

WYROK

z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2013 r.

przez wykonawcę: **Remondis Olsztyn sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Olsztynie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy Olsztyn* (nr postępowania ZP.271.1.31.2013.c)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Olsztyn, Olsztyn**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Remondis Olsztyn sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Olsztynie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olsztyn – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy Olsztyn* (nr postępowania ZP.271.1.31.2013.c).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_087-148450 4 maja 2012 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.olsztyn.eu), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 maja 2013 r. (pismem z tej daty) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniosła odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków Remondis Olsztyn sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Olsztynie (dalej zwana „Odwołującym”), zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp – art. 7 ust 1, art. 22 ust 1 pkt 1-3, art. 22 ust. 4, art. 25 ust. 1 i 2, art. 26, art. 29 ust. 1-3 oraz art 387 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust 1 pzp – przez wprowadzenie:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie określonych poziomów odzysku, mimo że przedmiotem umowy jest jedynie odbiór, a nie odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych;
- 2) zapisów niejednoznacznie opisujących przedmiot zamówienia;
- 3) wymogu posiadania łączności o parametrach technicznych, które wykraczają poza ramy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122 z dnia 25 stycznia 2013 r.);
- 4) obowiązku posiadania urządzeń do gromadzenia odpadów i sprzętu technicznego w zakresie wykraczającym poza warunki ustalone uchwałą nr XXXUI/602/13 Rady Miasta Olsztyna z dnia 7 marca 2013 r. w sprawie przyjęcia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olsztyn;
- 5) warunku posiadania polisy o wartości *nie niższej niż wartość umowy*;

Sygn. akt KIO 1125/13

- 6) braku dookreślenia wartości polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej;
- 7) braku precyzyjnego określenia terminów rozpoczęcia realizacji zamówienia;
- 8) opisu przedmiotu zamówienia nieuwzględniającego faktycznych ilości odbieranych odpadów komunalnych;
- 9) warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie wykraczającym poza ramy dopuszczalne ustawą pzp;
- 10) dokumentów niezbędnych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z wymogami ustawy pzp oraz rozporządzenia wykonawczego,
- 11) wprowadzenie obowiązku dostarczenia dodatkowej wyceny brutto odbioru za 1 Mg odpadów z poszczególnych rodzajów zabudowy dla sektorów, dla których oferta wykonawcy została wybrana.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia *poprzez dostosowanie jej w zakresie wyżej wymienionym do uregulowań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.*

Odwołujący ponadto podał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

1. Odpowiedzialność wykonawcy za osiągnięcie odpowiednich poziomów odzysku, w tym recyklingu

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Olsztyn, co potwierdzają: a) pkt 11.1.1) ogłoszenia w witrynie TED, b) pkt 1, 2 i 3 rozdziału III SIWZ, c) § 1 ust. 1 projektu umowy. Według Odwołującego w świetle dokumentów sporządzonych przez Zamawiającego wykonawca nie jest natomiast odpowiedzialny za zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Odwołujący zarzucił, że mimo to do § 6 projektu umowy wprowadzono zapisy, na podstawie których wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie ustalonych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło, wyliczonych zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2012 r., poz. 645). Zdaniem Odwołującego tak skonstruowany przedmiot zamówienia, który ogranicza się jedynie do odbioru odpadów komunalnych oraz do przewiezienia odebranych odpadów komunalnych do ustalonego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania (rozdział III pkt 2 i 3 SIWZ) – uniemożliwia wykonawcy jakiegokolwiek swobodne dysponowanie odpadami komunalnymi.

Według Odwołującego nawet jednak, gdyby przyjąć, że wykonawca ma obowiązek zagospodarowania odpadów komunalnych, to trzeba zwrócić uwagę, że osiągnięcie określonych poziomów odzysku następuje na wszystkich etapach recyklingu (zagospodarowania) odpadów komunalnych. Duży udział w osiągnięciu poziomów odzysku mała m.in. regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, na których działanie wykonawca nie ma wpływu (przy obecnej konstrukcji przedmiotu zamówienia). W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest więc wprowadzenie do umowy zapisów o odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie ustalonych przez zamawiającego poziomów recyklingu.

Zdaniem Odwołującego ograniczenie usługi świadczonej przez wykonawcę do odbioru odpadów komunalnych oznacza pośrednio, że Zamawiający ma podpisaną umowę z regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych (tzw. RIPOK), a w związku z tym przyjął na siebie odpowiedzialność za osiągnięcie określonych poziomów odzysku i recyklingu odpadów. Odwołujący wywiódł, że tym samym omawiane zapisy specyfikacji i umowy – w zakresie w jakim nakładają na wykonawcę warunek niemożliwy do spełnienia (odpowiedzialność za prawidłową realizację zadań, które nie są mu powierzone w ramach postępowania przetargowego) – jest nieważny w świetle art. 387 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, który znajduje w sprawie zastosowanie na podstawie art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp. W konsekwencji niedopuszczalne jest również nałożenie na wykonawcę kary umownej za nieosiągnięcie poziomów odzysku opisanych w umowie (§ 9).

Odwołujący podkreślił również, że w powyższym zakresie przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób precyzyjny i wyczerpujący, przy uwzględnieniu wymagań wynikających m.in. z art. 29 ust. 1 pzp. Z rozdziału III pkt 2 i 3 specyfikacji nie sposób jednoznacznie ustalić czy przedmiotem umowy jest: a) jedynie odbiór wszystkich odpadów komunalnych, czy też b) odbiór odpadów zmieszanych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i przewiezienie ich do instalacji, a w pozostałym zakresie zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych selektywnie.

2. Zarzuty co do warunków odnoszących się do urządzeń do gromadzenia odpadów i sprzętu technicznego

Odwołujący podał, że w rozdziale III pkt 7 specyfikacji zapisano, co następuje:

Wykaz urządzeń do gromadzenia odpadów i sprzętu technicznego:

1) charakterystyka wołków do selektywnej zbiórki odpadów:

- a) materiał – folia polietylenowa LDPE, lub HDPE uniemożliwiającego ich rozerwanie podczas normalnej eksploatacji,*
- b) grubość – co najmniej 60 mikronów,*

e) worki muszą zawierać trwałe oznaczenie nazwy lub logo Wykonawcy

2) pojemniki do gromadzenia odpadów, które zapewni Wykonawca, muszą być czyste, nieuszkodzone, sprawne technicznie, bez śladów korozji.

Odwołujący zarzucił, że w powyższym zakresie wymóg specyfikacji jest sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, które w ogóle nie ustalają jakiegokolwiek warunku co do grubości worków do gromadzenia odpadów komunalnych oraz materiału, z którego mają być one wykonane. Warunki co do rodzajów worków i kontenerów przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, jak również ich charakterystykę ustala natomiast uchwała nr XXXIII/602/13 Rady Miasta Olsztyna z dnia 7 marca 2013 r. w sprawie przyjęcia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Olsztyn. Odwołujący wskazał, że regulamin ustala jedynie kolor worków, które mają być przeznaczone do poszczególnych rodzajów odpadów. Inne cechy worków na odpady nie są natomiast wymienione.

Ponadto według Odwołującego ustalenie, że podstawione pojemniki mają być „*bez śladów korozji*” jest nieprecyzyjne i może budzić w przyszłości spory pomiędzy wybranym wykonawcą a Zamawiającym. Szczególnie w sytuacji, gdy ślady korozji będą niewielkie lub wręcz mikroskopijne.

3. Zarzuty co do wartości polisy

Odwołujący podał, że w rozdziale III pkt 5 ppkt 24 specyfikacji Zamawiający wprowadził wymóg dołączenia do umowy polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wartość nie niższą od wartości umowy.

Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę, że wartość całego zamówienia wyniesie około 32 mln złotych – wymagana suma ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej jest nadmiernie wygórowana oraz nieadekwatna do przedmiotu zamówienia i potencjalnych szkód, które mogą być wyrządzone.

4. Dostarczenie do mieszkańców harmonogramu realizacji usług i termin rozpoczęcia realizacji usługi

Odwołujący podniósł, że warunki specyfikacji, w tym projektu umowy, odnoszące się do dostarczenia harmonogramu oraz terminu rozpoczęcia realizacji usługi powinny być ze sobą skorelowane. W rozdziale III pkt 8 specyfikacji został określony harmonogram odbioru i transportu odpadów, który jest jednak nierealny i powinien zostać zmieniony. Wykonawca ma 2 tygodnie od dnia podpisania umowy na sporządzenie harmonogramu, który następnie musi być zatwierdzony przez Zamawiającego. W ciągu kolejnych dwóch tygodni od dnia zatwierdzenia wykazu przez Zamawiającego wykonawca ma czas na dostarczenie harmonogramu do mieszkańców poszczególnych nieruchomości.

Według Odwołującego biorąc pod uwagę, że termin składania ofert wyznaczono na 12 czerwca 2013 r., najwcześniejszy możliwy termin dostarczenia harmonogramów do mieszkańców przypada około połowy lipca 2013 r. Natomiast rozpoczęcie realizacji umowy ma nastąpić od 1 lipca 2013 r.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił, że w specyfikacji brak jest informacji na temat przekazania wykazu nieruchomości, do których należy dostarczyć pojemniki. Jedynie w § 5 ust. 1 pkt 3 projektu umowy znajduje się zapis, że Zamawiający zobowiązuje się udostępnić wykonawcy aplikację, w której umieszczone są informacje o nieruchomościach objętych obowiązkiem odbierania odpadów. Nie wskazano jednak terminu, w którym Zamawiający udostępni aplikację wybranym wykonawcom. Odwołujący wywiódł, że w powyższym zakresie zapisy specyfikacji są nieprecyzyjne i nie spełniają warunku opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

5. Zarzuty co do obowiązku dostarczenia dodatkowego harmonogramu

Odwołujący podał, że w rozdziale XIII pkt 1 ppkt 3 specyfikacji wprowadzono obowiązek złożenia wyceny brutto odbioru za 1 Mg odpadów z poszczególnych rodzajów zabudowy (zabudowa jednorodzinna, zabudowa wielorodzinna, tereny niezamieszkałe) dla sektorów, w których oferta wykonawcy została wybrana.

Zdaniem Odwołującego żądanie sporządzenia takiej wyceny nie znajduje żadnego uzasadnienia. Nie jest ona bowiem ani elementem oferty, ani też żadnym załącznikiem do niej. Według Odwołującego nie ma więc podstaw prawnych, aby Zamawiający mógł żądać takiego dokumentu. Zwłaszcza że załącznikiem do oferty nie jest szczegółowa wycena wynagrodzenia za odbiór poszczególnych rodzajów odpadów.

6. Dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Odwołujący podał, że w rozdziale V pkt 3b specyfikacji Zamawiający określił, że warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia uzna za spełniony jeśli wykonawca wykaże, że nawiązał umowę z osobami uprawnionymi do kierowania pojazdem do odbioru odpadów komunalnych, posiadającymi prawo jazdy kategorii C lub G+E, zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 1137, 1448) oraz posiadającymi minimum 2 lata doświadczenia w zakresie obsługi pojazdu do odbierania odpadów komunalnych, tj. dla I części - 6 osób, II części - 7 osób, III części - 6 osób, IV części - 7 osób, V części - 6 osób, VI części - 7 osób.

Odwołujący podniósł, że w świetle art. 22 ust. 1 pzp wykonawca ma się wykazać wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do badania czy wiedzę i doświadczenie posiada personel lub współpracownicy wykonawcy, który składa ofertę. Ten warunek specyfikacji

wykracza poza ramy organizacji przetargów w formie zamówień publicznych określone ustawą i właściwym rozporządzeniem.

29 maja 2013 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu z udziałem Stron odpowiedź na odwołanie (datowaną na 20 maja 2013 r.) – wnosząc o jego oddalenie.

Na wstępie Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy pzp odwołanie powinno między innymi zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz określać żądanie. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący – stawiając w treści odwołania zarzuty niezgodności SIWZ z przepisami ustawy pzp – zawarł bardzo ogólne sformułowania, uniemożliwiając ustosunkowanie się do części z nich. Ponadto również żądania Odwołujący przedstawił w sposób bardzo ogólny, bez odnoszenia się do poszczególnych zarzutów wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dostosowanie SIWZ *do uregulowań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa*.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu Zamawiający zauważył, że wzór umowy jest integralną częścią SIWZ, a zapisy w niej zawarte powinny być czytane łącznie. Zamawiający wywiódł, że osiągnięcie poziomów odzysku, które przeniósł na wykonawcę dotyczy odbieranych przez wykonawcę odpadów zebranych selektywnie. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, gdyż pozostawił wykonawcy wybór instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów (zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; Dz. U. poz. 391, z późn. zm.), do której będzie on dostarczał odpady zebrane selektywnie. Tym samym dając wykonawcy usługi możliwość działania zgodnie z zasadami gospodarowania odpadami – wyboru najlepszej dostępnej technologii, a w konsekwencji – wpływu na wybór instalacji, która zapewni wymagany poziom odzysku tychże odpadów. Według Zamawiającego powyższe znajduje również odzwierciedlenie w rozdziale III, ust. 3 SIWZ.

Zamawiający podniósł również, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012r. Nr 391 z zm.), która reguluje kwestie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, nie zabrania przenoszenia obowiązku uzyskania odpowiedniego poziomu recyklingu na inne podmioty, zwłaszcza te, które w drodze zamówienia publicznego realizują na rzecz gminy usługę odbioru odpadów. Według Zamawiającego powyższa argumentacja została również podniesiona w wyroku Izby z 4 stycznia 2013 r. o sygn. akt. KIO 2829/12.

Odnośnie drugiego zarzutu Zamawiający zadeklarował, że dołożył wszelkich starań aby przedmiot zamówienia opisać jak najbardziej precyzyjnie i jednoznacznie. W opinii Zamawiającego Odwołujący nie wskazał w treści odwołania w jakim zakresie przedmiot

zamówienia nie spełnia obowiązku nałożonego przez art. 29 pzp. Zamawiający podniósł również, że w toku postępowania, w odpowiedzi na zapytania wykonawców, na bieżąco uściśla opis przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnia wszelkie pojawiające się wątpliwości.

W zakresie punktu trzeciego – żądania posiadania łączności o parametrach, które wykraczają poza ramy rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zamawiający wywiódł, że w § 5 rozporządzenie to wskazuje warunki dla pojazdów, które *należy zapewnić*, a więc wymagania minimalne. Zamawiający wyjaśnił, że określając obowiązek wyposażenia urządzeń w system RFID miał na celu zapewnienie sobie możliwości zdecydowanie ściślejszej kontroli nad prawidłowym wykonaniem usługi w zakresie realizacji zatwierdzonego harmonogramu odbioru oraz monitorowania czynności związanych z odbiorem odpadów. Zamawiający poinformował, że poczynił już w tym zakresie stosowne kroki, wyposażając się w urządzenia przenośne ze stosowną aplikacją, które mają umożliwić wymianę danych.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego zawyżenia wymagań dotyczących urządzeń do gromadzenia odpadów oraz sprzętu i niezgodności z przywołaną uchwałą Rady Miasta Olsztyna, Zamawiający podniósł, że uchwała ta w części dotyczącej worków wskazuje jedynie ich kolor. Natomiast Zamawiający opisując przedmiot zamówienia doprecyzował wymagania odnośnie grubości i materiału z którego mają być wykonane. Zamawiający wyjaśnił, że wynika to z jego doświadczenia, a podane parametry minimalne zapewnią trwałość worków oraz minimalizują ryzyko ich uszkodzenia podczas eksploatacji. Ponadto według Zamawiającego podanie w SIWZ parametrów worków, które stanowią istotny element zamówienia, umożliwi wszystkim wykonawcom dokładniej skalkulować cenę oferty w oparciu o jednakowe dla wszystkich wymagania.

Odnosząc się do zarzucanej nieprecyzyjności zapisu dotyczącego śladów korozji na podstawionych pojemnikach na odpady – Zamawiający oświadczył, że uregulował tę kwestię w modyfikacji SIWZ z 22 maja 2013 r., usuwając zapis o konieczności braku śladów korozji i pozostawiając jedynie wymóg sprawności technicznej pojemników.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego w sprawie wartości polisy, która ma być nie niższa niż wartość umowy. Zamawiający wywiódł, że usługa będąca przedmiotem zamówienia jest dla niego niesłychanie ważna, stąd na jej prawidłowym wykonaniu zależy mu w szczególności. Według Zamawiającego ponieważ wykonawca będzie wykonywał usługę na rozległym terenie, posługując się pojazdami o znacznych gabarytach, to ryzyko spowodowania szkody w mieniu mieszkańców gminy jest wysokie. Zamawiający oświadczył ponadto, że złągodził warunek dotyczący doświadczenia kierowców pojazdów przez

dopuszczenie do wykonania usługi osoby bez doświadczenia w prowadzeniu samochodów do usuwania odpadów – przychylając się do wniosku Odwołującego. W ocenie Zamawiającego takie umożliwienie wykonywania usługi przez osoby nieposiadające doświadczenia w poruszaniu się dużymi pojazdami w środowisku miejskim zwiększa jednak ryzyko wyrządzenia szkody przez wykonawcę.

W ocenie Zamawiającego zarzut braku precyzyjnego określenia terminów rozpoczęcia realizacji zamówienia (zarzut siódmy) nie znajduje uzasadnienia, gdyż w SIWZ wyraźnie określono termin realizacji zamówienia na 24 miesiące od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 lipca 2013 r. w przypadku podpisania umowy przed tą datą. Odnosząc się do poruszonych w dalszej części odwołania kwestii harmonogramu, który według Odwołującego nie jest możliwy do stworzenia i przekazania mieszkańcom do 1 lipca 2013 r. – Zamawiający oświadczył, że zostało to uregulowane w modyfikacji SWIZ z 22 maja 2013 r. przez nałożenie obowiązku dostarczenia harmonogramu Zamawiającemu przed podpisaniem umowy. Zamawiający poinformował również, że konsekwentnie z wzoru umowy usunął również kary za niedostarczenie mu w terminie harmonogramu.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem, że opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia faktycznych ilości odbieranych odpadów. Według Zamawiającego w rozdziale III SIWZ podał z należytą starannością możliwie realne ilości, dokonując ich szacowania. Zamawiający podkreślił, że ewentualna rozbieżność pomiędzy podanymi ilościami a rzeczywistą realizacją zamówienia nie będzie niosła negatywnych konsekwencji dla wykonawców, gdyż rozliczenia będą się odbywały na podstawie rzeczywistych ilości odebranych odpadów. Ponadto Zamawiający jasno określił w rozdziale XI, ust. 4 SIWZ, że *Cena podana w ofercie jest ceną orientacyjną. Może się ona zmienić w przypadku, gdy zmienia się ilość odebranych odpadów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.* Zamawiający podsumował, że podanie szacunkowej ilości odpadów w SIWZ oraz formularzu ofertowym ma na celu przede wszystkim poinformowanie wykonawców o możliwych ilościach odpadów w celu prawidłowego skalkulowania przez nich oferty oraz umożliwienia obiektywnego porównania ofert.

W ocenie Zamawiającego argumentacja wynikająca z dziewiątego punktu odwołania wraz z uzasadnieniem jest całkowicie chybiona, gdyż zgodnie z § 1, ust. 1 pkt 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami między innymi na temat ich kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia. Mimo to Zamawiający przychylił się

Sygn. akt KIO 1125/13

do wniosku Odwołującego i złagodził wymaganie dotyczące osób, wprowadzając 20 maja 2013 r. modyfikację SIWZ znoszącą obowiązek posiadania przez osoby, którymi dysponuje bądź będzie dysponował wykonawca dwuletniego doświadczenia w zakresie obsługi pojazdów do odbierania odpadów komunalnych.

W opinii Zamawiającego Odwołujący bardzo ogólnie postawił zarzut wskazania niezgodnych z wymogami ustawy pzp dokumentów niezbędnych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający oświadczył, że nie może odnieść się do takiego zarzutu, gdyż nie jest w stanie określić o jakie dokumenty chodzi i na czym polega ich niezgodność z ustawą pzp.

W zakresie ostatniego zarzutu związanego z obowiązkiem dostarczenia przed podpisaniem umowy wyceny brutto odbioru za 1 Mg odpadów z poszczególnych rodzajów zabudowy (zabudowa jednorodzinna, zabudowa wielorodzinna, tereny niezamieszkałe – Zamawiający wywiódł, że skorzystał z uprawnienia żądania szczegółowej wyceny, gdyż zależy mu na zbadaniu czynników mających wpływ na cenę oferty. Zdaniem Zamawiającego analogicznie do tej sytuacji zamawiający często żądają od wykonawców robót budowlanych rozliczanych ryczałtowo złożenia uproszczonego kosztorysu przed podpisaniem umowy. Zamawiający wskazał ponadto, że taka wycena może w przyszłości mieć dla niego istotne znaczenie przy kształtowaniu polityki cenowej odbioru odpadów dla mieszkańców gminy.

14 maja 2013 r. Zamawiający zamieścił informację o wniesieniu odwołania oraz kopię odwołania na swojej stronie internetowej oraz przekazał te dokumenty dotychczas ujawnionemu wykonawcy.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie w poniżej opisanym zakresie, natomiast Zamawiający podtrzymał stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając

zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami.

W ramach uwzględnienia stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego (art. 191 ust. 2 pzp) – Izba wzięła pod uwagę również wyjaśnienia i zmiany treści s.i.w.z., które miały miejsce po wniesieniu odwołania, to jest zmiany treści s.i.w.z. z 20 maja 2013 r. oraz wyjaśnienia i zmiany treści s.i.w.z. z 22 maja 2013 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. ad pkt 1) listy zarzutów i pkt 1 uzasadnienia odwołania

Nie potwierdził się zarzut nieuzasadnionego obarczenia wykonawcy zamówienia odpowiedzialnością za osiągnięcie określonych poziomów odzysku, pomimo że przedmiotem umowy jest tylko odbiór odpadów.

Tak sformułowany zarzut opiera się na błędnie ustalonym przez Odwołującego stanie rzeczy co do zakresu przedmiotu zamówienia wynikającego z s.i.w.z., której integralną częścią jest załącznik nr 9 – wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego. W zakresie sprecyzowania przedmiotu umowy jej § 1 ust. 2 wprost odsyła do s.i.w.z. Z kolei rozdział III s.i.w.z. zawiera w pierwszych trzech punktach następująco opisany zakres przedmiotu zamówienia. W pierwszym punkcie rzeczywiście wskazano, że przedmiotem zamówienia jest

świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych znajdujących się na terenie Gminy Olsztyn. Kolejne dwa punkty precyzują jednak, co następuje. Zgodnie z pkt 2 odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych wykonawca jest zobowiązany dostarczyć do instalacji zastępczej prowadzonej przez Olsztyński Zakład Komunalny sp. z o.o. w Olsztynie przy ul. Lubelskiej 43D. Natomiast według pkt 3 odebrane od właścicieli nieruchomości selektywnie zebrane odpady komunalne przekazywane będą do instalacji odzysku i unieszkodliwiania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach z późn. zm. Z kolei na mocy § 6 wzoru umowy pn. *Wymagane poziomy recyklingu* wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło wyliczanych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 645), przy czym poziomy te, których wysokość została sprecyzowana w ust. 2, dotyczą wyłącznie powyżej wymienionych w ust. 1 frakcji odpadów.

Z uwagi na powyższe okoliczności faktyczne zawarte w pkt 1 uzasadnienia odwołania wywody należy uznać za bezprzedmiotowe, gdyż dotyczą błędnego wyobrażenia Odwołującego o postanowieniach s.i.w.z. W szczególności z s.i.w.z. wynika, że wykonawca odpowiada za osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu dla frakcji odpadów zbieranych selektywnie. Przy czym w zakresie zagospodarowania tych odpadów ma swobodę w granicach wynikających z uwarunkowań powszechnie obowiązujących przepisów w zakresie postępowania z odpadami. Odpowiedzialność wykonawcy za osiągnięcie określonych poziomów recyklingu odpadów zebranych selektywnie została więc skorelowana z uprawnieniem wykonawcy do dysponowania tymi odpadami. Skoro wykonawca ponosi odpowiedzialność za realizację zadań objętych przedmiotem zamówienia, a zatem nie zaistniały okoliczności, z których w odwołaniu wywiedziono nieważność umowy na podstawie art. 387 kc. W konsekwencji bezprzedmiotowy jest również zarzut dotyczący zastrzeżonych w § 9 wzoru umowy kar umownych, gdyż został on wywiedziony wyłącznie w kontekście rzekomej niemożności świadczenia objętego umową.

II. ad pkt 4) listy zarzutów i pkt 2 uzasadnienia odwołania

22 maja 2013 r. Zamawiający dokonał zmiany s.i.w.z. polegającej na skreśleniu zakwestionowanego w odwołaniu zapisu aby pojemniki do gromadzenia odpadów były *bez*

śladów korozji. Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut podniesiony w ostatnim akapicie pkt 2 uzasadnienia odwołania.

Natomiast podtrzymany na rozprawie zarzut dotyczący wymaganych na mocy s.i.w.z. parametrów worków do selektywnej zbiórki odpadów Izba uznała za niezasadny. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w uzasadnieniu odwołania nie sprecyzowano jaki przepis ustawy pzp miałby naruszyć Zamawiający. Ponieważ kwestionowane postanowienia są elementem opisu przedmiotu zamówienia, spośród zbiorczo przywołanych na wstępie odwołania przepisów ustawy w grę wchodzi art. 29 ust. 1-3 pzp. Jednakże odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, że opis worków do selektywnej zbiórki odpadów nie ma charakteru jednoznacznego i wyczerpującego, czy też może utrudniać uczciwą konkurencję, względnie w sposób nieuzasadniony odwołuje się do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wręcz przeciwnie przedmiotem zarzutu jest sprecyzowanie przez Zamawiającego parametrów worków w zakresie ich wytrzymałości (przez określenie materiału z jakiego mogą być wykonane i grubości) oraz sposobu oznakowania (trwałe oznakowanie nazwą lub logo wykonawcy). Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie aż nadto uzasadnił potrzebę doprecyzowania w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast Odwołujący dopatruje się w tym naruszenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olsztyn, obowiązującego na mocy uchwały Rady Miasta Olsztyna. Jednakże – jak sam zauważył Odwołujący – przepisy te nie odnoszą się do parametrów technicznych worków, z wyjątkiem określenia ich koloru dla zapewnienia właściwego gromadzenia odpadów zbieranych w sposób selektywny.

III. ad pkt 5)-6) listy zarzutów i pkt 3 uzasadnienia odwołania

Zgodnie z ppkt 24 pkt 5 rozdziału III s.i.w.z.: Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność cywilną wobec osób trzecich za skutki zdarzeń wynikających z realizacji umowy lub za brak podjęcia działań, do których był zobowiązany umową. Wykonawca dołączy do umowy polisę ubezpieczeniową o wartości nie niższej niż wartość umowy, dotyczącą odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe podczas i w związku z prowadzoną działalnością w przedmiocie umowy lub od braku podjęcia stosownych działań.

Z odwołania wynika, że zakwestionowana została nadmierna wysokość polisy (pkt 5 zarzutów oraz pkt 3 uzasadnienia), względnie brak dookreślenia jej wysokości (pkt 6 zarzutów), co stanowi pewną sprzeczność. Odwołujący nie podważał natomiast samej zasady ponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności cywilnej za szkody wynikłe w związku z realizacją umowy. Izba zważyła, że również w tym przypadku w uzasadnienia

odwołania nie sprecyzowano jaki przepis naruszył Zamawiający. Przywołane postanowienie, choć zawarte w rozdziale III pn. *Opis przedmiotu zamówienia*, w istocie dotyczy dodatkowego zobowiązania wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa do ubezpieczenia się w zakresie odpowiedzialności cywilnej. Z uzasadnienia zarzutu nie wynika, że kwestionowane postanowienie jest niejasne czy też narusza uczciwą konkurencję. Odwołujący zarzuca natomiast, że wymagana suma ubezpieczenia jest nadmiernie wygórowana w stosunku do przedmiotu zamówienia i potencjalnych szkód, które mogą być wyrządzone. Izba zważyła, że zgodnie z art. 22 ust. 4 pzp, który został wymieniony na wstępie odwołania, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego art., powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jednakże kwestionowane postanowienie nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, lecz dodatkowe zobowiązanie umowne. Niezależnie zatem od oceny jakości argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, Izba nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp i uwzględnienia w tym zakresie odwołania, tym bardziej, że do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie sprecyzował swojego żądania w tym zakresie.

IV. ad pkt 7) listy zarzutów i pkt 4 uzasadnienia odwołania

Wyszczególniony na wstępie odwołania (w pkt 7.) zarzut braku precyzyjnego określenia terminów realizacji zamówienia nie został w ogóle uzasadniony. Tymczasem w rozdziale IV s.i.w.z. pn. *Termin wykonania zamówienia* uregulowano, że okres realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 lipca 2013 r. Wynika z tego jednoznacznie, że zamówienia ma być wykonywane przez okres 24 miesięcy, liczonego od 1 lipca 2013 r. lub od dnia zawarcia umowy przypadającego po tej dacie.

Natomiast uzasadnienie odwołania (w pkt 4) zawiera zarzut braku skorelowania terminu początkowego realizacji zamówienia, co do zasady przypadającego na 1 lipca 2013 r. – z terminami dotyczącymi sporządzenia i doręczenia przez wykonawcę harmonogramu odbioru i transportu odpadów, gdyż łącznie wykonawca ma na to co najmniej 4 tygodnie od podpisania umowy (2 tygodnie na sporządzenie od podpisania umowy oraz 2 tygodnie na doręczenie od zatwierdzenia przez Zamawiającego), a termin składania ofert przypada na 12 czerwca 2013 r. Zamawiający odpowiedział na ten zarzut zmianą s.i.w.z. z 22 maja 2013 r., polegającą na zmianie dotychczasowego terminu na obowiązek sporządzenia harmonogramu przed podpisaniem umowy. Izba zważyła, że wprowadzona zmiana nie eliminuje do końca możliwości powstania sytuacji, że 1 lipca 2013 r. formalnie

rozpocznie się okres realizacji zamówienia, a nie upłynie jeszcze 2-tygodniowy okres na dostarczenie mieszkańcom przez wykonawcę zatwierdzonego przez Zamawiającego harmonogramu. Nie stanowi to jednak w ocenie Izby przesłanki do uwzględnienia odwołania z uwagi na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia. Skoro wykonawca ma prawo doręczyć mieszkańcom harmonogram w określonym terminie, to dopiero po jego bezskutecznym upływie Zamawiający może egzekwować wykonanie świadczeń objętych tym harmonogramem.

Niezależnie od powyższego z uzasadnienia odwołania wynika zarzut braku sprecyzowania terminu w jakim Zamawiający udostępni wykonawcy zamówienia aplikację, w której umieszczone są informacje o nieruchomościach objętych obowiązkiem odbierania odpadów. W tym zakresie Zamawiający powołał się na udzieloną 22 maja 2013 r. odpowiedź na pytanie 10, w której zadeklarował, że będzie w pełni współpracował z wykonawcą przy tworzeniu harmonogramu między innymi przekazując posiadane informacje. Izba zważyła, że ppkt 1 pkt 8 rozdziału III s.i.w.z. nie uległ zmianie w zakresie, w jakim przewiduje sporządzenie harmonogramu w systemie informatycznym udostępnionym przez Zamawiającego. Logiczne jest zatem, że wykonawca nie może popaść w zwłokę z powodu nieudostępnienia przez Zamawiającego dostępu do posiadanego przez siebie systemu. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się braku jednoznaczności czy niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia. W przypadku każdej umowy konieczna jest współpraca obu stron, zarówno w zakresie świadczeń głównych, jak i szczegółowych obowiązków umownych.

V. ad pkt 11) listy zarzutów i pkt 5 uzasadnienia odwołania

Choć odwołanie o tym nie wspomina, kwestionowane postanowienie ppkt 3 pkt 1 rozdziału XIII s.i.w.z. stanowi (zgodnie z nazwą tego rozdziału) jedną z formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy. Z uwagi na takie umiejscowienie nie ma żadnych wątpliwości, że nie jest to element treści oferty, który podlega ocenie w ramach badania jej zgodności z treścią s.i.w.z. Nie jest bowiem wymagane złożenie oferty uszczegółowionej w zakresie wyceny brutto odbioru za 1 Mg odpadów z poszczególnych rodzajów nieruchomości dla sektorów, w których oferta danego wykonawcy została wybrana. Natomiast dopełnienie tak określonej formalności zostało zastrzeżone pod rygorem uznania, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co jednak nie stało się przedmiotem zarzutu odwołania. Odwołujący zakwestionował natomiast brak podstaw prawnych do żądania wyceny uszczegóławiającej po terminie składnia ofert, ponownie nie konkretyzując jednak

o naruszenie jakich przepisów mu chodzi. Na wstępie odwołania wymieniono natomiast generalnie cały art. 26 pzp, a ponadto art. 25 ust. 1 i 2 pzp, jednak są to wszystkie przepisy dotyczące dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje przy tym, że taka uszczegółowiona wycena mogłaby stać się elementem treści oferty składanej przez każdego z wykonawców. W ocenie Izby nie ma zatem podstaw, aby podważał możliwość podania takich informacji po wyborze najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę, który ją złożył. Izba nie przesądza przy tym, czy i w jaki sposób Zamawiający może sprawdzać prawidłowość takiej dodatkowej kalkulacji czy też egzekwować jej stosowanie, jeżeli nie wynika to z postanowień wzoru umowy.

VI. ad pkt 9) listy zarzutów i pkt 6 uzasadnienia odwołania

20 maja 2013 r. Zamawiający dokonał zmiany s.i.w.z. polegającej na skreśleniu zakwestionowanego w odwołaniu wymagania posiadania przez osoby (wykazane w ramach potencjału kadrowego wykonawcy) minimum dwuletniego doświadczenia w zakresie obsługi pojazdów do odbierania odpadów komunalnych. Z kolei Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut wynikający z pkt 9 listy zarzutów i pkt 6 uzasadnienia odwołania.

VI. ad pkt 2), 3), 8) i 10) listy zarzutów

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w pkt 2) i 10) odwołania wymieniono zarzuty, które w takim zakresie, w jakim nie znalazły rozwinięcia w uzasadnieniu odwołania, nie mogą być uznane za prawidłowo podniesione zarzuty, gdyż nie podano żadnych konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych, która pozwalałyby na ocenę ich zasadności. Powyższe Izba uznaje za adekwatne również w odniesieniu do pkt 3) i 8) listy zarzutów, pomimo że Zamawiający zdecydował się odnieść to tych zarzutów w odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Izby porzucenie w odwołaniu na wskazaniu, że bliżej niesprecyzowane postanowienia s.i.w.z. wprowadzają wymóg posiadania łączności o parametrach technicznych wykraczających poza przywołany akt prawny, również nie tworzy zarzutu, który nadawałby się do rozpatrzenia. W szczególności nie wiadomo co konkretnie z czym miałyby być sprzeczne. Izba wzięła również pod uwagę, że ogólnikowy zarzut dotyczący braku należytego sprecyzowania ilości odpadów został przez Odwołującego cofnięty po zapoznaniu się za argumentacją Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie (na której przywołano odpowiedź na pytanie 13 i zmiany treści s.i.w.z. z 22 maja 2013 r.).

Sygn. akt KIO 1125/13

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku 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), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: