie usługi winien skalkulować koszty pracy w tych dniach, których liczba w ciągu danego roku jest ogólnie znana. Zdaniem Zamawiającego przedsiębiorca posiadający doświadczenie w zakresie świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych jest w stanie wycenić koszty takiej usługi.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia

stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

We wstępie do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego

problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie

dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z

których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerwienie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Odnosnie powyższego generalnie zaznaczyć należy, iż odwołujący nie wykazał, czy nawet nie starał się wykazywać w ramach podniesionych przez siebie zarzutów, naruszenia zasady uczciwej konkurencji w jej aspekcie podmiotowym, tj. porównywalności sytuacji różnych

wykonawców w ramach niniejszego postępowania i ich równego traktowania. Nie wywodził, iż kwestionowane postanowienia SIWZ faworyzują określonych wykonawców względem innych. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają jednak ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami o charakterze *iuris cogentis* regulującymi stosunki umowne danego typu, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ k.c..

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności,

za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiedzialność świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w

prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

Oceniając, w świetle rozważań poczynionych powyżej, poszczególne, zakwestionowane postanowienia specyfikacji i kolejno odnosząc się do dotyczących ich zarzutów odwołania, Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje.

Według rozdz. I pkt 1 SIWZ:

Odbieranie odpadów komunalnych zmieszanych z nieruchomości zamieszkałych wraz z ich zagospodarowaniem w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów, lub instalacji zastępczej, na zasadach określonych w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.)

W ramach odbioru zmieszanych odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest odebrać wszystkie odpady komunalne umieszczone w pojemnikach na odpady zmieszane oraz odpady komunalne wystawione np. w workach (tzw. nadwyżki), przy pojemnikach na odpady zmieszane, a także odpady, które zostały wysypane z pojemników w trakcie ich opróżniania, wywiane lub wyrzucone przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu).

Odbiór odpadów zmieszanych nie obejmuje odpadów wielkogabarytowych, wielkogabarytowego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zużytych opon samochodowych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych wystawionych przy pojemnikach na odpady.

Częstotliwość odbioru zmieszanych odpadów komunalnych ustala się na:

zabudowa jednorodzinna – jeden raz na tydzień,

zabudowa wielorodzinna – do trzech razy na tydzień.

W przypadku zabudowy wielorodzinnej Wykonawca musi dostosować częstotliwość odbioru odpadów zmieszanych do wielkości pojemników ustawionych dla danej nieruchomości, liczby osób korzystających z pojemników oraz ilości wytwarzanych odpadów, przy czym odbiór nie może odbywać się rzadziej niż jeden raz na tydzień.

Odbiór odpadów z pojemników Wykonawca zobowiązany jest dokonać z miejsca ustawienia tych pojemników, wskazanego przez właściciela nieruchomości, a po opróżnieniu pojemnika Wykonawca zobowiązany jest dokonać odstawienia pojemnika w to samo miejsce.

Wykonawca zobowiązany jest do każdorazowego sprawdzenia zawartości pojemnika na zmieszane odpady komunalne, a w przypadku stwierdzenia, że w pojemniku znajdują się odpady, których obowiązek selektywnego zbierania wynika z Uchwały nr XIX/232/2012 Rady Miejskiej Świdnicy z dnia 20 sierpnia 2012 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Świdnica - do udokumentowania tego faktu oraz niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego, wraz ze wskazaniem adresu nieruchomości.

Ponadto Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego informowania Zamawiającego o wszelkich nieprawidłowościach stwierdzonych w trakcie świadczenia usługi, a w szczególności i stwierdzonych przypadkach:

pozostawienia przy pojemnikach na odpady odpadów wielkogabarytowych, wielkogabarytowego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zużytych opon

samochodowych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych (poza terminami tzw. „wystawek”),

notorycznego powstawania tzw. „nadwyżek” na danych nieruchomościach,

niemożności odebrania z nieruchomości odpadów komunalnych zmieszanych ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą.

Wyposażenie nieruchomości w pojemniki do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych należy do obowiązków właścicieli nieruchomości, niemniej jednak Wykonawca zobowiązany jest dysponować taką ilością pojemników, aby zapewnić ich wynajem (lub oddanie w inną formę użytkowania) wszystkim zainteresowanym właścicielom nieruchomości zamieszkałych w obrębie sektora I.

Odpady komunalne zmieszane oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania Wykonawca zobowiązany jest przekazać do zagospodarowania do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych lub instalacji zastępczej wskazanej w Uchwale nr XXIV/617/12 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 27 czerwca 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego 2012 oraz uchwałach zmieniających, na zasadach określonych w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z póź. zm.) oraz zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2013 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21).

Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania comiesięcznego raportów o sposobie zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, które zawierać będzie:

- informację o ilości (masie) odebranych odpadów zmieszanych,
- informację o miejscu zagospodarowania odebranych odpadów zmieszanych,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów wysegregowanych w instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów oraz sposobie ich zagospodarowania,
- informację o ilości (masie) i rodzaju odpadów skierowanych do składowania, w tym również informację o ilości (masie) odpadów powstałych po mechaniczno-biologicznym przetworzeniu zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 19 12 12 niespełniających wymagań rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r. poz. 1052) przekazanych do składowania.

Zarzuty względem wynikającego z przytoczonych wyżej postanowień SIWZ zobowiązania do odebrania wszystkich odpadów komunalnych oraz odbierania pojemników z nieokreślonych bliżej miejsc ich przechowywania (rozdz. III pkt 1 akapity 1 i 5) uznano za niezasadne. Zamawiający dokładnie wyspecyfikował czynności składające się na zamawianą usługę – będzie to usuwanie odpadów z pojemników umiejscowionych na poszczególnych nieruchomościach w mieście Świdnica. Wykonawca nie musi znać dokładnego położenia tych pojemników na nieruchomościach aby sensownie przyjąć na siebie zobowiązanie ich opróżniania i zobowiązanie to wycenić. Wykonawca ma podjąć się wywożenia pojemników z miejsc, w których będą umiejscowione przez właścicieli i zarządców nieruchomości. Przepisy powszechnie obowiązującego prawa (powoływane w odpowiedzi na odwołanie) gwarantują wykonawcy, iż będą to miejsca dostępne.

Zarzuty względem postanowień rozdz. III pkt 1 akapity 6 i 7 również uznano za niezasadne. Sprawą wykonawcy pozostaje w jaki sposób zorganizuje swoją pracę i sposób badania odpadów, tak aby wypełnić zobowiązania w zakresie kontroli odpadów i obowiązki informacyjne nałożone nań w ww. postanowieniach specyfikacji (z zastrzeżeniem wymagań względem dokumentowania powyższego określonych w rozdz. VI pkt 3 SIWZ). Ponadto obciążenie wykonawcy ryzykiem aktów wandalizmu nie stoi w sprzeczności z wymaganiami określoności przedmiotu zamówienia sformułowanymi w art. 29 ust. 1 Pzp. Przedmiot zamówienia pozostaje jasno zdefiniowany – wykonawca ma odbierać wszystkie odpady, zarówno znajdujące się w pojemnikach, jak i rozsypane obok pojemników oraz cięży na nim obowiązek utrzymania czystości wokół pojemników. Tak zdefiniowanego zobowiązania wykonawca ma się podjąć. Przy czym zobowiązanie to wcale nie musi być dokładnie dookreślone ilościowo – ryzykiem wykonawcy pozostaje jaki poziom poszczególnych odpadów (rozsypanych czy nierozsypanych) przyjmie do wywiezienia przy kalkulacji swojej oferty.

Rozdz. III pkt 2 SIWZ otrzymał brzmienie:

2. Organizację selektywnej zbiórki odpadów: papieru i tektury, metali, tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych, odzieży i tekstyliów oraz opakowań ze szkła wraz z ich odbiorem i zagospodarowaniem

Na obsługiwanym obszarze Wykonawca zobowiązany jest zorganizować oraz prowadzić selektywną zbiórkę odpadów komunalnych systemem:

- indywidualnym – polegającym na selektywnym zbieraniu i odbieraniu odpadów komunalnych zgromadzonych w przystosowanych do tego celu pojemnikach*

indywidualnych lub workach foliowych przeznaczonych dla jednej nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej, bliźniaczej, szeregowej lub wielolokalowej, w której liczba lokali mieszkalnych nie przekracza 4, oraz

- zbiorowym – polegającym na selektywnym zbieraniu i odbieraniu odpadów komunalnych zgromadzonych w przystosowanych do tego celu pojemnikach przeznaczonych dla jednej nieruchomości wielorodzinnej lub kilku nieruchomości.*

Wykaz nieruchomości zamieszkałych przypisanych do poszczególnych systemów selektywnej zbiórki zawiera załącznik nr 1 do umowy. W trakcie realizacji usługi możliwe są zmiany adresów i liczby obsługiwanych nieruchomości. Zmiany te mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia, jak i zwiększenia liczby nieruchomości. Zmiany te nie będą wpływały na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy.

W ramach realizacji zadania w systemie indywidualnym Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć przez cały okres świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia każdą nieruchomość zamieszkałą, przypisaną w załączniku nr 1 do umowy do systemu indywidualnego, w odpowiednią ilość worków z folii LDPE przystosowanych do selektywnej zbiórki odpadów, o pojemności 120 l każdy.

Worki do selektywnej zbiórki odpadów w systemie indywidualnym muszą być dostarczane bezpośrednio na nieruchomość objętą selektywną zbiórką odpadów z częstotliwością jeden raz na kwartał w ilości przypadającej na daną nieruchomość przez okres 3 miesięcy, przy czym pierwszy zestaw worków Wykonawca musi dostarczyć najpóźniej w terminie do 3 dni od daty rozpoczęcia świadczenia usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania lub zgłoszenia nieruchomości do obsługi. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w trakcie dostawy worków na nieruchomości przekazywał również właścicielom nieruchomości materiały informacyjne i edukacyjne dotyczące m.in. zasad selektywnej zbiórki odpadów oraz harmonogramy odbioru odpadów, przygotowane przez Zamawiającego.

Worki do selektywnej zbiórki odpadów muszą posiadać oznaczenia określające rodzaj frakcji odpadów, które należy w nich umieszczać oraz frakcji odpadów, których nie należy umieszczać. Oznaczenia muszą być dokonane zarówno w formie pisemnej w języku polskim, jak i w formie graficznej i w określonej przez Zamawiającego kolorystyce.

Kolorystyka worków na odpady:

(...)

Dodatkowo worki do selektywnej zbiórki odpadów muszą zawierać nazwę lub logo firmy odbierającej odpady oraz nazwę Zamawiającego (tj. Gmina Miasto Świdnica).

Na każdą obsługiwaną nieruchomość objętą indywidualnym systemem selektywnej zbiórki Wykonawca w ciągu miesiąca jest zobowiązany dostarczyć na nieruchomość następujące minimalne ilości worków:

- worki półprzezroczyste niebieskie – jedna sztuka,*
- worki półprzezroczyste żółte w okresie od 1 października do 31 marca - jedna sztuka,*
- worki półprzezroczyste żółte w okresie od 1 kwietnia do 30 września - dwie sztuki,*
- worki półprzezroczyste zielone – jedna sztuka.*

W przypadku, gdy na jedną nieruchomość zamieszkałą przypada więcej niż jeden pojemnik na zmieszane odpady komunalne o pojemności do 120 l lub pojemnik o pojemności większej niż 120 l ilość dostarczanych worków na poszczególne frakcje zbierane selektywnie należy zwiększyć odpowiednio o każde następne 120 l.

Ponadto w uzasadnionych przypadkach, takich jak np. niezamierzone uszkodzenie worka, zwiększona ilość odpadów zbieranych selektywnie, Wykonawca zobowiązany będzie do wydania właścicielom nieruchomości, na ich wniosek, dodatkowych, nieodpłatnych worków do selektywnego zbierania odpadów.

Ponadto Wykonawca zobowiązany jest także do:

- odbioru papieru i tektury spakowanych w inny sposób niż poprzez umieszczenie w worku do selektywnej zbiórki, np. bele, pudła, wiązanki,*
- odbioru odpadów wysypanych z worków, np. w trakcie ich odbioru, wywianych lub rozrzuconych przez osoby trzecie (np. w wyniku aktów wandalizmu) i zwierzęta.*

Wyposażenie nieruchomości objętych systemem indywidualnym w pojemniki indywidualne do selektywnej zbiórki odpadów nie należy do obowiązków Wykonawcy, natomiast Wykonawca zobowiązany jest w ramach świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia do odbierania odpadów zbieranych selektywnie również w ten sposób.

W ramach realizacji zadania w systemie zbiorowym Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć obsługiwany obszar w 115 zestawów (gniazd) specjalistycznych pojemników do selektywnej zbiórki odpadów. Zamawiający wymaga rozstawienia na obsługiwanym terenie dwóch rodzajów pojemników:

- pojemniki wykonane z laminatów poliestrowych wzmocnianych włóknem szklanym z rozładunkiem HDS (np. pojemniki typu „dzwon”), o pojemnościach 1500 l i 2500 l,*

- pojemniki wykonane z tworzywa PEHD wyposażone w dwukołowy lub czterołowy system jezdny (np. pojemniki typu MGB), o pojemnościach 240 l i 1100 l.

Pojemniki muszą posiadać szczelną konstrukcję oraz kolorystykę określoną przez Zamawiającego. Każdy zestaw (gniazdo) musi składać się z trzech pojemników o tej samej pojemności, tj. pojemnika przeznaczonego na selektywne zbieranie papieru i makulatury, pojemnika przeznaczonego na selektywne zbieranie metali, tworzy sztucznych, opakowań wielomateriałowych, odzieży i tekstyliów oraz pojemnika przeznaczonego na selektywne zbieranie opakowań ze szkła. Pojemność pojemników do selektywnej zbiórki odpadów, ich ilość oraz typ określone zostały w Tabeli 8. Pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów w systemie zbiorowym typu „dzwon” muszą być wyposażone w otwory wrzutowe dostosowane do rodzaju i wielkości odpadów, na które są przeznaczone, które utrudniają ewentualną kradzież odpadów z pojemników.

Pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów muszą zostać ustawione najpóźniej do trzech dni od daty rozpoczęcia świadczenia usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania.

Miejsca ustawienia pojemników do selektywnej zbiórki odpadów w systemie zbiorowym, ich pojemność oraz typ zawiera załącznik nr 2 do umowy. Dokładne miejsca ustawienia pojemników do selektywnej zbiórki odpadów Zamawiający wskaże Wykonawcy po podpisaniu umowy, podczas wspólnej wizji w terenie. Zamawiający zastrzega, że w trakcie świadczenia usługi może wskazać Wykonawcy inne miejsca ustawienia pojemników, a w takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany będzie do ich przestawienia nie później niż w ciągu trzech dni od otrzymania zgłoszenia.

Zarzut dotyczący rozdz. III pkt 2, akapit 3 na str. 11 SIWZ, gdzie zamawiający wymaga, aby wykonawca w trakcie dostawy worków na nieruchomości przekazywał również właścicielom nieruchomości materiały informacyjne i edukacyjne dotyczące m.in. zasad selektywnej zbiórki odpadów oraz harmonogramy odbioru odpadów, jest niezasadny. W ocenie Izby brak określenia miejsca odbioru ww. materiałów, udokumentowania wykonania takiego obowiązku, nie powoduje braku możliwości wyceny takiej usługi i określenie wynagrodzenia w ofercie na zasadach wymaganych przez zamawiającego. Ponadto, jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, i co wynika z przywoływanych postanowień SIWZ, wykonawca dostarcza jedynie materiały informacyjne przygotowane przez zamawiającego – sam nie przygotowuje tych materiałów i nie wytwarza. Natomiast w jaki sposób wykonawca dostarczy powyższe (wraz z workami) właścicielom nieruchomości pozostawiono jego wyborowi.

Zarzut dotyczący rozdz. III pkt 2 SIWZ w zakresie opisu wymaganych worków na odpady, uznano za niezasadny. Jedyne wymagania postawione przez zamawiającego odnośnie worków dotyczyły ich pojemności (120 l), materiału (polietylen o niskiej gęstości – a więc zwykła folia) oraz kolorystyki i nadruków informacyjnych na workach. Zamawiający nie musiał podawać w tym zakresie żadnych norm wytrzymałości worków, jeżeli ich spełnienia nie wymaga. Sprawą wykonawcy pozostaje jak mocnymi workami chce się posługiwać w trakcie wykonywania usługi i ponosić ryzyka związane z ich ewentualnymi uszkodzeniami.

Izba nie stwierdziła żadnej „nieprecyzyjności” postanowień rozdz. III pkt 2 SIWZ w zakresie obowiązków wydawania dodatkowych worków, odbioru odpadów wysypanych z worków, zapewnienia czystości i odśnieżania terenu wokół pojemników na odpady.

W rozdz. III akapit 2 (na str. 4) SIWZ wskazano:

Zamawiający szacuje, że:

- 1) liczba mieszkańców sektora I miasta Świdnica wynosi: ok. 17943 osoby*
- 2) liczba adresów nieruchomości zamieszkałych, tj. budynków wielolokalowych w których znajduje się co najmniej jeden lokal zamieszkały oraz budynków jednorodzinnych w sektorze I miasta Świdnica wynosi: 965*

Liczbę mieszkańców oraz adresy nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy Zamawiający oszacował na podstawie danych meldunkowych będących w posiadaniu Zamawiającego. W trakcie realizacji usługi możliwe są więc zmiany adresów i liczby obsługiwanych nieruchomości, jak i liczby mieszkańców. Zmiany mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia, jak i zwiększenia liczby adresów nieruchomości i liczby mieszkańców. Zmiany te nie będą wpływały na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, chyba że liczba mieszkańców sektora I wzrośnie lub zmniejszy się o 3 % w stosunku do początkowej liczby mieszkańców podanej w niniejszej siwz, tj. 17943 osób. Wszystkie dodatkowo zgłaszane przez Zamawiającego nieruchomości Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie włączyć do obsługi.

Sformułowanie zarzut względem powyższych postanowień SIWZ wskazuje na niezrozumienie przez odwołującego istoty przedmiotowego zamówienia. Jego przedmiotem nie jest odbieranie określonej ilości odpadów komunalnych czy odpadów komunalnych z góry określonej i wskazanej liczby nieruchomości. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbieranie wszystkich odpadów komunalnych ze wszystkich zamieszkałych nieruchomości z określonego terenu przez cały jego okres realizacji – w taki sposób zdefiniowano zakres i wielkość tego zamówienia. Informacje podane w specyfikacji na temat ilości mieszkańców są jedynie danymi statystycznymi, które winny pomóc wykonawcy w oszacowaniu jego oferty. Nie są to wcale

dane wyznaczające zakres zamówienia, ani takiego zakresu wcale nie muszą wyznaczać. Wykonawcy mogą i powinni przyjąć i wycenić, w ramach żądanego wynagrodzenia ryczałtowego, cały zakres prac koniecznych do wykonania należycie określonej usługi, nawet jeżeli dokładnego nakładu pracy potrzebnego do jej wykonania nie można z góry oszacować i przewidzieć. Właśnie tego typu sytuacji ze swojej istoty dotyczy wynagrodzenie ryczałtowe. W przypadku nagłej eksplozji demograficznej w Świdnicy, wykonawca ponosił będzie straty (o ile niemożliwe będzie w takim przypadku zastosowanie klauzul *rebus sic stantibus*). Natomiast w przypadku odpływu populacji lub np. znacznego zubożenia społeczności lokalnej powodującego spadek produkcji odpadów, wykonawca ponosił będzie mniejsze nakłady na wykonanie zamówienia otrzymując umówione wynagrodzenie. Do powyższego sprowadza się przewidziane w tym przypadku wynagrodzenie ryczałtowe (vide § 9 projektu umowy – zał. nr 9 do SIWZ)

Zarzuty dotyczący rozdz. III pkt.1 i 2 SIWZ w zakresie obowiązku sporządzania comiesięcznych raportów o sposobie zagospodarowania zmieszanych i segregowanych odpadów komunalnych uznano za niezasadne. Przewidziany obowiązek raportowania o wykonanej usłudze jest w tym przypadku nieodzowny i jest koniecznym elementem przedmiotu zamówienia. Sprawą wykonawcy pozostaje w jaki sposób zapewni sobie możliwość jego realizacji. W przypadku gdy wykonawca nie może tego zagwarantować, albo uważa to za nieopłacalne, w przedmiotowym zamówieniu po prostu nie weźmie udziału.

Powyższe odnosi się również do zarzutu dotyczącego postanowień rozdz. III pkt 3 SIWZ, według których:

(...)Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania comiesięcznego raportu o sposobie zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych, mebli, zużytych opon, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, wielkogabarytowych opakowaniach ulegających biodegradacji oraz choinkach, które zawierać będzie:

- informację ilości (masie) odebranych odpadów wielkogabarytowych i mebli,*
- informację ilości (masie) odebranych zużytych opon,*
- informację o ilości (masie) odebranego zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,*
- informację o ilości (masie) odebranych wielkogabarytowych opakowań ulegających biodegradacji oraz choinek,*

- *informację o miejscach i sposobie zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów.*

W rozdz. III pkt.7 w SIWZ wskazano, że: „...Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przekazywał Zamawiającemu raporty miesięczne w terminie do 14 dni od zakończenia danego miesiąca zawierające informacje związane z zakresem świadczonej usługi, a w szczególności:

- *wynikające z pkt 1 niniejszego rozdziału,*
- *wynikające z pkt 2 niniejszego rozdziału,*
- *wynikające z pkt 3 niniejszego rozdziału,*
- *dowodów dostarczenia odpadów do miejsca ich zagospodarowania, tj. karty ewidencji odpadów lub karty przekazania odpadów, pokwitowania z wagi itp. (kserokopie potwierdzone za zgodność z oryginałem),*
- *wskazania nieruchomości, na których nie jest prowadzona selektywna zbiórka odpadów komunalnych wg zasad określonych w Uchwale nr XIX/232/2012 Rady Miejskiej Świdnicy z dnia 20 sierpnia 2012r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Świdnica,*
- *wskazania nieruchomości, na których obok pojemników na odpady pozostawiono odpady wielkogabarytowe, wielkogabarytowy zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte opony samochodowe i wielkogabarytowe opakowania ulegające biodegradacji poza wyznaczonymi terminami ich zbiórki oraz odpady budowlane i rozbiórkowe,*
- *wskazania nieruchomości, na których notorycznie powstają tzw. „nadwyżki”,*
- *wskazania nieruchomości, z których nie odebrano odpadów komunalnych ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą*
- *wskazania nieruchomości, które nie zostały wyposażone w worki do selektywnej zbiórki odpadów ze względu na brak współdziałania właściciela nieruchomości z Wykonawcą*
- *inne informacje istotne ze względu na zapisy niniejszej SIWZ.*

Ww. raporty Wykonawca zobowiązany jest sporządzać i przekazywać Zamawiającemu zarówno w formie papierowej, jak i elektronicznej.”

Zarzut względem ww. postanowień SIWZ dotyczących raportowania jest niezasadny. W szczególności art.9n ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012r. poz. 391 z późn. zm.) nie zakazuje zamawiającemu, działającemu w granicach zasady swobody umów, wymagania od swoich kontrahentów raportów częstszych. Sprawą wykonawcy pozostaje w jaki sposób tego typu raporty zapewni.

Za niezasadny uznano również zarzut dotyczący postanowień rozdz. III pkt. 2 SIWZ, według których: *„Dodatkowo w okresie zimowym Wykonawca zobowiązany jest do odśnieżenia miejsca ustawienia pojemników do selektywnego zbierania, jak i terenu wokół tych pojemników.”* Ewentualna przewaga konkurencyjna bliżej nieokreślonych lokalnych wykonawców, zajmujących się obecnie odśnieżaniem terenu miasta, którą mieliby osiągnąć dzięki objęciu niniejszym przedmiotem zamówienia konieczności odśnieżania terenu wokół pojemników, nie narusza i nie eliminuje uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu w rozumieniu nadawanym temu pojęciu przez przepisy ustawy (vide rozważania ogólne poczynione w niniejszym uzasadnieniu).

W rozdz. V pkt 3 ppkt 2 zamawiający, w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający wymagał, co następuje:

Wykonawca wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn.:

- a) minimum 1 osobą nadzoru posiadającą co najmniej wykształcenie średnie oraz minimum trzyletnie doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z organizacją i logistyką odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości (zarządzanie transportem) oraz nadzorowaniem jakości wykonywanych prac,*
- b) minimum 7 osobami, które będą wykonywać bezpośrednio przedmiot zamówienia (tj. operatorzy sprzętu, kierowcy, ładowacze),*
- c) wykaże, że wielkość średniego rocznego zatrudnienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wynosi minimum 15 osób.*

Zarzuty dotyczące ww. warunków udziału w postępowaniu, sprowadzają się do próby ograniczenia konkurencji w postępowaniu pod pozorem troski o interesy zamawiającego związane z zapewnieniem prawidłowego wykonania zamówienia. Powyższe nie znajduje

materialnego oparcia w przepisach ustawy. W świetle regulacji art. 22 Pzp zamawiający może nie stawiać i nie opisywać żadnych warunków udziału w postępowaniu lub stawiać je na dowolnie niskim poziomie (za wyjątkiem warunków wynikających z samych przepisów prawa). Powyższe podlega jedynie ocenie według kryteriów wynikających z zasad systemu finansów publicznych, tj. racjonalności i gospodarności, do których przepisy Pzp się nie odwołują.

W rozdz. V ppkt 1 lit d) SIWZ zamawiający wymagał od wykonawcy dysponowania:

a) sprawnymi technicznie i o estetycznym wyglądzie pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych wykonanymi z laminatów poliestrowych wzmocnianych włóknem szklanym (pojemniki typu „dzwon”) lub tworzywa PEHD (pojemniki typu MGB) o szczelnej konstrukcji, wyposażonymi w otwory wrzutowe dostosowane do rodzaju i wielkości odpadów na które są przeznaczone (pojemniki typu „dzwon”) lub wieka (pojemniki typu MGB) i w określonej przez Zamawiającego kolorystyce:

- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 2500 l – minimum 16 szt.,*
- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 1500 l – minimum 41 szt.,*
- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 1100 l – minimum 14 szt.,*
- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 240 l – minimum 44 szt.,*
- pojemniki w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 2500 l – minimum 16 szt.,*
- pojemniki w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 1500 l – minimum 41 szt.,*
- pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 1100 l – minimum 14 szt.,*
- pojemniki w kolorze żółtym na odpady zawierające frakcje: metali, tworzyw sztucznych, opakowania wielomateriałowe, odzież i tekstylia o pojemności 240 l – minimum 44 szt.,*
- pojemniki w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 2500 l – minimum 16 szt.,*

- *pojemniki w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 1500 l – minimum 41 szt.,*
- *pojemniki w kolorze niebieskim na odpady zawierające frakcje: papier i makulatura o pojemności 1100 l – minimum 14 szt.,*
- *pojemniki w kolorze zielonym na odpady zawierające frakcje: opakowania ze szkła białego i kolorowego o pojemności 240 l – minimum 44 szt.,*

Zarzut względem ww. postanowień SIWZ uznano za niezasadny. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację zamawiającego dotyczącą rozróżnienia konieczności nabycia takich pojemników na dzień składania oferty a wykazania dysponowania takimi pojemnikami. Odwołujący nie wykazał przy tym jakiego konkretnie wykonawcę powyższe warunki mają preferować i w jaki sposób.

W rozdz. XVI SIWZ zatytułowanym „INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKIE POWINNY ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERT W CELU ZAWARCIA UMOWY” w pkt 8 wskazano: *Wykonawca winien uzyskać zgodę Zamawiającego na zawarcie umów z podwykonawcami. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedstawienia przez Wykonawcę umowy lub projektu umowy z podwykonawcą nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.*

Według oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie, powyższe wymaganie jest *de facto* obowiązkiem informacyjnym, ponieważ zamawiający nie przewidział żadnych sankcji wobec jego niewypełnienia.

Izba oddaliła j przedmiotowy zarzut z powodu nie wskazania w jaki sposób powyższe miałyby nie odpowiadać normom materialnym zawartym w przepisach Pzp. W szczególności powoływany art. 144 ustawy w swoim zakresie normowania w ogóle nie odnosi się do opisywanego przypadku, a naruszenie tego przepisu przez zamawiającego jest możliwe dopiero w trakcie realizacji zamówienia, a nie na etapie SIWZ. Przede wszystkim jednak, wyżej przytoczone postanowienie SIWZ uznano za pozbawione znaczenia dla przyjętego sposobu realizacji zamówienia przez wykonawców. Z nieznanych powodów wymaganie to zamawiający pomieścił wśród obowiązków warunkujących zawarcie umowy w sprawie zamówienia. Tym samym przyjęć należy, iż powyższe nie obowiązuje po podpisaniu umowy – wtedy wykonawca może zatrudniać podwykonawców dowolnie bez konieczności przedstawiania powyższego do zatwierdzenia przez zamawiającego.

Zgodnie z § 1 ust. 4 projektu umowy stanowiącego zał. nr 9 do SIWZ: „*W trakcie realizacji usługi załącznik nr 1 będzie podlegał aktualizacji przez Zamawiającego w związku z czym możliwe są zmiany adresów i liczby obsługiwanych nieruchomości, jak i liczby mieszkańców. Zmiany mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia, jak i zwiększenia liczby nieruchomości i liczby mieszkańców, przy czym zmiany te nie będą wpływały na zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 9 niniejszej umowy, chyba że liczba mieszkańców sektora I wzrośnie lub zmniejszy się o 3 % w stosunku do liczby mieszkańców podanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*”

Zarzut względem ww. postanowień SIWZ jest niezasadny. Jak już wskazano, niemożliwe jest naruszenie przepisu art. 144 Pzp przez sformułowanie jakichkolwiek postanowień SIWZ. Naruszenie ww. przepisu może mieć miejsce jedynie poprzez dokonanie aneksowania umowy w sprawie zamówienia w sposób inny niż opisany w dyspozycji przepisu.

Ponadto w przytoczonym fragmencie umowy nie ma żadnych postanowień zmniejszających wynagrodzenie wykonawcy. Postanowienia te (co zdaje się dostrzegać odwołujący) nie są żadną klauzulą waloryzacyjną nadającą się do automatycznego zastosowania. Mogą być rozumiane najwyżej jako warunki i podstawy przyszłej zmiany umowy dokonanej przez strony (co zdaje się wskazywać zamawiający) wymagane dla możliwości aneksowania umowy w art. 144 Pzp. Wykonawca nie jest zobowiązany do zawarcia aneksu obniżającego jego wynagrodzenie w przypadku wystąpienia okoliczności opisanych w SIWZ (spadek liczby mieszkańców), jak też zamawiający nie jest zobowiązany do zgody na podniesienie jego wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności przeciwnych (wzrost liczby mieszkańców). Cały czas obowiązywać będzie w takim wypadku wynagrodzenie ryczałtowe, o które strony się umówiły.

Postanowienia dotyczące kar umownych nie naruszają żadnych przepisów Pzp i K.c., a przynajmniej odwołujący nie wskazał w jaki sposób takie sformułowanie postanowień wzoru umowy miałyby stać w sprzeczności z normami zawartymi w ww. aktach prawnych. W przypadku gdyby działania zamawiającego związane nakładaniem kar umownych okazałyby się bezprawne, wykonawca będzie zawsze miał możliwość wdania się w spór z zamawiającym w tym przedmiocie. Natomiast zamawiający będzie mógł egzekwować tylko te wymagania, które określił w SIWZ.

Zarzut dotyczący § 5 pkt 7 projektu umowy, tj. obowiązku zorganizowania dyżurów w dni ustawowo wolne od pracy jest niezasadny. Każdy wykonawca obecny na rynku może tego

typu wymaganie spełnić i wykonać tak opisany przedmiot zamówienia. Zamawiający może natomiast dowolnie kształtować zakres swojego zamówienia i wymagany sposób jego wykonania, z zastrzeżeniem klauzul generalnych i zasad opisanych na wstępie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....