

**Sygn. akt: KIO 1126/13
KIO 1128/13
KIO 1132/13
KIO 1133/13**

**WYROK
z dnia 4 czerwca 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja, 29 maja i 31 maja 2013 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 maja 2013 r. przez **W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** (sygn. akt KIO 1126/13),
- B. w dniu 14 maja 2013 r. przez **SITA Polska Sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1128/13),
- C. w dniu 14 maja 2013 r. przez **Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1132/13),
- D. w dniu 14 maja 2013 r. przez **D..... A..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1133/13)

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Stołeczne Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa

przy udziale wykonawców:

- A. **Sater-Otwock Sp. z o.o. ul. Johna Lennona 4, 05-400 Otwock** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13 po stronie zamawiającego,
- B. **W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1133/13 po stronie odwołującego,
- C. **SITA Polska Sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1132/13 po stronie odwołującego,
- D. **Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13 po stronie odwołującego,
- E. **Eko-Hetman Sp. z o.o. ul. Turystyczna 50, 05-830 Nadarzyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13 po stronie odwołującego,
- F. **J..... Z..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. LEKARO J..... Z....., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13 po stronie odwołującego,
- G. **Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o. ul. Bryły 6, 05-800 Pruszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1133/13 po stronie odwołującego,
- H. **M..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą CLEAN WORLD Firma Handlowo-Usługowa M..... W....., Leśniakowizna, ul. Kasprzykiewicza 45, 05-200 Wołomin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1133/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia wszystkie odwołania i nakazuje Miastu Stołecznemu Warszawa zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
 - 1.1. wykreślenie punktu 12.2.3. lit. c i d w części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punktu III.2.1) ppkt 12.2.3. lit. c i d w sekcji III ogłoszenia o zamówieniu,
 - 1.2. zmianę punktu 26. podpunkt 2 lit. b oraz punktu 27. w części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, by kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert według kryteriów uwzględniały hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazaną w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w tym najwyższe poziomy odzysku surowcowego odpadów,
 - 1.3. wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach wynagrodzenia wskazanego w § 6 ust. 1 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) wraz z określeniem, czy po osiągnięciu wskazanej ilości maksymalnej odpadów wykonawcy będzie przysługiwało zwiększenie wynagrodzenia, czy też umowa zostanie uznana za wykonaną,
 - 1.4. wskazanie maksymalnej ilości odbiorów odpadów w sytuacjach, o których mowa w punkcie 2.5. rozdziału V załącznika nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia), do których odebrania wykonawca jest zobowiązany w ramach wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) lub alternatywnie opisanie sposobu dodatkowej wyceny takiego odbioru,
 - 1.5. wskazanie dla każdej części zamówienia (zadania) maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków, które ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) lub alternatywnie określenie wynagrodzenia jednostkowego za dany pojemnik lub worek,
 - 1.6. zmianę postanowień załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez określenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, w szczególności na dostarczenie pojemników na odpady, w tym wprowadzenie okresu karencji w naliczaniu kar umownych wskazanych w § 8 ust. 3 pkt 6, 7, 9, 10, 12, 14, 20 załącznika nr 12 do

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) na okres odpowiedni do rozpoczęcia właściwego świadczenia usługi,

- 1.7. zmniejszenie wysokości kar umownych określonych w § 8 ust. 3 pkt 1, 2, 4, 5, 12, 15, 17 i 19 oraz § 8 ust. 4 i 5 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy), a także powiązanie kar umownych z negatywnymi skutkami działań lub zaniechań wykonawcy, w szczególności zanieczyszczeniem odpadami,
 - 1.8. zmianę § 8 ust. 3 pkt 8 i 10 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez odniesienie kar umownych w przypadku zabudowy wielorodzinnej do ilości pojemników zamiast lokali (gospodarstw domowych),
 - 1.9. zmianę § 11 ust. 1 pkt 6 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez określenie procedury pozwalającej ustalić, iż wykonawca zaprzestał wykonywania umowy,
 - 1.10. zmianę § 8 załącznika nr 12 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez określenie procedury reklamacyjnej poprzedzającej naliczenie kar umownych,
 - 1.11. wykreślenie w punkcie 2.11. rozdziału V załącznika nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) obowiązku uzyskania przez wykonawcę zezwoleń na wjazd na drogi prywatne;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SITA Polska Sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.4. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez D..... A..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.5. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa na rzecz W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.6. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa na rzecz SITA Polska Sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.7. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa na rzecz Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.8. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa na rzecz D..... A..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1126/13

KIO 1128/13

KIO 1132/13

KIO 1133/13

U z a s a d n i e

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 maja 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 087-148264. 6 maja 2013 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

14 maja 2013 r. wykonawcy wnieśli odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu.

sprawa o sygn. akt KIO 1126/13

Odwołujący – W..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie zaniechania podania maksymalnej ilości odpadów komunalnych, do odbioru i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach umowy, co wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez zamawiającego ilości odpadów powstających w gminie, zmianami w strukturze tych odpadów, zmianami w zakresie liczby nieruchomości i mieszkańców gminy, co zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego

i ograniczonej możliwości zmiany umowy; taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję;

2. art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 oraz art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez postawienie w punkcie 12.2.3 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiednio w sekcji III.2.1 pkt 12.2.1.c) ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu instalacjami o statusie RIPOK dla obsługi regionu warszawskiego, zapewniającymi przetwarzanie odpadów zielonych, w sytuacji, gdy zgodnie z uchwałą nr 212/12 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 października 2012 r. (ze zmianami) w sprawie wykonania Wojewódzkiego planu gospodarki odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 w regionie warszawskim do dnia dzisiejszego nie ma instalacji do przetwarzania odpadów zielonych posiadającej status RIPOK, co prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu;

3. art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 oraz art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 17-19 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, § 22 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy z dnia 17 stycznia 2013 r. poprzez postawienie w punkcie 12.2.3 lit. d i odpowiednio sekcji III.2.1 pkt 12.2.1.d) ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (tj. składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego) o określonych – bardzo dużych mocach przerobowych, nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, co z kolei prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu;

4. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 17-19 ustawy o odpadach, § 22 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy poprzez określenie w punkcie 26.2b) w zw. z punktem 27.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i punktem 2.5. rozdziału VIII opisu przedmiotu zamówienia, i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, pozacenowego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej odnoszącego się do ilości zmieszanych odpadów komunalnych deklarowanych przez wykonawcę do przekazania do termicznego lub biologicznego przekształcania. Kryterium to nie jest obiektywne, nie jest uzasadnione opisem przedmiotu zamówienia i potrzebami zamawiającego, w szczególności narusza wynikającą z przepisów prawa hierarchię postępowania z odpadami premiując biologiczne przetworzenie odpadów w RIPOK-MBP po procesie mechanicznym, prowadzące do powstania odpadów kierowanych do składowania,

stojące w tej hierarchii niżej niż odzysk materiałowy i energetyczny prowadzony w RIPOK-MBP w części mechanicznej;

5. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedookreślenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w punkcie 27.9. zasad weryfikacji skalkulowanego przez wykonawcę wskaźnika, stanowiącego kryterium oceny ofert z punktu 26.2.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. określenie maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem niniejszego zamówienia i oferowaną przez wykonawców ceną ryczałtową, w szczególności maksymalnej ilości zmieszanych odpadów komunalnych oraz tych frakcji odpadów komunalnych, których selektywna zbiórka została przewidziana opisem przedmiotu zamówienia, względnie wprowadzenie możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości odpadów w stosunku do danych przyjętych dla obliczenia ceny oferty z podaniem kryteriów zmian;

2. modyfikację warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu instalacją RIPOK zapewniającą przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych poprzez usunięcie wymagania w części dotyczącej odpadów zielonych, względnie poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się przez wykonawców prawem do dysponowania instalacją zastępczą do przetwarzania odpadów zielonych o mocach przerobowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, tj. do ilości odpadów zielonych do zagospodarowania w ramach zamówienia;

3. modyfikację warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (tj. składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego) w taki sposób, by wymagane moce przerobowe składowiska dla wszystkich zadań łącznie były na poziomie nie większym niż łączne moce przerobowe składowisk o statusie RIPOK dla regionu warszawskiego;

4. usunięcie kryterium oceny ofert określonego w punkcie 26.2b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, względnie jego modyfikację w taki sposób, by dodatkowe punkty w kryterium pozacenowym otrzymywali wykonawcy gwarantujący w instalacji RIPOK najwyższe poziomy materiałowego i energetycznego odzysku surowcowego odpadów ze zmieszanych odpadów komunalnych kierowanych do tej instalacji, nie zaś wykonawcy wykazujący jedynie najwyższy stosunek odebranych ilości zmieszanych odpadów komunalnych do ilości odpadów kierowanych do procesów biologicznego przetwarzania w ramach mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów (MBP).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający podał informacje, które mają charakter „szacunkowy”, „orientacyjny”, „przewidywany”, a nie określił maksymalnej ilości odpadów objętych przedmiotem zamówienia zobowiązując wykonawcę do odebrania i zagospodarowania wszystkich odpadów komunalnych powstałych na terenie miasta. Jest to równoznaczne z przerzuceniem na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez zamawiającego ilości odpadów, gdyż wynagrodzenie, jakie otrzyma wykonawca, ma charakter ryczałtowy (pkt 23. specyfikacji, § 6 i § 11 ust. 2 wzoru umowy). Faktyczna ilość odpadów komunalnych do odebrania i zagospodarowania za umówione wynagrodzenie ryczałtowe jest nieznana, wykonawcy winni więc, z mocy art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieć możliwość oszacowania powyższych ryzyk. Bez wiedzy odnośnie maksymalnych ilości odpadów komunalnych poszczególnych frakcji wykonawca nie jest w stanie sporządzić oferty obejmującej odbiór i zagospodarowanie wszystkich odpadów w sposób gwarantujący porównywalność ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Poza tym w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert wykonawca deklaruje wykonywanie usługi odbioru odpadów przy użyciu pojazdów o obniżonej emisji spalin oraz usługi zagospodarowania odpadów przy wykorzystaniu instalacji RIPOK lub TIPOK, w której moc przerobowa odpowiednio części biologicznej lub termicznego przekształcania pozostaje, według założeń specyfikacji, w odpowiednim stosunku do ilości odpadów wchodzących do tej instalacji. W przypadku obu kryteriów wartości procentowe podawane przez wykonawców, decydujące o przyznaniu punktów w tych kryteriach, podawane są w odniesieniu do ilości zmieszanych odpadów komunalnych. Na etapie realizacji umowy wykonawca będzie zobowiązany do utrzymywania zadeklarowanych wartości, a wzrost ilości zmieszanych odpadów komunalnych w stosunku do zakładanej skutkować będzie koniecznością zwiększenia przez wykonawcę ilości pojazdów spełniających normę emisji spalin oraz zmianą instalacji wykorzystywanej do zagospodarowania odpadów. Brak zmiany w sposobie wykonywania usługi doprowadzi do naliczenia wykonawcy kar umownych, a ryzyko to, wobec braku dostatecznych danych w opisie przedmiotu zamówienia niemożliwe jest do oszacowania, co prowadzi do nieporównywalności ofert.

Co do wymogu dysponowania RIPOK przetwarzającym odpady zielone – uchwała nr 212/12 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 października 2012 r. w sprawie wykonania Wojewódzkiego planu gospodarki odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 w regionie warszawskim przyznała status RIPOK dla regionu warszawskiego z podziałem na instalacje do: 1) termicznego lub mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów mieszanych, 2) do przetwarzania odpadów zielonych i bioodpadów – kompostownia, 3) składowiska odpadów powstających w procesie MBP

i pozostałości z sortowania. Odrębnie uchwała ta przyznaje instalacjom, w podziale jak wyżej, status instalacji zastępczych RIPOK. Obecnie nie ma instalacji do przetwarzania odpadów zielonych posiadającej status RIPOK, są tylko instalacje zastępcze, warunek ten winien zatem zostać przez zamawiającego zmodyfikowany.

Stosownie do punktu 12.2.3 d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odpowiednio 12.2.1.d) ogłoszenia o zamówieniu „za spełniających warunki udziału w postępowaniu zamawiający uzna wykonawców, którzy na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w punkcie 12.1. ppkt 3) wykażą, że dysponują składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (tj. składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego) o łącznej mocy przerobowej nie mniejszej niż: 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 1.; 41.000 Mg/rok odpadów dla zadania 2.; 42.000 Mg/rok odpadów dla zadania 3.; 39.000 Mg/rok odpadów dla zadania 4.; 42.500 Mg/rok odpadów dla zadania 5.; 26.000 Mg/rok odpadów dla zadania 6.; 38.000 Mg/rok odpadów dla zadania 7.; 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 8.; 44.500 Mg/rok odpadów dla zadania 9.”

Taki sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i w świetle zakazu przypisywania mocy przerobowej danej instalacji do różnych zadań (pkt 12.2.6.) niemożliwy do spełnienia przez wykonawców, co narusza przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania muszą zostać przekazane do RIPOK. Ww. uchwała nr 212/12 przyznała tylko dwóm składowiskom (Sater Otwock Sp. z o.o. w Świerku, z mocą przerobową 60.000 Mg rocznie i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. – składowisko „Radiowo” w m. Klądyn z mocą przerobową 190.000 Mg rocznie). Tym samym składowiska o statusie RIPOK nie pokrywają mocy przerobowych przewidzianych przez zamawiającego. Tym samym moce przerobowe składowisk wskazane w punkcie 12.2.3.d winny być zmniejszone do rzeczywistych mocy przerobowych składowisk posiadających status RIPOK, w szczególności, że żądane moce przerobowe składowisk są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, skoro z mocy art. 9e ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odpady zmieszane i zielone muszą trafić do RIPOK, zaś selektywnie zebrane do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z ustawą o odpadach. Na składowisko trafią jedynie pozostałości z sortowania odpadów przeznaczonych do składowania i odpady powstające w procesie MBP, a zamawiający ma obowiązki w zakresie ograniczania ilości odpadów kierowanych do składowania.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy z dnia 19 listopada 2008 r. (Dz.Urz.

UE. L Nr 312) i ustawa o odpadach wprowadzają hierarchię postępowania z odpadami. Hierarchia ta została w sposób wyraźny wskazana także w § 22 uchwały nr XLIX/1366/2013 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta stołecznego Warszawy (Dz. Urz. Mazow. z 2013 r. poz. 1497). Zgodnie z „Wojewódzkim planem gospodarki odpadami”, a w szczególności z załącznikiem nr 9 „Program zapobiegania powstawaniu odpadów w województwie mazowieckim”, gospodarowanie odpadami komunalnymi w m.st. Warszawie winno opierać się na następującej hierarchii postępowania z odpadami: 1) zapobieganie powstawaniu odpadów, 2) przygotowanie do ponownego zużycia, 3) recykling odpadów, 4) inny niż recykling odzysk odpadów, 5) składowanie. Zatem składowanie odpadów komunalnych jest najmniej pożądaną metodą gospodarowania odpadami. Jako jedno z celów, zgodnie z „Wojewódzkim planem gospodarki odpadami” przyjęto przygotowanie do ponownego wykorzystania i recyklingu materiałów odpadowych, przynajmniej takich jak papier, metal, tworzywa sztuczne i szkło opakowaniowe z gospodarstw domowych i w miarę możliwości odpadów innego pochodzenia podobnych do odpadów z gospodarstw domowych, na poziomie minimum 20% ich masy do 2017 r., zmniejszenie masy składowanych odpadów komunalnych do maksymalnie 60% wytworzonych odpadów do końca 2014 r., wspieranie rozwoju i wdrażanie nowoczesnych technologii odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zmniejszenie ilości odpadów komunalnych ulegających biodegradacji kierowanych na składowiska odpadów, aby w 2013 roku nie było składowanych więcej niż 50% masy tych odpadów wytworzonych w 1995 roku.

W punkcie 1. rozdziału II opisu przedmiotu zamówienia zamawiający żąda, aby wykonawca realizował usługę w sposób umożliwiający osiągnięcie celów określonych w art. 3b ust. 1 i art. 3c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, ponownego użycia i odzysku różnych frakcji odpadów oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji do składowania.

W instalacji MBP powstaje niewielki procent odpadów poddawanych następnie składowaniu, biorąc za punkt odniesienia ilość odpadów „na wejściu” do MBP, które nie obejmują całego strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia i które są w pierwszej kolejności poddawane mechanicznym procesom (sortowaniu) w celu wyodrębnienia odpadów surowcowych i odpadów palnych do produkcji paliwa alternatywnego.

Niezrozumiałe jest więc postawienie przez zamawiającego wymogu, by wykonawcy dysponowali składowiskami i to o tak dużych mocach przerobowych. Warunek taki jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz obowiązków zamawiającego do respektowania hierarchii postępowania z odpadami winien zostać zmodyfikowany poprzez stosowne obniżenie mocy przerobowych składowiska RIPOK.

Zgodnie punktem IV.2.1) ogłoszenia o zamówieniu kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest, poza ceną, „jakość świadczenia usługi”. W punkcie 27.9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał: „Komisja przyzna każdej ofercie punkty w kryterium „podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie stosowania do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, instalacji o statusie RIPOK, z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania zmieszanych odpadów lub w przypadku technologii mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów – procesów biologicznego przetwarzania prowadzących do pełnej stabilizacji odpadów biodegradowalnych, określonych w § 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 roku w sprawie mechaniczno – biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych” według podanego wzoru i sposobu oceny.

Tak opisane kryterium nie jest obiektywne, a w szczególności jest niezgodne z hierarchią postępowania z odpadami. Zamawiający nie doprecyzował szczegółowych i obiektywnych zasad weryfikowania obliczonego wskaźnika „podwyższonego standardu świadczenia usługi w zakresie stosowania instalacji RIPOK z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania lub – w przypadku MBP – procesów biologicznego przetwarzania określonych w § 4 rozporządzenia. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia mowa jest jedynie o bliżej nieokreślonej weryfikacji, porównaniach i sprawdzeniu przez zamawiającego. Nie wiadomo jednak, co zamawiający przyjmie za podstawę swoich czynności, z czym dokładnie będzie porównywał obliczone przez wykonawcę wskaźniki, jak będzie dokonywał pomiarów rzeczywistych możliwości technicznych instalacji, jaka będzie procedura weryfikacji owych pomiarów etc. Kwestie te muszą zostać dookreślone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem na podstawie arbitralnej decyzji zamawiającego wykonawca może zostać wykluczony z postępowania.

Kryterium to odnosi się do technologii termicznego przekształcania odpadów w sytuacji, gdy w regionie warszawskim jest tylko jedna tego rodzaju instalacja, której moc przerobowa wynosi zaledwie 70.000 Mg/rok. Instalacja ta zarządzana jest przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. należące do zamawiającego, które jest jednym z potencjalnych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Kryterium to pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy o odpadach i „Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Stołecznego Warszawy”, które nakazują w pierwszej kolejności odpady przygotowywać do ponownego zużycia, poddawać recyklingowi, a dopiero w dalszej kolejności poddawać innemu niż recykling odzyskowi odpadów i w ostateczności składować. Gospodarowanie odpadami opierające się na tej hierarchii zobowiązuje wykonawców i zamawiającego do wyodrębniania ze strumienia odpadów zmieszanych wchodzących do RIPOK, w ramach części mechanicznej MBP, jak największej ilości odpadów surowcowych do wykorzystania materiałowego i ilości innych

frakcji do wykorzystania energetycznego. Biologicznemu przetworzeniu odpadów poddaje się więc tylko część odpadów pozostałych po przetworzeniu w części mechanicznej.

W zależności od rodzaju zastosowanego procesu biologicznego przetwarzania odpadów powstają odpady zwane stabilizatem, które w przypadku spełnienia wymagań określonych w § 6 ust. 1 rozporządzenia, klasyfikuje się jako odpady o kodzie 19 05 99 – odpady te mogą być następnie poddane składowaniu zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia lub odpady o kodzie 19 05 01 (z biologicznego suszenia), które poddaje się następnie dalszej obróbce mechanicznej, w wyniku której powstają odpady o kodzie 19 12 10, mogące być stosowane w procesie odzysku – wykorzystywane jako paliwo lub inny środek wytwarzania energii (§ 5 ust. 6 ww. rozporządzenia) oraz odpady o kodzie 19 12 12, zawierające frakcję biodegradowalną co najmniej 0-80 mm, które kolejny raz muszą być przetworzone biologicznie (§ 5 ust. 7 ww. rozporządzenia) w celu uzyskania parametrów do składowania jako stabilizat.

MBP to proces dwuetapowy: pierwszy – mechaniczny, drugi – biologiczny. Ilość odpadów skierowanych do drugiego etapu zależy więc od wydajności instalacji w jej części mechanicznej – im większa wydajność, im większa ilość odpadów wydzielona w pierwszym etapie do wykorzystania materiałowego i energetycznego, tym mniej odpadów kierowanych jest do procesów biologicznych, o których mowa w § 4 ww. rozporządzenia i w kwestionowanym kryterium oceny ofert. Do części biologicznej (kompostowania) kierowany jest więc niewielki strumień odpadów z frakcji podsitowej o wielkości 0-80mm, o których mowa w § 4 ww. rozporządzenia, w odniesieniu do całkowitej masy odebranych przez odwołującego zmieszanych odpadów komunalnych, potwierdzonych w sprawozdaniu do właściwego marszałka, złożonym przez odwołującego w trybie ustawy o odpadach. Odwołujący osiągnął w roku 2012 poziomy odzysku materiałowego na poziomie ok. 25%, zaś odzysku energetycznego ok. 35% w odniesieniu do przyjętych zmieszanych odpadów komunalnych i cały dąży do zwiększenia poziomów odzysku. Z niezrozumiałych względów poziomy odzysku surowcowego i energetycznego, będące wyżej w hierarchii postępowania z odpadami niż przetwarzanie biologiczne pozostają poza zainteresowaniem zamawiającego, który premiuje w ramach kryterium jedynie część biologiczną – odpad o nazwie „stabilizat”, który jest kierowany jedynie do składowania. Prowadzi to w konsekwencji do tego, że im wyższy poziom odzysku odpadów w części mechanicznej, tym niższy wskaźnik dotyczący jakości usług, a im niższy odzysk w części mechanicznej, a większa ilość odpadów kierowanych do części biologicznej i w konsekwencji do składowania jako stabilizat, tym ten wskaźnik jest wyższy i otrzymywane jest więcej punktów od zamawiającego w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Kryterium to zmusza więc wykonawców do świadczenia usług z naruszeniem prawa (wbrew hierarchii postępowania z odpadami). Zatem jedynym obiektywnym i zgodnym z przepisami

pozacenenowym kryterium oceny ofert byłby wskaźnik opierający się na ilości materiałowego i energetycznego odzysku odpadów w odniesieniu do ilości odpadów zmieszanych skierowanych do tej instalacji.

sprawa sygn. akt KIO 1128/13

Odwołujący – SITA Polska Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu dokonanie niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności w zakresie:

1. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) zastrzeżenia w sekcji III ogłoszenia o zamówieniu i punkcie 12.2.3c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że ubiegać się o zamówienie mogą jedynie wykonawcy, którzy dysponują instalacjami o odpowiednim statusie, tj. posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego, zapewniającymi przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych określonych w punkcie 6.2. lit. a) i b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpadów zielonych, określonych w punkcie 6.2. lit. f) specyfikacji, zebranych i odebranych z terenu m.st. Warszawa o łącznej mocy przerobowej nie mniejszej niż 67.000 Mg/rok odpadów dla zadania 1.; 91.000 Mg/rok odpadów dla zadania 2.; 93.000 Mg/rok odpadów dla zadania 3.; 86.000 Mg/rok odpadów dla zadania 4.; 94.000 Mg/rok odpadów dla zadania 5.; 58.000 Mg/rok odpadów dla zadania 6.; 85.000 Mg/rok odpadów dla zadania 7.; 67.000 Mg/rok odpadów dla zadania 8.; 99.000 Mg/rok odpadów dla zadania 9.;

2) zastrzeżenia w punkcie III ogłoszenia o zamówieniu i punkcie 12.2.3d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że ubiegać się o zamówienie mogą jedynie wykonawcy, którzy dysponują składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (tj. składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego) o łącznej mocy przerobowej nie mniejszej niż: 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 1.; 41.000 Mg/rok odpadów dla zadania 2.; 42.000 Mg/rok odpadów dla zadania 3.; 39.000 Mg/rok odpadów dla zadania 4.; 42.500 Mg/rok odpadów dla zadania 5.; 26.000 Mg/rok odpadów dla zadania 6.; 38.000 Mg/rok odpadów dla zadania 7.; 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 8.; 44.500 Mg/rok odpadów dla zadania 9.;

2. oceny kryteriów oceny ofert w zakresie wskazanego w punkcie 27.9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu liczenia kryterium odnoszącego się do podwyższonego standardu świadczenia usługi w zakresie stosowania do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, instalacji o statusie RIPOK, z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania zmieszanych odpadów lub w przypadku technologii mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów – procesów biologicznego przetwarzania prowadzących do pełnej stabilizacji odpadów biodegradowalnych, określonych

w § 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 roku w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych;

3. opisu przedmiotu zamówienia, tj.:

- 1) zaniechania zastrzeżenia w rozdziale V pkt 1.2. opisu przedmiotu zamówienia i w § 6 wzoru umowy maksymalnej ilości odpadów, z podziałem na poszczególne frakcje, jakie wykonawca ma obowiązek odebrać i zagospodarować w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe;
- 2) braku zastrzeżenia w rozdziale V pkt 2.5. opisu przedmiotu zamówienia oraz w § 6 wzoru umowy maksymalnej ilości usług o charakterze incydentalnym, jakie wykonawca ma obowiązek wykonać w ramach wynagrodzenia ryczałtowego;
- 3) zaniechania podania w rozdziale IV pkt 2.1.-2.9. opisu przedmiotu zamówienia ilości nieruchomości poszczególnych rodzajów (z zabudową wielorodzinną wysoką, niską i zabudową jednorodziną);
- 4) zaniechania podania w rozdziale IV pkt 2.1.-2.9. opisu przedmiotu zamówienia informacji odnośnie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na nieruchomościach niezamieszkałych lub mieszanych, w tym szacowanej liczby osób zatrudnionych w tych podmiotach, charakteru prowadzonej działalności, wskazania ilości odpadów wytwarzanych przez poszczególne kategorie tych podmiotów;
- 5) zaniechania wskazania w rozdziale II pkt 2 i w rozdziale IV pkt 3.1. i 3.2. opisu przedmiotu zamówienia oraz § 1 ust. 5 wzoru umowy konkretnej ilości pojemników wraz ze wskazaniem ich rodzaju do gromadzenia odpadów, jakie ma dostarczyć wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego;
- 6) zaniechania w pkt II.2.2)a) ogłoszenia o zamówieniu, w rozdziale V pkt 2.2 oraz 2.3 opis przedmiotu zamówienia i § 1 ust. 4 wzoru umowy, jednoznacznego określenia częstotliwości odbioru poszczególnych frakcji odpadów z poszczególnych rodzajów zabudowy,
- 7) zaniechania podania w rozdziale II opisu przedmiotu zamówienia informacji określającej, czy od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych (tj. przede wszystkim przedsiębiorców) będą odbierane wszystkie wytworzone odpady, w tym selektywnie zebrane odpady opakowaniowe, czy tylko część tych odpadów określona na podstawie deklaracji złożonej przez przedsiębiorców;
- 8) zobowiązania wykonawcy w rozdziale V pkt 4.6. opisu przedmiotu zamówienia i § 5 ust. 4 wzoru umowy, do przekazywania zamawiającemu dokumentów opisanych w rozdziale V pkt 4.6, potwierdzających przekazanie odpadów każdemu następnemu odbiorcy, aż do odbiorcy ostatecznego;
- 9) zastrzeżenia w rozdziale V pkt 4.2 lit. b) opisu przedmiotu zamówienia, że wykonawca jest zobowiązany zgodnie z zapisami rozdziału V regulaminu oraz zgodnie z zapisami ustawy do przetwarzania: b) zmieszanych odpadów komunalnych wymienionych w punkcie 4.1. lit. a),

b) i odpadów zielonych – wymienionych w pkt 4.1. lit. f) oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w instalacjach posiadających status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego;

4. wzoru umowy:

1) akapit 2. na str. 1. w zakresie, w jakim określa dzień rozpoczęcia realizacji usług na dzień 1 lipca 2013 r. lub na dzień podpisania umowy, w razie zawarcia umowy po dniu 1 lipca 2013 roku;

2) § 8 ust. 3 pkt 1 w zakresie nieprecyzyjnych przesłanek nałożenia kary umownej oraz wysokości zastrzeżonej kary umownej;

3) § 8 ust. 3 pkt 2 w zakresie nieprecyzyjnych przesłanek nałożenia kary umownej oraz wysokości zastrzeżonej kary umownej;

4) § 8 ust. 3 pkt 3 w całości;

5) § 8 ust. 3 pkt 4, 5, 10, 12, 15, 17, 19 oraz § 8 ust. 4 i 5 w zakresie wysokości zastrzeżonej kary umownej;

6) § 11 ust. 2 pkt 2 lit. d) w zakresie, w jakim dopuszcza zmianę zakresu umowy bez dokładnego sprecyzowania przesłanek uzasadniających taką zmianę;

7) § 12 ust. 1 pkt 6 w zakresie, w jakim wskazuje na nieprecyzyjne przesłanki do rozwiązania umowy oraz w zakresie, w jakim określa czas przerwy w ilości 2 dni;

co narusza:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek tego, że opis ten preferuje konkretnego wykonawcę i art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie tego opisu bez związku z rzeczywistym zweryfikowaniem zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach oraz art. 4 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy poprzez opis kryteriów oceny ofert w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż preferuje konkretnego wykonawcę bez związku z rzeczywistym podwyższonym standardem świadczenia usługi i jest sprzeczny z hierarchią postępowania z odpadami, określoną w ustawie o odpadach oraz ww. dyrektywie, premiując dodatkową punktacją składowanie jako sposób zagospodarowania odpadów;

3. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie zbyt małej ilości informacji zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, co powoduje brak zachowania zasad uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym uniemożliwiający dokonanie wyceny oferty, a także poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązków niemożliwych do wykonania;

4. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 38 ust. 2 pkt 2) ustawy o odpadach poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązków niemożliwych do wykonania oraz sprzecznych z zasadami określającymi miejsce zagospodarowania odpadów;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 5 i art. 353¹, art. 483 i art. 387 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku określenia warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i uczciwej konkurencji, przyznania zamawiającemu uprawnienia do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym jej przeznaczeniem oraz w przypadku wystąpienia okoliczności, na które wykonawca nie ma wpływu.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1. wykreślenie warunku określonego w punkcie III ogłoszenia o zamówieniu i punkcie 12.2.3c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zastąpienia go następującym: „dysponują instalacjami zapewniającymi przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych, określonymi w pkt 6.2. lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazanymi w WPGO dla regionu warszawskiego lub zawarli umowę z takimi instalacjami”;

2. wykreślenie warunku określonego w punkcie III ogłoszenia o zamówieniu i punkcie 12.2.3d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. zmianę sposobu obliczenia kryterium „podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie stosowania do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, instalacji o statusie RIPOK, z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania zmieszanych odpadów lub w przypadku technologii mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów – procesów biologicznego przetwarzania prowadzących do pełnej stabilizacji odpadów biodegradowalnych, określonych w § 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 roku w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych” poprzez przyjęcie zaproponowanego przez odwołującego wzoru;

4. dodanie w rozdziale V pkt 1.2. opisu przedmiotu zamówienia i w § 6 wzoru umowy limitu odbioru odpadów komunalnych, wraz z podziałem na poszczególne frakcje, jakie wykonawca

- ma obowiązek odebrać i zagospodarować w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe, po przekroczeniu których konieczne będzie udzielenie zamówień uzupełniających;
5. dodanie w rozdziale V pkt 2.5. opisu przedmiotu zamówienia i w § 6 wzoru umowy informacji o maksymalnej ilości usług o charakterze incydentalnym, jakie wykonawca ma obowiązek wykonać w ramach wynagrodzenia ryczałtowego;
 6. dodanie w rozdziale IV pkt 2.1.-2.9. opisu przedmiotu zamówienia informacji o ilości nieruchomości poszczególnych rodzajów (z zabudową wielorodzinną wysoką, niską i zabudową jednorodziną) i ilości i rodzaju prowadzonej działalności na nieruchomościach niezamieszkałych;
 7. dodanie w rozdziale IV pkt 2.1.-2.9. opisu przedmiotu zamówienia informacji odnośnie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na nieruchomościach niezamieszkałych lub mieszanych, w tym szacowanej liczby osób zatrudnionych w tych podmiotach, charakteru prowadzonej działalności, wskazania ilości odpadów wytwarzanych przez poszczególne kategorie tych podmiotów;
 8. dodanie w rozdziale IV pkt 2.1.-2.9. opisu przedmiotu zamówienia, informacji o rzeczywistej ilości osób zamieszkujących i pracujących w Warszawie (poszczególnych jej częściach odpowiadających zadaniom) w 2011 lub 2012 lub 2013 roku;
 9. dodanie w rozdziale II pkt 2. opisu przedmiotu zamówienia i w rozdziale IV pkt 3.1. i 3.2. opisu przedmiotu zamówienia oraz § 1 ust. 5 wzoru umowy informacji o konkretnej ilości pojemników do gromadzenia odpadów wraz ze wskazaniem ich rodzaju, jakie ma dostarczyć wykonawca na nieruchomości, z których odbierane są odpady, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego;
 10. określenie w punkcie II.2.2) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, w rozdziale V pkt 2.2., 2.3. opisu przedmiotu zamówienia i § 1 ust. 4 wzoru umowy częstotliwości odbioru poszczególnych frakcji odpadów z poszczególnych rodzajów zabudowy;
 11. dodanie w rozdziale II opisu przedmiotu zamówienia informacji określającej, czy od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych (przede wszystkim przedsiębiorców) będą odbierane wszystkie wytworzone odpady, w tym selektywnie zebrane odpady opakowaniowe, czy tylko część tych odpadów określona na podstawie deklaracji złożonej przez przedsiębiorców;
 12. wykreślenie w rozdziale V pkt 4.6. opisu przedmiotu zamówienia i § 5 ust. 4 wzoru umowy zobowiązania wykonawcy do przekazywania zamawiającemu dokumentów opisanych w rozdziale V pkt 4.6. każdemu następnemu odbiorcy, aż do odbiorcy ostatecznego;
 13. zmianę treści rozdziału V pkt 4.2 lit. b) poprzez nadanie mu następującej treści: „wykonawca jest zobowiązany zgodnie z zapisami rozdz. V regulaminu oraz zgodnie z zapisami ustawy do przetwarzania: b) zmieszanych odpadów komunalnych wymienionych

wyżej w punkcie 4.1. lit. a) i odpadów zielonych wymienionych w punkcie 4.1 lit. f) oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w instalacjach posiadających status RIPOK lub instalacji zastępczej do obsługi regionu warszawskiego",

14. zmianę akapitu drugiego na stronie pierwszej wzoru umowy oraz pozostałych zapisów dokumentacji przetargowej określających termin rozpoczęcia świadczenia usług na dzień 1 lipca 2013 r. poprzez nadanie mu następującej treści: umowa wchodzi w życie z dniem jej zawarcia i obowiązuje przez okres 36 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, przy czym wykonawca jest obowiązany rozpocząć świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy, jednak niż wcześniej niż od 1 lipca 2013 roku,

15. zmianę § 8 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy poprzez doprecyzowanie przesłanek zastosowania tej kary, w szczególności poprzez określenie, co zamawiający rozumie pod pojęciem nieuzasadnionego przypadku wywozu oraz zmianę wysokości wynagrodzenia, w taki sposób, aby była ona naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia,

16. zmianę § 8 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy poprzez doprecyzowanie przesłanek zastosowania tej kary, w szczególności poprzez określenie, co zamawiający rozumie pod pojęciem nieuzasadnionego przypadku przetwarzania danego rodzaju odpadów oraz zmiany wysokości zastrzeżonej kary umownej w taki sposób, aby była ona naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia,

17. wykreślenie § 8 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy w całości,

18. zmianę § 8 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy poprzez zmianę wysokości zastrzeżonej kary umownej w taki sposób, aby była ona naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia,

19. zmianę § 8 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy w zakresie wysokości zastrzeżonej kary umownej w taki sposób, aby była ona naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia,

20. zmianę § 8 ust. 3 pkt 10 wzoru umowy w zakresie wysokości zastrzeżonej kary umownej w taki sposób, aby wynosiła ona nie więcej niż 50 zł,

21. zmianę § 8 ust. 3 pkt 12, 15, 17 i 19 wzoru umowy w zakresie wysokości zastrzeżonej kary umownej w taki sposób, aby wynosiła ona nie więcej niż 100 zł,

22. zmianę § 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy w zakresie wysokości zastrzeżonej kary umownej, w taki sposób, aby była ona naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia,

23. dodanie w § 8 wzoru umowy ustępu 9. o następującej treści: „Zamawiający nie będzie uprawniony do obciążenia wykonawcy karami umownymi, zastrzeżonymi w § 8 ust. 3 pkt 6, 7, 9, 10, 12, 14 lub 20 w razie zaistnienia podstaw do ich nałożenia w pierwszym miesiącu od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi przez wykonawcę”,

24. zmianę § 11 ust. 2 pkt 2 lit. d) poprzez wskazanie konkretnych przyczyn (okoliczności),

w przypadku wystąpienia których możliwa jest zmiana umowy w zakresie zmiany sposobu i terminów przekazywania raportów oraz informacji znajdujących się w tych raportach, 25. zmianę § 12 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy poprzez precyzyjne określenie przesłanek uprawniających zamawiającego do rozwiązania umowy oraz zmianę 2-dniowego terminu na 7 dni, względnie wprowadzenia zapisu stanowiącego, że zastosowanie tego uprawnienie jest możliwe dopiero po wcześniejszym bezskutecznym wezwaniu wykonawcy do dostosowania się do postanowień umowy w terminie 7 dni.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że wymogi opisane w punkcie 12.2.3 lit. c i d specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszają art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie zmierzają do rzeczywistego zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, gdyż wykonawcy niedysponujący opisanymi instalacjami RIPOK i składowiskami również są w stanie wykonać umowę w sposób należyty. Warunki te w sposób oczywisty naruszają art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż preferują konkretnego wykonawcę bez wpływu na jakość świadczonej usługi, czym rażąco uchylają zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ww. warunki oznaczają, że wykonawcy muszą być właścicielami, użytkownikami wieczystymi, dzierżawcami, najemcami, korzystającymi jako leasingobiorcy z instalacji RIPOK i składowiska, natomiast wykonawcy nie spełnią tego warunku, jeżeli będą mieli zawarte z podmiotami prowadzącymi RIPOK lub składowiska jedynie umowy na zagospodarowanie przez te podmioty przekazywanych im odpadów. Do należytego wykonywania przedmiotu zamówienie nie ma potrzeby dysponowania przez wykonawców instalacją RIPOK ani składowiskiem. Całkowicie wystarczające jest posiadanie umowy z podmiotem prowadzącym RIPOK, który w ramach prowadzonej działalności zobowiązany jest do zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów powstałych w wyniku mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów. Posiadanie takiej umowy świadczy o tym, że dany wykonawca zabezpieczył sobie możliwość wykonywania usługi w zakresie zagospodarowywania odpadów zgodnie z przepisami prawa. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prowadzący regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Po to ustawodawca wprowadził taki zapis, aby podmioty prowadzące te instalacje nie mogły zmonopolizować rynku na obszarze swojej działalności. Zamawiający uchybia tym intencjom

zmierzając do wykluczenia z rynku przedsiębiorców, którzy zdolni są do wykonywania działalności, ale nie posiadają instalacji RIPOK i składowiska.

Obecnie tylko pięć podmiotów działających w Warszawie posiada instalacje RIPOK i tylko dwa podmioty posiadają wymagane składowisko. Oznacza to, że zamawiający ograniczył konkurencję jedynie do MPO, albowiem tylko ten podmiot spełnia oba ww. warunki.

O ile żądanie zapewnienia zagospodarowania odpadów w instalacjach RIPOK i instalacjach zastępczych, przy założeniu, że zawarcie umowy z podmiotem prowadzącym taką instalację jest wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, może zostać uznane za uzasadnione, o tyle nie ma podstaw do żądania dysponowania lub legitymowania się umową z instalacją RIPOK – składowisko. To instalacja RIPOK lub instalacja zastępcza zajmująca się przetwarzaniem odpadów (instalacja MBP, spalarnia, sortownia) musi zapewnić ostateczne zagospodarowanie odpadów powstałych w wyniku przetwarzania i w tym celu zawrzeć stosowną umowę z RIPOK – składowisko (lub być dysponentem takiej instalacji).

Wymóg dysponowania przez wykonawcę instalacją RIPOK do przetwarzania odpadów zielonych jest całkowicie nieuzasadniony i niemożliwy do spełnienia, w regionie warszawskim nie ma bowiem żadnej instalacji RIPOK (kompostowni), która mogłaby zagospodarować odpady zielone.

Nieuzasadnione jest żądanie dysponowania instalacją RIPOK do zagospodarowania odpadów wskazanych w punkcie 6.2. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zmieszane odpady opakowaniowe), gdyż na gruncie ustawy o odpadach tego rodzaju odpady w ogóle nie podlegają zagospodarowaniu w instalacji RIPOK. Zgodnie z definicją RIPOK zawartą w art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach instalacje RIPOK służą do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, odpadów powstałych w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych, nie zaś zmieszanych odpadów opakowaniowych, które powinny zostać przekazane do instalacji do przetwarzania selektywnie zebranych odpadów (np. sortowni), ta zaś nie jest instalacją RIPOK.

Ustanowienie tych wymogów istotnie preferuje i uprzywilejowuje jednego tylko wykonawcę – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., który jako jedyny podmiot w regionie warszawskim dysponuje instalacjami RIPOK – MBP, RIPOK – spalarnia oraz RIPOK – składowisko.

Zamawiający w punkcie 27.9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał sposób liczenia kryterium oceny ofert w zakresie kryterium „podwyższony standard świadczenia usługi...” Co do zasady system kryteriów oceny ofert wprowadzający dodatkowe kryterium za podwyższony standard świadczenia usługi jest uzasadniony, jednakże kryterium to musi być odpowiednie do przedmiotu zamówienia, zgodne z przepisami prawa oraz nie może faworyzować w sposób sprzeczny z zasadami konkurencji jednego wykonawcy. Jednak

przyjęty przez zamawiającego sposób kalkulacji współczynnika za to kryterium jest sprzeczny z przepisami prawa, w szczególności z podstawowymi zasadami w zakresie hierarchii postępowania z odpadami, wynikającymi zarówno z art. 17 ustawy o odpadach, jak i przepisów dyrektywy, w tym z art. 4 ust. 1 w zakresie minimalizacji ilości odpadów przekazanych do składowania. Hierarchia postępowania z odpadami to: 1) zapobieganie powstawaniu odpadów, 2) przygotowywanie do ponownego użycia, 3) recykling, 4) inne procesy odzysku, 5) unieszkodliwianie.

Unieszkodliwianie, w tym składowanie, stanowi ostateczną metodę zagospodarowania odpadów, podczas gdy zamawiający w istocie preferuje tę metodę, gdyż zastosowany wzór służący kalkulacji punktów za ww. kryterium w sposób oczywisty premiuje maksymalizację ilości odpadów przekazywanych ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych do procesu biologicznej stabilizacji, a w konsekwencji do składowania jako stabilizat bądź do przekształcania termicznego i ostatecznie składowania powstałych w tym procesie pozostałości poprocesowych.

Przyjęty sposób kalkulacji punktów za to kryterium jest też sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, bowiem preferuje jednego wykonawcę tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. zarówno w zakresie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, jak i spalarni. Z góry wiadomo bowiem, że maksymalną ilość punktów za to kryterium otrzyma MPO, jako jedyny właściciel spalarni.

Jako metodę rozliczania się z wykonawcą zamawiający przyjął ryczałt, który obejmuje całość kosztów wykonawcy związanych z realizacją umowy. Oznacza to, że za wykonanie wszystkich obowiązków wykonawcy należna będzie jedna kwota płatna w równych miesięcznych ratach. Zatem bez względu na rzeczywisty wymiar prac, ponoszonych nakładów, zmieniających się okoliczności realizacji zamówienia, czy też jego poszczególnych elementów, wynagrodzenie to będzie niezmiennie. Zatem wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wyjątkowo dokładnie i precyzyjnie oszacować nakład pracy, zakres wykonywanych czynności, nakłady rzeczowe, niezbędne zakupy i inne elementy stanowiące koszt realizacji zamówienia. Mając na uwadze rozmiar zamówienia (80-140 milionów zł netto w stosunku do poszczególnych zadań) oraz czas realizacji umowy (36 miesięcy) najmniejsza pomyłka w tym zakresie może skutkować ogromnymi szkodami dla wykonawcy. Wykonawca, aby mógł dokonać takiej wyceny, musi dysponować niezbędnymi do tego danymi, które muszą być pewne, precyzyjne, pełne i aktualne. Poza tym niniejsze zamówienie jest pierwszym tego rodzaju. Zamawiający nie przewidział też możliwości renegotjacji czy zmiany ceny, nawet gdy podawane przez niego szacunkowe dane okażą się inne niż dane rzeczywiste. Zatem choć dane te podaje zamawiający, nie bierze za nie żadnej odpowiedzialności przerzucając całe ryzyko ich niezgodności z rzeczywistym stanem na wykonawców. Opis przedmiotu zamówienia nie spełnia więc

kryteriów art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie jest wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Bez względu na rzeczywistą ilość zebranych odpadów wykonawca będzie musiał je odbierać i zagospodarowywać po niezmiennej cenie. Limit odpadów powinien być podany, aby rozłożyć ryzyko istotnego zwiększenia ilości odpadów pomiędzy obie strony umowy, szczególnie w kontekście małej precyzyjności innych danych.

Informacja o ilości nieruchomości poszczególnych rodzajów (z zabudową wielorodzinną wysoką, niską i zabudową jednorodziną) jest szczególnie istotna w kontekście wyceny i zaplanowania odpowiednich nakładów rzeczowych, determinuje bowiem rodzaj pojemników na odpady, a także wyznaczenie sprzętu potrzebnego do odbierania odpadów z poszczególnych miejsc (np. czy ma być to śmieciarka, samochód skrzyniowy, samochód skrzyniowy z HDS, śmieciarka do odbioru odpadów selektywnie zbieranych). Trudno także określić długości trasy przejazdu podjazdów, co w konsekwencji uniemożliwia ustalenie kosztów i skalkulowanie oferty.

Informacje o podmiotach prowadzących działalność gospodarczą, w tym szacowanej liczby osób zatrudnionych, charakterze prowadzonej działalności, wskazanie ilości odpadów wytwarzanych przez poszczególne kategorie tych podmiotów są istotne dla możliwości wyceny, mają bowiem wpływ na wycenę wykonawcy, począwszy od kosztu pojemnika na odpady, kosztu zagospodarowania odpadów, kosztu transportu odpadów. Przedsiębiorcy składają corocznie sprawozdania z ilości wytworzonych odpadów i na tej podstawie informacje te można przekazać wykonawcom.

Brak też informacji o konkretnej ilości i rodzaju pojemników do gromadzenia odpadów, jakie ma dostarczyć wykonawca dla nieruchomości, z których odbierane są odpady, a następnie przenieść ich własność na zamawiającego, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Koszt pojemników jest niezwykle istotnym elementem kształtującym wartość zamówienia. Nie może być tak, że zamawiający nie określa konkretnej ilości tych pojemników, a wymaga ich nabycia, rozmieszczenia, a w końcu przeniesienia ich własności. Na każdy rejon potrzeba 10-15 tys. sztuk pojemników o różnych pojemnościach. Zamawiający powinien dokładnie sprecyzować ich rodzaj, nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, że w zależności od dowolnie zgłaszanej potrzeby przez właściciela nieruchomości jednorodzinnej uzależniona będzie wielkość pojemnika, jaki ma dostarczyć wykonawca. Tym bardziej, że właściciel nieruchomości może zmieniać swą decyzję bez jakiegokolwiek uzasadnienia i to nawet kilkakrotnie. Zamawiający nie podał też informacji, które z nieruchomości na dzień zawarcia umowy z zamawiającym zostaną wyposażone samodzielnie przez właścicieli. Sytuacja taka uniemożliwia racjonalną wycenę.

Zamawiający nie określa częstotliwości odbioru poszczególnych frakcji odpadów z poszczególnych rodzajów zabudowy, a jedynie, że wykonawca zobowiązany jest do

zorganizowania przedmiotowej usługi zapewniając odbiór wszystkich odpadów komunalnych z POO w sposób ciągły i z zachowaniem właściwej dla danego typu nieruchomości minimalnej, określonej w punkcie 1.2 opisu przedmiotu zamówienia, częstotliwości. Niezależnie od częstotliwości minimalnej wykonawca zobowiązany jest do dostosowywania parametrów odbioru odpadów komunalnych (wielkości i liczby pojemników oraz częstotliwości ich opróżniania) dla poszczególnych strumieni odpadów na terenie powierzonego zadania do ilości odpadów powstających w danej nieruchomości. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za koordynację i organizację odbioru odpadów z rzeczywistą częstotliwością uwzględniającą indywidualne warunki i ograniczenia związane z gromadzeniem odpadów komunalnych na terenie poszczególnych nieruchomości w taki sposób, aby nie dochodziło do przepelniania pojemników. W uzasadnionych przypadkach niezbędne będzie odbieranie odpadów z częstotliwością większą od częstotliwości minimalnej. Brak określenia takiej częstotliwości uniemożliwia dokonanie wyceny, nie wiadomo bowiem, czy wykonawca ma specjalnie zwiększać częstotliwość usługi.

Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera informacji określającej, czy od właścicieli nieruchomości niezamieszkanymi i mieszanymi (tj. przede wszystkim przedsiębiorców) będą odbierane wszystkie wytworzone odpady, w tym selektywnie zebrane odpady opakowaniowe, czy tylko część tych odpadów określona na podstawie deklaracji złożonej przez przedsiębiorców. W przypadku przyjęcia takiego rozwiązania inne byłyby szacowane ilości odpadów i koszty ich zagospodarowania i odbioru. W zależności od dzielnicy przyjęcie przez zamawiającego pełnego lub częściowego odbierania odpadów od przedsiębiorców przekładałoby się na 10-25% zwiększenia kosztów obsługi rejonu, inny rodzaj sprzętu koniecznego do wykonania usługi (samochody hakowe do odbioru dużych kontenerów i prasokontenerów), zakupu dużych kontenerów i prasokontenerów.

Gdyby zamawiający ustalił wynagrodzenie dla wykonawców na podstawie rzeczywistej ilości wykonanej pracy (zebranych odpadów), ilość tych danych i ich precyzyjność nie musiałaby być tak dokładna.

Rozdział V pkt 4.6 opisu przedmiotu zamówienia i § 5 ust. 4 wzoru umowy zawiera zobowiązanie wykonawcy do przekazywania zamawiającemu dokumentów opisanych w rozdziale V pkt 4.6. każdemu następnemu odbiorcy, aż do odbiorcy ostatecznego. Tego rodzaju zapis jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawców, albowiem, skoro przekazują oni zebrane odpady w celu ich unieszkodliwienia do tzw. RIPOK, to tracą nad nimi kontrolę i możliwość sprawdzenia, czy pozyskiwania dokumentów dotyczących dalszego obrotu odpadami. Podmioty prowadzące RIPOK działają na mocy odpowiednich przepisów i są zobowiązane się do nich stosować, grożą im też wysokie sankcje za niedochowanie tych przepisów. Sama także instalacja RIPOK działa na podstawie odpowiednich zezwoleń i decyzji, zatem wykonawca i zamawiający muszą działać w pewnym zaufaniu do nich.

Ponadto wykonawca nie ma możliwości wpłynięcia na podmiot prowadzący instalację, aby ten przekazywał mu tego rodzaju dokumenty, bowiem jedynym jego ustawowym obowiązkiem jest zawarcie umowy z podmiotem odbierającym odpady z danego terenu. W konsekwencji ten obowiązek jest niemożliwy do wypełnienia przez wykonawców, a także preferuje w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji te podmioty, które same prowadzą instalacje, choć w rzeczywistości nie ma to żadnego przełożenia na jakość świadczonej usługi.

Biorąc pod uwagę, że instalacje RIPOK w regionie warszawskim obsługują nie tylko odpady pochodzące z Warszawy, lecz również z innych gmin regionu, zagospodarowanie wszystkich odpadów wytwarzanych w m.st. Warszawa nie będzie możliwe z uwagi na niewystarczające moce przerobowe instalacji RIPOK. Podobnie z zagospodarowaniem odpadów na składowiskach posiadających status RIPOK w regionie warszawskim. Z wiedzy odwołującego wynika, że w skali rocznej RIPOK – składowisko może przyjąć zaledwie 190.000 ton odpadów rocznie, tymczasem ze wskazań specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika zapotrzebowanie 334.000 ton rocznie, dla całego regionu warszawskiego wynosi 550.000 ton rocznie, zaś roczna możliwość składowania w instalacjach RIPOK będących składowiskami wynosi 190.000 rocznie. Istnieje zatem konieczność dopuszczenia możliwości składowania odpadów w instalacjach zastępczych. W regionie warszawskim nie istnieją żadne instalacje RIPOK, w związku z czym wymóg przekazywania odpadów zielonych do instalacji RIPOK jest obiektywnie niemożliwy do spełnienia. Ponadto w każdej z instalacji może wystąpić awaria, przestój technologiczny, przeglądy, w takich sytuacjach konieczne jest korzystanie z innych instalacji, których umowa nie przewiduje. Umowa nie przewiduje jednak rozwiązania tego typu sytuacji, sankcjonując za to wykonawcę.

Wzór umowy określa dzień rozpoczęcia realizacji usług na 1 lipca 2013 r. lub na dzień podpisania umowy, w razie zawarcia umowy po 1 lipca 2013 roku. Taki zapis jest niedopuszczalny, bowiem w przypadku, gdy umowa zostanie zawarta zbyt późno jest w praktyce niewykonalna w początkowym okresie jej obowiązywania. Skala tego zamówienia jest bezprecedensowa i każdy z wykonawców musi się do tego odpowiednio przygotować. Wykonawcy pewne czynności przygotowawcze przedsięwziąć mogą dopiero po zawarciu umowy, gdy będą mieć pewność, że będą realizować dane zamówienie. W braku takich informacji, jak choćby ilość pojemników, nie jest możliwe przystąpienie z dnia na dzień do realizacji usługi, najpierw trzeba przeprowadzić lustrację nieruchomości, następnie zamówić pojemniki u producenta, poczekać na ich dostawę i je ustawić.

Niektóre z postanowień odnoszących się do kar umownych naruszają przepisy prawa przewidując niejasne kryteria ich naliczenia i rażąco wygórowaną wysokość.

Zgodnie z art. 483 Kodeksu cywilnego można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Zatem przepis ten podkreśla kompensacyjną funkcję kary umownej, która powinna być przeznaczona na pokrycie szkody. Sposób zastrzeżenia kar skutkuje tym, że odbiegają one od ich funkcji kompensacyjnej kary. Przyjmując bowiem, że wartość jednego zadania będzie przekraczała 100.000.000 zł, kara umowna na poziomie 1% tej kwoty będzie wynosiła ponad 1.000.000 zł. Wysokość kary umownej jest zupełnie nieadekwatna do wysokości potencjalnej szkody, jaką może ponieść zamawiający.

Z umowy nie wynika, co zamawiający miał na myśli pisząc o każdym nieuzasadnionym przypadku wywozu odpadów poza region warszawski oraz kto i w jaki sposób ma oceniać dany przypadek. Zamawiający w sposób arbitralny może dokonywać oceny w tym zakresie decydując, co stanowi w jego ocenie uzasadniony przypadek. Z uwagi na powyższe zapisu ten powinien być usunięty w całości, ewentualnie kara powinna zostać obniżona tak, aby była naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia, a nie od wysokości całkowitej kwoty wynagrodzenia za okres 3 lat. Takie naliczanie jest bardziej adekwatne do możliwości wystąpienia szkody i spełnia swą funkcję kompensacyjną i zdecydowanie motywuje wykonawcę do należytego wykonania usług nie powodując jednocześnie zagrożenia, że wskutek jednego zdarzenia byt całego przedsiębiorstwa będzie zagrożony. Zamawiający powinien także precyzyjnie wskazać, co rozumie pod pojęciem „nieuzasadniony przypadek wywozu”.

§ 8 ust. 3 pkt 2 – nakłada na wykonawcę obowiązek zapłaty bardzo wysokiej kary umownej za przekazanie odpadów zmieszanych, pozostałości z sortowania przeznaczonych do składowania oraz odpadów zielonych do instalacji RIPOK. Zagospodarowanie wszystkich odpadów w RIPOK nie będzie możliwe z uwagi na ich niewystarczające moce przerobowe. Wywożenie odpadów poza region warszawski jest zgodne z prawem dla niektórych kodów odpadów, stąd trudno jest zakładać możliwość poniesienia jakichkolwiek szkód przez zamawiającego w przypadku naruszenia tego typu zakazu. Z przepisu nie wynika także, co jest „nieuzasadnionym przypadkiem” przetwarzania danego rodzaju odpadów oraz w jaki sposób i kto ma oceniać dany przypadek. Zamawiający w sposób arbitralny może dokonywać oceny. Z uwagi na powyższe zapis ten powinien zostać usunięty, ewentualnie obniżeniu powinna podlegać wysokość kary umownej w ten sposób, aby była naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia, a nie od wysokości całkowitej kwoty wynagrodzenia za okres 3 lat. W razie nieusunięcia postanowienia zamawiający powinien precyzyjnie wskazać, co rozumie pod pojęciem „nieuzasadniony przypadek”.

§ 8 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy jest wprost sprzeczny z przepisami prawa, w szczególności art. 91 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który przewiduje, że w razie wystąpienia awarii instalacji RIPOK, odpady należy przewieźć i zagospodarować

w instalacjach zastępczych. Dodatkowo instalacje wskazane w ofercie w trakcie trwania umowy mogą zaprzestać prowadzenia działalności z różnych przyczyn niezależnych od wykonawcy. Przepisy umowy nie przewidują jednak tego typu sytuacji. Zapis ten jest też sprzeczny z punktem 27.9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym zamawiający dopuścił wykorzystanie podczas realizacji umowy oraz wykazanie przez wykonawcę innych instalacji RIPOK. W związku z powyższym zasadne jest usunięcie ww. zapisu.

§ 8 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy – tego rodzaju zastrzeżenie narusza art. 5, art. 353¹ i art. 483 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przyznania zamawiającemu uprawnienia do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej. Zakaz otwierania odwłoka pojazdu nie wynika z żadnego zapisu umowy. Otwarcie odwłoka może nastąpić nie tylko w momencie opróżniania śmieciarki, ale także jej naprawy. Umowa nie przewiduje jednak tego typu sytuacji. Waga potencjalnego naruszenia (o ile zakaz otwarcia odwłoka może być w ogóle uznany za uzasadniony) nie uzasadnia nałożenia na wykonawcę tak wysokiej kary umownej. Z przepisu nie wynika, co zamawiający miał na myśli pisząc o każdym nieuzasadnionym przypadku otwarcia odwłoka. Nie wiadomo kto i w jaki sposób ma oceniać dany przypadek i w jaki sposób ma się to odbywać. Zamawiający w sposób arbitralny może dokonywać oceny w tym zakresie decydując, co stanowi w jego ocenie uzasadniony przypadek. Zapis ten powinien być usunięty, ewentualnie obniżeniu powinna podlegać wysokość kary umownej, aby była naliczana od dziennej wartości wynagrodzenia, a nie od wysokości całkowitej kwoty wynagrodzenia za okres 3 lat. Takie naliczanie jest bardziej adekwatne do możliwości wystąpienia szkody, spełnia swą funkcję kompensacyjną i motywuje wykonawcę do należytego wykonania usług. Zamawiający powinien również precyzyjnie wskazać, co rozumie pod pojęciem „nieuzasadniony przypadek otwarcia odwłoka”.

§ 8 ust. 3 pkt 5 – zastrzeżona wysokość kary umownej musi zostać uznana za zdecydowanie wygórowaną. Odnoszenie wysokości kary do całościowego wynagrodzenia za okres 3 lat za niespełnienie ww. wymogu w pojedynczych dniach realizacji umowy jest nieuzasadnione i nieproporcjonalne do potencjalnej szkody, jaką może ponieść zamawiający.

§ 8 ust. 3 pkt 10 – biorąc pod uwagę liczebność Warszawy, trudno jest uniknąć możliwości zaistnienia drobnych omyłek, mogących dotyczyć niewielkiej liczby mieszkańców.

§ 8 ust. 3 pkt 12 wzoru umowy – awarie systemów informatycznych, których wykonawca nie jest twórcą ani dostawcą, mogą zdarzać się stosunkowo często i z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

§ 8 ust. 3 pkt 15 wzoru umowy – możliwość żądania kary w wysokości 50.000 złotych za przerwę w funkcjonowaniu systemu wynoszącą np. 61 minut jest zupełnie nieuzasadnione. Awarie systemów informatycznych, których wykonawca nie jest twórcą ani dostawcą, mogą zdarzać się stosunkowo często i to z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Ponadto kara ta powinna się odnosić do braków przekazu pozostałych z winy wykonawcy, a nie każdego zdarzenia.

§ 8 ust. 3 pkt 17 wzoru umowy – zastrzeżona wysokość kary jest rażąco wygórowana, bowiem mogłaby wynosić ponad 10.000 zł. Taka wysokość nie jest uzasadniona, w szczególności, że zamawiający nie jest narażony na poniesienia jakichkolwiek kar w przypadku niezłożenia sprawozdania miesięcznego, a wysokość kary, jaka może zostać nałożona na zamawiającego za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu sprawozdania kwartalnego wynosi zaledwie 100 zł.

§ 8 ust. 3 pkt 19 wzoru umowy – zastrzeżona wysokość kary umownej musi zostać uznana za rażąco wygórowaną, bowiem jej wysokość przekraczałaby ponad stukrotnie wartość kary, jaką ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakłada na zamawiającego za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu ww. dokumentów (art. 9y ust. 1 pkt 5). Zastrzeżenie kary w takiej wysokości prowadziłoby do nieuzasadnionego bogacenia się zamawiającego kosztem wykonawcy.

§ 8 ust. 4 wzoru umowy – zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana. Brak spełnienia ww. wymogów choćby w jednym miesiącu w niewielkim zakresie zobowiązywałby wykonawcę do zapłaty kary nawet powyżej 1.000.000 złotych, co jest całkowicie nieproporcjonalne.

§ 8 ust. 5 wzoru umowy – zastrzeżona wysokość kary jest rażąco wygórowana. Dotyczy ona wystąpienia okoliczności, które nie są wykonywane samodzielnie przez wykonawcę, lecz przez instalację zajmującą się zagospodarowaniem odpadów. Biorąc pod uwagę wartość zastrzeżonej kary, która może przekroczyć 2.000.000 zł w stosunku do pojedynczego miesiąca, trudno wyobrazić sobie, by wykonawca zawarł z daną instalacją umowę, na podstawie której mógłby przenieść na nią odpowiedzialność za nałożenie kary przez zamawiającego i dochodzić odpowiedzialności w drodze regresu. Takie ukształtowanie wartości kar preferuje wykonawców, którzy dysponują instalacjami RIPOK, którzy siłą rzeczy nie będą musieli negocjować zawarcia umowy na warunkach przewidujących ww. odpowiedzialność regresową.

Zgodnie z § 11 ust. 2 pkt 2 lit. d) wzoru umowy zmiany postanowień zawartej umowy mogą być dokonywane w części dotyczącej przedmiotu umowy oraz sposobu wykonywania umowy w zakresie raportowania, kontroli i zarządzania wymaganą jakością świadczonych usług, dopuszcza się zmianę sposobu i terminów przekazywania raportów oraz zakresu informacji znajdujących się w przekazywanych zamawiającemu raportach, jeżeli w ich konsekwencji nie

zostają obniżone zasady świadczenia określone przez zamawiającego. Narusza to art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakresie, w jakim dopuszcza zmianę zakresu umowy bez dokładnego sprecyzowania przesłanek uzasadniających taką zmianę. Zamawiający, choć przewidział możliwość zmiany, nie określił warunku jej dokonania. Wzór umowy nie wskazuje konkretnie z jakich przyczyn (w razie wystąpienia jakich okoliczności) możliwa jest zmiana umowy w zakresie zmiany sposobu i terminów przekazywania raportów oraz zakresu informacji znajdujących się w tych raportach. Powyższe ma istotne znaczenie biorąc pod uwagę wysokość kar zastrzeżonych za choćby jednodniowe opóźnienie w składaniu tych raportów. Ma to również konsekwencje dla właściwego skalkulowania oferty. Prawidłowe i jednoznaczne określenie przyczyn uzasadniających zmianę umowy ma znaczenie z punktu widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy zamawiający może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca zaprzestał wykonywania umowy w całości lub w części przez okres dłuższy niż 2 dni. Powyższe postanowienie jest zbyt rygorystyczne i niejednoznaczne. Umowa nie rozróżnia przypadków uzasadnionego zaprzestania wykonywania umowy, niezawinionego przez wykonawcę. Nie określa też, co należy rozumieć przez zaprzestanie wykonania np. części umowy. Może to w konsekwencji doprowadzić do sytuacji, w której zwykłe opóźnienie w realizacji odbiorów z kilku nieruchomości zostanie przez zamawiającego potraktowane jako zaprzestanie wykonywania części umowy. Poza tym rozwiązanie umowy w takiej sytuacji może nastąpić w terminie 3 miesięcy od daty powzięcia decyzji o zdarzeniu uzasadniającym rozwiązanie umowy. Oznacza to, iż przez okres blisko 90 dni wykonawca będzie w stanie niepewności co do tego, czy zamawiający rozwiąże umowę, czy też nie. Postanowienie to należy wykreślić, względnie nakazać zamawiającemu określenie zakresu usług, którego dotyczyć będzie przerwa, uzasadniającego rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym.

sprawa sygn. akt KIO 1132/13

Odwołujący – Remondis Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję;
2. art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez narzucenie wykonawcom sposobu wykazania dysponowania zasobami podmiotów trzecich;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez postawienie kryteriów oceny ofert, które w nieuzasadniony sposób uprzywilejowują Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o.;

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

5. art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien kierować się celem, któremu zamawiane usługi mają służyć, a warunki nie mogą ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Brak jest uzasadnienia merytorycznego dla wymogu dysponowania przez wykonawcę składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów o określonej przez zamawiającego mocy przerobowej. Zgodnie z punktem 12.2.3 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (tj. składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi Regionu Warszawskiego o łącznej mocy przerobowej nie mniejszej niż: 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 1., 41.000 Mg/rok odpadów dla zadania 2., 42.000 Mg/rok odpadów dla zadania 3., 39.000 Mg/rok odpadów dla zadania 4.; 42.500 Mg/rok odpadów dla zadania 5., 26.000 Mg/rok odpadów dla zadania 6., 38.000 Mg/rok odpadów dla zadania 7., 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 8., 44.500 Mg/rok odpadów dla zadania 9. W przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie, moce przerobowe składowisk wyrażone w Mg/rok, o których mowa powyżej, a którymi winien dysponować wykonawca w celu realizacji przedmiotu zamówienia, podlegają sumowaniu odpowiednio do liczby zadań, w odniesieniu do których została złożona oferta.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie będzie musiał wykazać, iż dysponuje składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego o łącznej

mocy przerobowej 333.000 Mg/rok. Tymczasem w „Wojewódzkim planie gospodarki odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023” oraz uchwale nr 212/12 w sprawie wykonania Wojewódzkiego planu gospodarki odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-2023 dla regionu warszawskiego wskazano dwa składowiska o statusie RIPOK – w m. Kludyn i w Świerku. Składowiska te nie zapewniają wymaganych mocy przerobowych, gdyż ich łączne moce to 190.000 Mg/rok. Zapewnienie określonych przez zamawiającego mocy przerobowych możliwe jest jedynie w przypadku dopuszczenia dysponowania również składowiskami posiadającymi status składowisk zastępczych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dopuszczenia możliwości wykazania przez wykonawców, że dysponują składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (tj. składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego lub składowiskami posiadającymi status składowisk zastępczych do obsługi regionu warszawskiego) o łącznej mocy przerobowej nie mniejszej niż moc wskazana przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do części III pkt 12.2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca może polegać na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Sporządzony przez zamawiającego wzór zobowiązania podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji zasobów przeznaczonych do wykorzystania przy realizacji zadania przewiduje obowiązek złożenia przez podmiot udostępniający zasoby oświadczenia, że „zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zmianami) zobowiązujemy się do oddania, do wyłącznej dyspozycji na czas realizacji zamówienia [wskazać nazwę Wykonawcy], składającemu ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy”, wszystkich wymienionych poniżej zasobów, niezbędnych do jego realizacji.” Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ani orzecznictwo KIO nie ogranicza możliwości powoływania się na potencjał udostępniony tylko do sytuacji, gdy podmiot trzeci zobowiąże się do oddania zasobów na czas realizacji zamówienia do wyłącznej dyspozycji wykonawcy. Wykonawca może w dowolny sposób wykazać, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego, a zatem stawianie wymogu przedkładania oświadczeń o konkretnej treści stanowi naruszenie powyższego przepisu. Takie sformułowanie zobowiązania narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o wzorze zobowiązania podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji zasobów przeznaczonych do wykorzystywania przy realizacji konkretnego zadania/zadań.

W części V pkt 26 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przewidział kryteria oceny ofert: cena brutto 55 punktów, kryteria pozacenowe 45 punktów, w tym: a) podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych przy wykorzystaniu pojazdów o obniżonej emisji spalin – 10 punktów, b) podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie stosowania do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, instalacji o statusie RIPOK z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania zmieszanych odpadów lub w przypadku technologii mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów – procesów biologicznego przetwarzania określonych w § 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 roku w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych – 35 punktów.

Kryterium to w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., które posiada instalację o statusie RIPOK wykorzystującą wskazane przez zamawiającego technologie.

Formułując kryterium określone w części V pkt 26. ppkt 2. lit. b) specyfikacji zamawiający pominął technologię współspalania paliwa alternatywnego, która w hierarchii postępowania z odpadami znajduje się wyżej niż ich składowanie. Stosownie bowiem do przepisu art. 18 ust. 6 ustawy o odpadach, składowane powinny być wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych. Skoro zatem możliwe jest unieszkodliwienie odpadów poprzez współspalanie paliwa alternatywnego, zamawiający powinien uwzględnić tę technologię w kryterium oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji kryteriów oceny ofert poprzez wskazanie, że podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie stosowania do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, instalacji o statusie RIPOK z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania zmieszanych odpadów lub w przypadku technologii mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, procesów mechanicznego przetwarzania odpadów w postaci produkcji paliwa alternatywnego i jego współspalania oraz procesu biologicznego przetwarzania, określonych w § 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 roku w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych – 35 punktów”, a w konsekwencji wprowadzenie do wzoru dodatkowego składnika określającego procentowy udział masy zmieszanych odpadów komunalnych, kierowanych do procesów współspalania w postaci

paliwa alternatywnego w całkowitej masie odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, zgodnie z formularzem oferty.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, opis jest bowiem niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców.

W części II pkt 6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że szacowana roczna ilość odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia, zgodnie z jego najlepszą wiedzą, według informacji i analiz aktualnych na dzień publikacji ogłoszenia, wynosi 785.000 Mg odpadów wskazanych w punkcie 6.2. Natomiast ze sporządzonego przez Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie „Stanu środowiska w województwie mazowieckim w 2011 roku” wynika, że w obszarze miasta Warszawa w 2011 r. odebrano 947.600 Mg odpadów. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający powinien był uwzględnić powszechnie dostępne dane dotyczące ilości odebranych odpadów, w tym dane zaprezentowane w sprawozdaniu sporządzonym przez WIOŚ, gdyż mają one istotny wpływ na sporządzenie oferty i umożliwiają wykonawcy prawidłowe oszacowanie oferty. Jest to szczególnie istotne, gdyż wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe, a zatem co do zasady niezmiennie przez cały okres obowiązywania umowy. Ponadto zaniżenie ilości odpadów powoduje, iż złożone oferty będą nieporównywalne.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dostosowania szacowanej rocznej ilości odpadów komunalnych do poziomu wskazanego w sporządzonym przez Wojewódzki inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie „Stanie środowiska w województwie mazowieckim w 2011 roku”.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 2.11 opisu przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do uzyskania we własnym zakresie stosownych zezwoleń na wjazd na drogi prywatne, a także uzgodnienia warunków dostępu do punktów odbioru odpadów (POO) położonych na terenie nieruchomości, jak również prowadzenia ciągłego monitoringu uzyskanych zezwoleń w całym okresie obowiązywania umowy. Przez punkt odbioru opadów należy rozumieć wskazane przez właściciela nieruchomości miejsce zbierania odpadów komunalnych (np. altana śmietnikowa, pomieszczenie zsypane, pomieszczenie na pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych). Zobowiązanie wykonawcy do uzyskania we własnym zakresie stosownych zezwoleń na wjazd na drogi prywatne, a także uzgodnienia warunków dostępu do POO położonych na terenie nieruchomości, jak również prowadzenia ciągłego monitoringu uzyskanych zezwoleń w całym okresie obowiązywania umowy jest świadczeniem niemożliwym. Wykonawca nie ma bowiem możliwości uzyskania wymaganych

przez zamawiającego zezwoleń dla każdej z dróg prywatnych położonych na obszarze realizacji zamówienia oraz uzgodnienia warunków do dostępu do POO z każdym właścicielem nieruchomości położonej w obrębie obszaru realizacji zamówienia. Takie możliwości posiada jedynie zamawiający, który w regulaminie/uchwale może zobowiązać właścicieli nieruchomości do zapewnienia wykonawcy dostępu do POO w dniu wskazanym w harmonogramie odbioru odpadów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia punktu 2.11 opisu przedmiotu zamówienia i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie, że zamawiający zobowiąże właścicieli nieruchomości do udostępnienia POO w dniu odbioru odpadów określonym w harmonogramie. Natomiast w zakresie dróg prywatnych zamawiający ustali z właścicielami nieruchomości możliwość wjazdu wykonawcy na drogi prywatne.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 1.8. i 1.9. i 1.13. opisu przedmiotu zamówienia przed rozpoczęciem odbioru odpadów wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia wszystkich nieruchomości, z których odbieranie odpadów komunalnych objęte jest zakresem zadania, w odpowiednie pojemniki, spełniające wymagania określone w „Regulaminie”. Postanowienia opisu przedmiotu zamówienia są niejednoznaczne i nieprecyzyjne oraz nie uwzględniają wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca nie posiada informacji, jaka jest liczba mieszkańców zamieszkujących daną posesję, jaka liczba pojemników i o jakiej pojemności będzie odpowiednia dla danej nieruchomości. Dane te są w posiadaniu zamawiającego, który powinien uzyskać od mieszkańców dane z oświadczeń oraz sprawozdań podmiotów dotychczas odbierających odpady z obszaru m.st. Warszawy. Liczba pojemników została podana w całości dla danego zadania, jednak ilość ta jest tylko szacunkowa i nie zostały w niej uwzględnione wszystkie spółdzielnie z terenu m.st. Warszawy, nie została doprecyzowana liczba pojemników dla każdej nieruchomości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez podanie wykazu nieruchomości uwzględniającego liczbę i pojemność pojemników, które wykonawca zobowiązany jest dostarczyć dla danej nieruchomości.

Zamawiający nie określił też, w jakim konkretnie terminie wszystkie nieruchomości powinny zostać wyposażone w pojemniki, podczas gdy w § 8 ust. 3 pkt 6) wzoru umowy przewidziano kary umowne za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w zaopatrzeniu danej nieruchomości w pojemnik lub pojemniki na odpady w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty brutto 100 zł oraz liczby gospodarstw domowych lub obiektów infrastruktury (np. lokali użytkowych) na danej nieruchomości, którym nie dostarczono wymaganego pojemnika lub pojemników.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez podanie terminu, w którym wykonawca zobowiązany będzie do wyposażenia nieruchomości w pojemniki, z jednoczesnym przekazaniem wykonawcy wykazu nieruchomości wraz z przyporządkowaniem rodzaju pojemników do konkretnej nieruchomości. Termin ten powinien być nie krótszy niż 3 tygodnie od dnia zawarcia umowy. Stosownie do rozdziału VIII pkt 1.15. opisu przedmiotu zamówienia wykonawca zgromadzi oraz przekaze zamawiającemu dane, dotyczące każdego indywidualnego POO: unikalny numer POO według metodyki wskazanej przez zamawiającego; adres POO bądź adres nieruchomości, do której przynależy jest POO; współrzędne GPS dla POO; ilości, rodzaje (tj. standard, dzwon, kontener, worki) oraz pojemności pojemników, które są zlokalizowane w POO wraz z ich kodem RFID, przypisanie każdego z pojemników do typu odpadów, objętych zakresem zamówienia, dwie fotografie POO o rozdzielczości 800 x 600 dpi; przypisanie POO do rodzaju nieruchomości: zamieszкана jednorodzinna, zamieszкана wielorodzinna, niezamieszкана, mieszana; wskazanie właściciela nieruchomości będącego właścicielem POO.

Brak jest uzasadnienia merytorycznego dla nałożenia na wykonawcę obowiązku gromadzenia i przekazywania zamawiającemu tak szczegółowych danych. Większość z ww. informacji pozostaje w dyspozycji zamawiającego. Nie ma też podstaw do gromadzenia przez wykonawcę danych dotyczących np. właściciela nieruchomości będącego właścicielem POO, dane te nie są niezbędne wykonawcy do realizacji zamówienia, a tym samym nie powinny być przez niego gromadzone.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie z rozdziału VIII pkt 1.15. opisu przedmiotu zamówienia obowiązku gromadzenia przez wykonawcę oraz przekazywania zamawiającemu następujących danych: współrzędne GPS dla POO; dwie fotografie POO o rozdzielczości 800 x 600 dpi; przypisanie każdego z pojemników do typu odpadów objętych zakresem zamówienia; wskazanie właściciela nieruchomości będącego właścicielem POO.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1.16. opisu przedmiotu zamówienia dla każdego POO wykonawca ma wskazać szczególne warunki odbioru odpadów komunalnych, wynikające ze specyfiki działania właściciela nieruchomości, do którego dany POO należy, w szczególności: szczególne ograniczenia w dostępie do punktu z uwagi na porę dnia lub dzień tygodnia; szczególne wymagania dotyczące wielkości pojazdu, który może dokonać odbioru odpadów z danego punktu; szczególne obowiązki spoczywające na wykonawcy w związku z odbiorem odpadów z danego punktu; szczególne wymagania dotyczące pracowników wykonawcy, którzy mogą odbierać odpady z danego punktu; inne oczekiwania i wymagania ze strony właścicieli nieruchomości, które mają wpływ na sposób świadczenia usługi odbioru odpadów z danego punktu.

Postanowienie to jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, gdyż nie określa, komu i na jakich zasadach wykonawca miałby przekazywać ww. informacje. Ponadto wymóg ich przekazywania nie znajduje uzasadnienia merytorycznego, gdyż informacje te nie mają dla zamawiającego żadnego znaczenia, są nieprzydatne w procesie oceny realizacji usługi przez wykonawcę. Za wystarczające należy uznać wskazanie ulicy i numeru nieruchomości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia punktu 1.16. opisu przedmiotu zamówienia.

Stosownie do rozdziału V pkt 1.2. opisu przedmiotu zamówienia odbiór odpadów wielkogabarytowych w przypadku nieruchomości zamieszkałych, zarówno w zabudowie jednorodzinnej jak i wielorodzinnej, oraz nieruchomości niezamieszkałych prowadzony będzie bez limitów ilościowych, z następującą minimalną częstotliwością: 1 raz na 4 tygodnie oraz dodatkowo choinki dwa razy w roku w okresie poświątecznym. Zgodnie natomiast z punktem 2.6. opis przedmiotu zamówienia częstotliwość odbioru odpadów wielkogabarytowych, w tym choinek świątecznych, musi być dostosowana do aktualnej sytuacji na terenie poszczególnych nieruchomości. Wykonawca ma obowiązek prowadzenia monitoringu terenu POO przeznaczonego na zbieranie tego rodzaju odpadów. W razie stwierdzenia faktu zalegania odpadów wielkogabarytowych wykonawca w terminie nie dłuższym niż 7 dni od wystąpienia takiej sytuacji lub zgłoszenia takiej potrzeby przez zamawiającego zorganizuje ich odbiór.

Obowiązek prowadzenia przez wykonawcę monitoringu POO sprowadza się do nałożenia na wykonawcę obowiązku objazdu poszczególnych POO w celu oceny, czy nie jest konieczne dokonanie odbioru odpadów wielkogabarytowych. Nie znajduje to uzasadnienia merytorycznego i jest nieuzasadnione ze względów ekonomicznych, taki sam efekt może bowiem zostać osiągnięty w wyniku ustalenia w harmonogramie odbioru odpadów konkretnych terminów odbioru odpadów wielkogabarytowych i poinformowania o nich mieszkańców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie, iż odpady wielkogabarytowe, w tym choinki świąteczne, będą odbierane w terminach wskazanych w harmonogramie odbioru odpadów.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 3.6. opisu przedmiotu zamówienia do odbioru odpadów zielonych zamawiający dopuszcza zastosowanie pojazdów skrzyniowych lub kontenerowych (hakowców lub bramowców). Takie narzucenie przez zamawiającego sposobu realizacji zamówienia jest bezzasadne. Odbiór odpadów zielonych bez uszczerbku dla poziomu świadczonych usług, może się odbywać przy pomocy śmieciarek.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości dokonywania przez wykonawcę odbioru odpadów zielonych przy zastosowaniu śmieciarek.

We wzorze umowy zamawiający zawarł szereg postanowień, które naruszają art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z § 1 ust. 5 zd. 2 wzoru umowy w przypadku, gdy pojemniki nie znajdujące się na nieruchomości nie spełniają wymagań określonych w rozdz. VI opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest wezwać właściciela nieruchomości lub właściciela pojemników do ich usunięcia z nieruchomości w wyznaczonym terminie, a po bezskutecznym upływie tego terminu usunąć te pojemniki z nieruchomości. Nałożenie na wykonawcę przedmiotowego wymogu jest nieuzasadnione, gdyż to zamawiający ma możliwości zobowiązania właściciela nieruchomości lub właściciela pojemników do ich usunięcia. Wykonawca nie ma środków umożliwiających mu wyegzekwowanie usunięcia pojemników przez właściciela.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany § 1 ust. 5 zd. 2 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż zamawiający, po przekazaniu informacji przez wykonawcę, zobowiązany jest wezwać właściciela nieruchomości lub właściciela pojemników do ich usunięcia z nieruchomości w wyznaczonym terminie, a po bezskutecznym upływie tego terminu zlecić wykonawcy usunięcie tych pojemników z nieruchomości.

Zamawiający w § 8 wzoru umowy przewidział zróżnicowane i liczne kary umowne za poszczególne zdarzenia. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej zastosowanie nie może prowadzić do naruszenia zasad współżycia społecznego i wprowadzać nadmiernej nierówności stron umowy.

Wymienione kary umowne naruszają ww. zasady:

1. § 8 ust. 3 pkt 1: za każdy nieuzasadniony przypadek wywozu, poza region warszawski określony w „Wojewódzkim planie gospodarki odpadami”, zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania oraz odpadów zielonych – w wysokości stanowiącej 1% wynagrodzenia. Również zgodnie z § 8 ust. 3 pkt 2 wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia zamawiającemu kary umownej w wysokości 1% wynagrodzenia. Kary te są nadmiernie wygórowane i niewspółmierne do poniesionej przez zamawiającego szkody.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści wzoru umowy poprzez wskazanie, że w przypadkach określonych w § 8 ust. 3 pkt 1 i 2 wzoru umowy wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości stanowiącej 1% miesięcznej raty należnego wykonawcy wynagrodzenia.

2. § 8 ust. 3 pkt 4: za każdy przypadek nieuzasadnionego otwarcia odwłoka pojazdu lub rozładunku pojazdu poza miejscem instalacji lub bazy magazynowej wskazanych w wykazie

instalacji lub wykazie baz magazynowo-transportowych w wysokości stanowiącej 1% wynagrodzenia. Okoliczności, w których zostanie nałożona kara umowna, zostały określone w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, co może prowadzić do arbitralnej oceny stanów faktycznych występujących w okresie realizacji umowy, zamawiający nie doprecyzował bowiem m.in. w jakim przypadku otwarcie odwołka zostanie uznane za nieuzasadnione.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia § 8 ust. 3 pkt 6 wzoru umowy.

3. § 8 ust. 3 pkt 6: w postanowieniu tym przewidziano kary umowne za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w zaopatrzeniu danej nieruchomości w pojemnik lub pojemniki na odpady komunalne, co jest nieuzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie podał konkretnej daty, do której wykonawca zobowiązany jest wyposażyć nieruchomości w pojemniki.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia § 8 ust. 3 pkt 6 wzoru umowy.

4. § 8 ust. 3 pkt 8: za każdy przypadek niedopełnienia obowiązku utrzymywania pojemnika na odpady komunalne w należyłym stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, zgodnie z rozdziałem VI pkt 1.14 opisu przedmiotu zamówienia, w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty brutto 100 zł oraz liczby gospodarstw domowych lub obiektów infrastruktury (np. lokali użytkowych) na danej nieruchomości. Przedmiotowa kara umowna jest wygórowana i nieuzasadniona, gdyż sposób i częstotliwość mycia i dezynfekcji pojemników oraz postępowania w przypadku, gdy pojemnik ulegnie zużyciu lub trwałemu uszkodzeniu, zostały określone przez zamawiającego w rozdziale VI pkt 1.14 opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia § 8 ust. 3 pkt 8 wzoru umowy.

5. § 8 ust. 3 pkt 10: za każdy przypadek nieodebrania, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, odpadów komunalnych z danej nieruchomości w terminie wynikającym z harmonogramu odbioru odpadów, odebrania odpadów w innym terminie niż wynikający z tego harmonogramu oraz nieodebrania odpadów w ciągu 6 godzin od chwili zgłoszenia przez zamawiającego żądania odebrania odpadów zgodnie z rozdziałem V pkt 2.5 opisu przedmiotu zamówienia w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty brutto 500 zł oraz liczby gospodarstw domowych lub obiektów infrastruktury (np. lokali użytkowych) w danej nieruchomości, z których nie odebrano odpadów albo odebrano je w innym terminie. Przedmiotowa kara umowna jest nadmiernie wygórowana, bowiem w przypadku zabudowy wielorodzinnej (bloku) zostanie naliczona za każde gospodarstwo domowe, pomimo że wykonawca zapewnia jeden pojemnik.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści wzoru umowy poprzez wskazanie, że za każdy przypadek nieodebrania, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, odpadów komunalnych z danej nieruchomości w terminie wynikającym z harmonogramu odbioru odpadów, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.1 opisu przedmiotu zamówienia, albo odebrania odpadów w innym terminie niż wynikający z tego

harmonogramu (z zastrzeżeniem rozdziału V pkt 2.4), a także nieodebrania odpadów w ciągu 6 godzin od chwili zgłoszenia przez zamawiającego żądania odebrania odpadów zgodnie z rozdziałem V pkt 2.5 w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty brutto 500 zł oraz liczby pojemników na danej nieruchomości, z których nie odebrano odpadów albo odebrane je w innym terminie.

6. § 8 ust. 3 pkt 12: za każdy przypadek, w którym dane, o których mowa w pkt. 2.3. załącznika nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia dostępne będą z opóźnieniem większym niż dopuszczalne zgodnie z punktem 2.2.4. lub 2.2.5. w wysokości 10.000 zł. Biorąc pod uwagę krótkie okresy opóźnienia dostępu do danych (np. dane o zarejestrowanych zdarzeniach powinny być dostępne do pobrania przez SIGOK nie później niż po 5 minutach od zarejestrowania zdarzenia), kara ta jest wygórowana.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia § 8 ust. 3 pkt 12 wzoru umowy.

7. § 8 ust. 3 pkt 13: za każdy przypadek nieuzasadnionego niezarejestrowania notatki o zdarzeniu, zgodnie z punktem 1.4 załącznika nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia – w wysokości brutto 100 zł. Przedmiotowa kara umowna jest nadmiernie wygórowana oraz zawiera pojęcia niedookreślone „nieuzasadnione niezarejestrowanie notatki”, co umożliwia arbitralną ocenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia § 8 ust. 3 pkt 13 wzoru umowy.

8. § 8 ust. 3 pkt 14: za każdy przypadek nieuzasadnionego niezarejestrowania danych, o których mowa w punkcie 2.3. załącznika nr 2 do opis przedmiotu zamówienia, z całej trasy danego pojazdu, zgłoszonej zamawiającemu w harmonogramie świadczenia usług w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty brutto 100 zł oraz liczby POO objętych trasą danego pojazdu, z których dane nie zostały zarejestrowane. Takie sformułowanie kary umownej jest nieuzasadnione, bowiem w przypadku awarii zainstalowanego w śmieciarce urządzenia GPS na trasie obejmującej 8.000 pojemników, pomimo ich odebrania i należytego wykonania usługi, wykonawca będzie zobowiązany zapłacić karę umową w wysokości 80.000 zł. Takie działanie pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia § 8 ust. 3 pkt 14 wzoru umowy.

9. § 8 ust. 3 pkt 15: za każdy dzień opóźnienia, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, we wdrożeniu lub za każdy przypadek trwającej przez łączny czas dłuższy niż 60 minut w danym dniu przerwy w funkcjonowaniu systemu identyfikacji pojemników RFID (Radio frequency identification) w wysokości 50.000 zł. Kara ta jest nieuzasadniona, gdyż wykonawca nie ma wpływu na poprawność działania systemu RFID – system jest montowany i obsługiwany przez firmę zewnętrzną, a wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za działania/zaniechania podmiotów trzecich. Podobnie w przypadku § 8 ust. 3 pkt 16 wzoru umowy, zgodnie z którym za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w oznakowaniu pojemników elektroniczną etykietą identyfikacji pojemników RFID, zgodnie

z rozdziału VI pkt 1.16 opisu przedmiotu zamówienia – w wysokości kwoty brutto 10.000 zł. Opóźnienie w oznakowaniu pojemników może być wynikiem działań, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, gdyż może wynikać z działań/zaniechań podmiotu trzeciego obsługującego system RFID.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia § 8 ust. 3 pkt 15 i 16 wzoru umowy.

10. § 8 ust. 4: w każdym miesięcznym okresie rozliczeniowym, w którym stwierdzone zostanie nieosiągnięcie przez wykonawcę wskaźnika ZPxy, o którym mowa w § 2 pkt 3 umowy, wykonawca zapłaci karę w wysokości 1% wynagrodzenia. Kara ta jest nadmiernie wygórowana.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu obniżenia jej do wysokości 1% kwartalnego wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

11. § 8 ust. 8: kary umowne zamawiający będzie potrącał z wynagrodzenia należnego wykonawcy lub z wniesionego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 7 umowy, bez potrzeby uzyskania zgody wykonawcy. W przypadku niemożliwości dokonania potrącenia przez zamawiającego, wykonawca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej w terminie 14 dni od otrzymania wezwania do zapłaty przyjmującego formę noty księgowej.

Kary umowne powinny przysługiwać zamawiającemu wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień wzoru umowy poprzez wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłocznego usunięcia uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenia istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy zamawiający może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca zaprzestał wykonywania umowy w całości lub w części przez okres dłuższy niż 2 dni. Przesłanka ta jest bardzo ogólna i umożliwia arbitralną ocenę, natomiast konsekwencje z niej wynikające są bardzo poważne.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wskazania konkretnych stanów faktycznych, których wystąpienie będzie skutkowało uznaniem, że wykonawca zaprzestał wykonywania umowy w całości lub w części.

sprawa sygn. akt KIO 1133/13

Odwołujący – D..... A..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 6d ust. 1 i 2 oraz art. 3 ust. 2 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podział m.st. Warszawy na sektory bez wymaganej uchwały i przyjęcie, że podział zamówienia na zadania w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi dozwolony podział zamówienia na części, jeżeli przedmiot postępowania jest podzielny;
2. art. 22 ust. 1 i 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuwzględnienie w punkcie 12.2.3. w zw. z punktem 12.1 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako spełnienia warunku udziału w postępowaniu dysponowania instalacją zastępczą – składowiskiem w rejonie warszawskim oraz wprost instalacją zastępczą dla tzw. odpadów zielonych do obsługi regionu warszawskiego;
3. art. 26 ust. 2b i art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu skutkujących wyeliminowaniem z postępowania wykonawców chcących polegać na innych podmiotach w celu wykazania, że spełniają warunki uczestnictwa w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedoprecyzowanie warunku w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania lub nakazanie zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stosownej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany przez odwołującego w uzasadnieniu, poprzez:

1. dopuszczenie jako warunku udziału w postępowaniu dysponowania instalacją zastępczą, w szczególności w odniesieniu do tzw. odpadów zielonych,
2. wyeliminowanie warunku, że niedopuszczalne jest wskazanie tych samych mocy przerobowych RIPOK w ramach różnych zadań.
3. sprecyzowanie, że umowa, o której mowa w art. 9l ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest wystarczająca do spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz nakazania uwzględnienia w podawanych mocach przerobowych tych, które RIPOK musi zadeklarować dla innych gmin regionu warszawskiego.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca wskazał, iż zamawiający dokonał podziału m.st. Warszawy na sektory bez wymaganej uchwały i niezasadnie przyjął, że podział zamówienia na zadania stanowi dozwolony podział zamówienia na części, jeżeli przedmiot postępowania jest podzielny. Zgodnie z treścią punktu 9.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia

zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, w punkcie 6.4. specyfikacji przedmiot zamówienia podzielono na 9 części obejmujących poszczególne dzielnice

Zgodnie z art. 6d ust. 1-3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów; celu zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wyznaczenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych rada gminy liczącej ponad 10.000 mieszkańców może podjąć uchwałę stanowiącą akt prawa miejscowego, o podziale obszaru gminy na sektory, biorąc pod uwagę liczbę mieszkańców, gęstość zaludnienia na danym terenie oraz obszar możliwy do obsługi przez jednego przedsiębiorcę odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. W przypadku, gdy gmina jest podzielona na sektory, przetargi organizuje się dla każdego z wyznaczonych sektorów.

Zgodnie z duchem ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gmina stanowi całość w kontekście możliwości zorganizowania przetargu. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, aby przedmiot zamówienia został podzielony na części. Przedmiot zamówienia jest tożsamy dla wszystkich 9 zadań. Podział na części dotyczy dzielnic m.st. Warszawy. Zamawiający utożsamia ze zwrotem wyrażonym w art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „przedmiot zamówienia jest podzielny” podział geograficzny stolicy i przypisanie poszczególnych zadań do połączonych ze sobą dzielnic. Taki podział zamówienia na części stanowi naruszenie przepisu art. 6d ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który wprowadził szczególną regulację dotyczącą podziału geograficznego gminy na jednostki mniejsze niż gmina na potrzeby przeprowadzenia postępowania przetargowego. Co do zasady podział na zadania zaproponowany przez zamawiającego mógłby zostać uznany za zasadny na podstawie art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyby nie przepis szczególny art. 6d ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odmiennie regulujący kwestię podziału geograficznego gminy na potrzeby postępowania przetargowego. Podział geograficzny gminy na sektory bez podjęcia uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego stanowi obejście przepisów ustawy, wyłącza możliwość zastosowania trybu kontroli takiej uchwały i w tym zakresie jest niezgodny z ustawą, a zatem w myśl art. 58 Kodeksu cywilnego czynności zamawiającego są nieważne z mocy prawa i jako takie nie mogą wywoływać skutków prawnych dla osób trzecich ani dla zamawiającego. Bezprawny podział postępowania na części skutkuje także ograniczeniem dostępu do zamówienia przez wykonawcę. Gdyby zamawiający przeprowadził oddzielne postępowania w stosunku do każdego z sektorów, wykonawca mógłby przedstawić te same dokumenty oraz zadeklarować te same moce przerobowe RIPOK dla każdego postępowania. Ponadto zamawiający musiałby opisać

przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Musiałby zatem podać ilość i rodzaj odpadów do zagospodarowania dla każdego sektora (dzielnicy) z podziałem na przewidywane ilości odbieranych rodzajów odpadów. Zamawiający nie dysponuje takimi danymi i nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia dla poszczególnych dzielnic zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, stąd próba ominięcia przepisów ustawy. W tym stanie rzeczy przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazuje jako warunek udziału w postępowaniu dysponowanie składowiskiem posiadającym status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego. Wymagania dla podmiotów ubiegających się o zamówienie zostały określone w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w rozdziale 4 i 4a. W zakresie sposobów postępowania i zagospodarowania odpadów podstawowe znaczenia ma art. 9 e ust. 1 w związku z art. 1a. Zamawiający pomija sposoby zagospodarowania odpadów zielonych. W regionie warszawskim nie ma bowiem RIPOK przeznaczonych do przyjmowania odpadów zielonych. Zatem w ramach warunków uczestnictwa w postępowaniu zamawiający powinien również wskazać, że wykonawca musi dysponować zastępczą instalacją z regionu warszawskiego dla odpadów zielonych, aby móc wykonać przedmiot zamówienia. Zagospodarowanie odpadów zielonych ze strumienia odpadów komunalnych także objęte jest przedmiotem zamówienia i w tym zakresie wykonawca powinien również dawać rękojmię właściwego wykonania zamówienia.

Zgodnie z punktem 12.2.3 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca musi dysponować składowiskiem o statusie RIPOK w celu wykazania potencjału technicznego umożliwiającego realizację zamówienia. Jednakże w regionie funkcjonują jedynie dwa składowiska RIPOK i przeznaczone zostały do obsługi całego rejonu warszawskiego, a ich moce przerobowe nie są wystarczające do obsługi wszystkich odpadów komunalnych z terenu m.st Warszawy oraz 50 pozostałych gmin. Oznacza to, że po wyczerpaniu mocy przerobowych odpady będą kierowane do instalacji – składowisk zastępczych. Zgodnie z zapisami „Wojewódzkiego planu gospodarki odpadami” część VIII pkt 2.3.3 ppkt 8 w każdym regionie gospodarki odpadami, odpady zmieszane, zielone i bioodpady oraz pozostałości z sortowania i MBP przeznaczone do składowania, muszą być kierowane w pierwszej kolejności do instalacji posiadających status RIPOK, położonych najbliżej miejsca wytworzenia odpadów. Dopiero w przypadku braku wolnych mocy przerobowych RIPOK, odpady mogą być kierowane do instalacji, przetwarzającej dany rodzaj odpadów, przewidzianej do zastępczej obsługi regionu. Zmieszane odpady komunalne mogą być kierowane do sit mobilnych wyłącznie w przypadku braku możliwości

przetworzenia odpadów w instalacjach MBP. W przypadku regionów, dla których wyznaczono instalacje do zastępczej obsługi poza regionem macierzystym, odpady mogą być przekazywane do instalacji zastępczych poza regionem wyłącznie pod warunkiem braku wolnych mocy przerobowych w instalacjach regionalnych i zastępczych funkcjonujących na obszarze regionu.

Zatem warunek dysponowania składowiskiem o statusie RIPOK, jako warunek uczestniczenia w postępowaniu, z pominięciem zastępczych instalacji z regionu warszawskiego w sytuacji, gdy w regionie funkcjonują tylko dwa składowiska RIPOK, stanowi ograniczenia dostępu do zamówienia w sytuacji, gdy odpady będą trafiały do instalacji zastępczych ze względu na niewystarczające moce przerobowe składowisk RIPOK. Zamawiający powinien dopuścić warunek dysponowania instalacją zastępczą dla regionu warszawskiego z zastrzeżeniem, że odpady będą mogły być kierowane do tej instalacji po wyczerpaniu mocy przerobowych składowiska RIPOK i pod warunkiem, że instalacja znajduje się w regionie warszawskim.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 2b oraz art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu skutkujących wyeliminowaniem z postępowania wykonawców chcących polegać na innych podmiotach w celu wykazania, że spełniają warunki uczestnictwa w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wymaga od wykonawców zadeklarowania mocy przerobowych z ww. instalacji dla poszczególnych zadań, jednak zastrzega, że moce przerobowe muszą być dedykowane do konkretnego zadania i wówczas nie mogą być powtórnie wykorzystane do innego zadania. Takie postanowienia eliminują z postępowania wykonawców nie dysponujących własną instalacją i składowiskiem RIPOK i naruszają art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto zamawiający nie określił, na podstawie jakich dokumentów wykonawca udowodni, że dysponuje instalacjami lub korzysta z potencjału technicznego innych podmiotów. Jest to o tyle istotne, że może doprowadzić do sytuacji, w której bez własnej winy wykonawca złoży nieważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Zatem przedłożenie ww. umowy powinno być równoznaczne z wypełnieniem wymogów stawianych w punkcie 12.2.3 lit. c i d specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co do

zasady w ramach umowy RIPOK zobowiązany jest przyjąć wszystkie odpady objęte umową do wyczerpania mocy przerobowych. Jeżeli natomiast przyjąć, że zamawiający wymaga oświadczenia RIPOK, iż przekazuje do dyspozycji innego podmiotu moce przerobowe, z postępowania zostają wykluczeni wykonawcy nie posiadający instalacji i składowiska RIPOK, bowiem ich udział w postępowaniu zależy od oświadczenia podmiotu, który również jest zainteresowany udziałem w postępowaniu i w którego interesie jest ograniczenie liczby potencjalnych konkurentów do uzyskania zamówienia, a nie ma obowiązku udostępnić wykonawcy swojego potencjału technicznego. Należy się spodziewać, iż podmioty dysponujące składowiskiem RIPOK oraz instalacją RIPOK będą odmawiały udostępnienia potencjału technicznego zasłaniając się własnymi potrzebami na poczet przedmiotowego postępowania. Ponadto zgodnie z zasadą wyrażoną w specyfikacji moce przerobowe można zadedykować tylko raz do konkretnego zadania. Zamawiający nie dostrzega, że wykonawcy posiadający instalację lub składowisko RIPOK działają na rynku objętym przedmiotem zamówienia i być może podpisali umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z innych gmin z rejonu warszawskiego. Zatem w przypadku, gdy RIPOK będzie zobowiązany do obsługi innych gmin, moce przerobowe dedykowane dla tych gmin także nie powinny być wliczane do potencjału.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

Wskazał, iż w roku 2010 zebrano 708.000 ton odpadów, w roku 2011 668.000 ton, natomiast w roku 2012 przeszło 630.000 ton, zatem zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia aż 10-procentowy wzrost ilości odpadów w stosunku do najwyższej ilości z 2010 roku i aż 25-procentowy w stosunku do roku 2012. Tym samym również zamawiający ponosi część ryzyka w postaci zapłaty za większą ilość odpadów, niż wykonawca odbierze od mieszkańców. Powyższe dane dotyczą ilości odebranych odpadów i pochodzą od samych wykonawców, zostały zawarte w sprawozdaniu przekazywanym do marszałka województwa. Wskazując w specyfikacji dane kierował się sprawozdaniem marszałka województwa, „Wojewódzkim planem gospodarki odpadami” oraz aktami prawnymi. W informacjach prasowych przekazanych przez odwołującego wskazano na 20-30% wzrost odpadów w stosunku do oficjalnych danych, a zatem uwzględniając 25% ich wzrost, zamawiający mieści się w tych wartościach. Zamawiający nie mógł wszystkich danych uzyskać już dwa lata temu, gdyż ostatnia z nowelizacji ustawy została wprowadzona 6 marca 2013 r.

W specyfikacji podał wszystkie dane, które był w stanie uzyskać.

Zamawiający zwrócił się do wykonawców o dane dotyczące odbioru odpadów, lecz nie uzyskał odpowiedzi. Dane dotyczące spółdzielni przesyłały same te podmioty, nie wszystkie spółdzielnie też te informacje przesyłały.

Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania konkretnej ilości odpadów odebranych przez wykonawcę, ponieważ musiałby wprowadzić obowiązek ważenia odbieranych odpadów, a tym samym wymagać od wykonawców, aby każdy samochód do odbioru odpadów posiadał wagę, co jest dla tych wykonawców uciążliwe i kosztowne, biorąc pod uwagę zwłaszcza 3-letni okres wykonywania umowy, w którym to czasie nie zwróciłby się wykonawcy koszt zakupu samochodów posiadających wagę lub wag. Zamawiający nie zdecydował się również na kierowanie informacjami o ilości odpadów odebranych przez instalacje, obawiając się, że ilość odpadów, za które zapłaci, może być powiększona o odpady pochodzące z innych gmin. Jego zdaniem podał wystarczająco istotne informacje pozwalające na skalkulowanie oferty.

Odbiór odpadów od podmiotów gospodarczych w nieruchomościach lokalnych zależy od umowy pomiędzy wspólnotami i spółdzielniami a przedsiębiorstwami. Zamawiający tych umów nie zna. Podał posiadane informacje o zabudowie niskiej, wysokiej, jednorodzinnej itd.

W zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 maja 2013 r. zamawiający wykreślił wymóg dotyczący posiadania instalacji RIPOK dla odpadów zielonych. Modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 21 maja 2013 r. zmienił brzmienie warunku zastępując „składowanie” określeniem „przetwarzanie odpadów”. Treść wymogu jest bezpośrednim przytoczeniem przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wymogi ustaw nie są realizowane w wystarczającym stopniu, dlatego miasto, działając w interesie mieszkańców, chce zarezerwować moce składowisk dla odpadów z miasta. Przywołuje wyrok ETS o sygn. C-209/98, w którym Trybunał stwierdził, że ochrona środowiska jest wartością nadrzędną nad konkurencją.

Składowiska prowadzone przez Sater-Otwock Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. posiadają wystarczające moce przerobowe i mogą przyjąć wszystkie odpady z regionu warszawskiego. Zgodnie z decyzjami wojewody mazowieckiego moce te to 360.000 ton rocznie, a więc 30 tysięcy ton więcej niż wymagane przez zamawiającego. W „Wojewódzkim planie gospodarki odpadami” nie podano przepustowości składowisk w tonażu na rok. Odpady zmieszane zawierają dużo odpadów biodegradowalnych, dlatego jego wymóg kształtuje się w granicach 45%. To, że w regionie warszawskim istnieją tylko dwa składowiska, nie jest zależne od zamawiającego.

Co do wymogu dotyczącego wykazania się instalacją o charakterze RIPOK, a nie zastępczą, stwierdził, że nie są to takie same potencjały. Poza tym ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określa, co powinno być w specyfikacji. Niektóre odpady można zagospodarowywać tylko w instalacjach RIPOK i tylko przy wykorzystaniu RIPOK zamawiający zrealizuje założony efekt ekologiczny. Zgodnie z przepisami instalację

zastępczą zamawiający może dopuścić tylko w warunkach wskazanych w ustawie. Zamawiający nie zastrzegł, że cała moc instalacji ma być przeznaczona dla Warszawy, jednak chodzi mu o realną możliwość zagospodarowania odpadów w instalacjach RIPOK. Dlatego zastrzegł, że nie mogą się one powtarzać, a ponadto sposób dysponowania został opisany w załączniku i przyszła umowa musi konsumować ten sposób, który będzie przez wykonawcę wskazany. Zagospodarowywanie odpadów w RIPOK jest nieporównywalnie droższe niż w instalacjach zastępczych.

Instalacje RIPOK zapewniają bezpieczne składowanie odpadów.

Co do kryterium oceny ofert, to dokonał jego modyfikacji 27 maja 2013 r. Podstawą przyjęcia takiego kryterium było spełnienie celów założonych ustawą i dyrektywą, czyli odzysk surowców i ograniczenie ilości składowanych odpadów biodegradowalnych. Nieprawdą jest, że jego wymóg jest niezgodny z hierarchią postępowania z odpadami. Chce premiować instalacje, które będą przewidywały przetwarzanie odpadów. W kryterium oceny ofert chodzi o to, aby punktować składowanie wyłącznie odpadów ustabilizowanych biologicznie. Zamawiający nie zdecydował się na kryterium dotyczące recyklingu, ponieważ nie jest w stanie ani ocenić, jaką wartość tej metody wykonawcy uzyskiwali w latach poprzednich, ani jaką będą uzyskiwać w trakcie realizacji umowy. Ze względu zaś na okres stabilizacji odpadów możliwe jest określenie, jaka ich ilość była stabilizowana w ciągu roku.

W kryterium jakości ocenia masę odpadów przekazaną do stabilizacji biologicznej, zgodnie z § 4 wskazanego rozporządzenia, a więc działanie ponadstandardowe do wymagań ustawowych. Gdyby potrafił ocenić przy składaniu ofert potencjał do odzysku odpadów, rozważyłby możliwość wprowadzenia takiego kryterium. Stabilizacja jest jedynym kryterium, które może weryfikować na etapie oceny ofert. Chce premiować lepsze proporcje przetwarzania mechanicznego do biologicznego. W przypadku wzoru wskazanego przez odwołującego nie jest w stanie ocenić tego, co wykonawcy by obiecali ani też wytłumaczyć, dlaczego dla danego sposobu postępowania z odpadami przyznałby konkretny wskaźnik, tj. 1,5; 1; 0,5 lub 0,3. Propozycja zmiany kryterium oceny ofert również jest subiektywna i preferująca sposób przetwarzania stosowany przez tych wykonawców.

Postanowienie umowy o podniesieniu wynagrodzenia ze względu na ewentualne podniesienie opłaty marszałkowskiej jest dowodem na to, że zamawiający nie przenosi całego ryzyka na wykonawcę.

Zamawiający wskazał na instalacje RIPOK, gdyż tylko dla nich są określone wymogi ustawowe. W stosunku do instalacji zastępczych takich wymogów nie ma. Zamawiający dopuszcza korzystanie z instalacji zastępczej podczas realizacji umowy tylko na warunkach określonych w ustawie.

Wykonawcy nie muszą być właścicielami, dzierżawcami itd. instalacji RIPOK i składowisk, mogą korzystać z podwykonawców.

Skoro miasto ma odpowiadać za odbiór odpadów, to stawia wyższe wymagania ekologiczne, gdyż system odbioru odpadów nie może wyglądać tak, jak obecnie.

Obowiązek przekazania zmieszanych odpadów opakowaniowych z zanieczyszczeniami do instalacji RIPOK wynika z tego, że w realiach warszawskich zbiórka selektywna może obejmować 40% zanieczyszczeń i takie założenia poczynił zamawiający. Zatem tylko RIPOK ma możliwość odsortowania zanieczyszczeń i ustabilizowania biologicznego tych zanieczyszczeń. Według jego oceny poprawa stanu czystości odpadów zajmie minimum trzy lata, a więc więcej niż okres trwania umowy.

Co do częstotliwości odbioru, będzie ona zależała od wykonawcy, tego, jakie pojemniki wystawi przy danych nieruchomościach, jak będzie projektował trasy itd. Zamówienie zostało opracowane tak, iż wykonawca musi zaprojektować jego realizację. Wykonawcy działają na terenie miasta i powinni potrafić ocenić sposób wykonania usługi lepiej niż zamawiający. Jeśli wykonawca chce złożyć ofertę, musi wycenić ryzyko. To pierwsze tego typu zamówienie organizowane przez miasto Warszawa.

Co do dokumentów potwierdzających odbiór odpadów – w rzeczywistości sama karta przekazania odpadów nie wystarcza. Zamawiający chce poznać kierunki przekazywania odpadów, ten wymóg wchodzi w zakres usługi, którą wykonawca ma zrealizować. Zamawiający ma na celu stabilność i przejrzystość odbioru odpadów. Stwierdzenie, że wykonawca nie ma możliwości żądać takich dokumentów, nie jest prawdą, gdyż to kwestia relacji handlowych z podmiotami, które odpady będą odbierały.

Zamawiający nie zmienił punktu 4.2 litera b w rozdziale V opisu przedmiotu zamówienia, ale wykonawca będzie postępował zgodnie z zasadami ogólnymi, powszechnie wiadomo, że obecnie nie ma RIPOK dla odpadów zielonych, ale kiedy powstaną, musi je do nich przekazywać. Kary umowne dotyczą jedynie nieuzasadnionego nieprzekazania.

Oczywiste jest, że odbiór odpadów jest niemożliwy bez dostarczenia pojemników. Obecnie rynek warszawski w 70% jest obsługiwany przez odwołujących i przystępujących, więc nie jest tak, że wykonawcy będą musieli jednocześnie ustawić wszystkie pojemniki jednocześnie. Poza tym wykonawcy mogą porozumieć się między sobą o wzajemnym korzystaniu z już postawionych pojemników. Zgodnie z „Regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminie” do czasu zużycia obecnie ustawionych pojemników wykonawcy nie mają obowiązku rygorystycznego przestrzegania oznakowania tych pojemników.

Kary umowne nie są związane ze szkodą, jaką może ponieść zamawiający, nie są też rażąco wygórowane. Pojęcie to co prawda nie jest zdefiniowane, jednak jest to stosunek między wartością kary a zobowiązaniem. Kary 1% zostały zastrzeżone przy naruszeniu

podstawowych zasad wykonywania usługi. Poza tym karom podlega tylko nieuzasadnione, czyli nieusprawiedliwione działanie wykonawcy.

Nie ma możliwości przedstawienia zamkniętego katalogu zdarzeń, które byłyby karane przy otwarciu odwłoka, czujnik wskazuje jedynie otwarcie, a nie wysypanie odpadów. Ustawa nakłada na podmioty odbierające odpady kary symboliczne, które nie są adekwatne do ich zaniedbań.

Co do wjazdu na drogi prywatne i dostępu do punktu odbioru odpadów, zamawiający nie jest w stanie udostępnić wszystkich miejsc, nie posiada kluczy itd. Dlatego w § 19 regulaminu zawarł taki wymóg w stosunku do mieszkańców.

W zarzucie dotyczącym usuwania pojemników jest ta sama propozycja, co we wzorze umowy, czyli że wykonawca usunie pojemniki na zlecenie zamawiającego. Z art. 391 Kodeksu cywilnego wynika, iż dłużnik w ramach zobowiązania może podjąć się nakłonienia osoby trzeciej do danego działania lub świadczenia.

Zarzut dotyczący braku uchwały o podziale miasta na sektory nie dotyczy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zawiera przepisy kolizyjne, które wskazują, że przepisy tej ustawy mają pierwszeństwo nad ustawą Prawo zamówień publicznych tam, gdzie są przepisami szczególnymi. Ustawa ta reguluje szczegółowe wymagania, co powinna zawierać specyfikacja, jednak nie ma tam postanowień dotyczących podziału zamówienia na części. Tym samym ustawodawca nie wyłączył możliwości udzielania zamówień w częściach. Podział na sektory dotyczy, zdaniem zamawiającego, zorganizowania odbioru i punktów selektywnego odbioru odpadów i odnosi się do podziału miasta w obu celach łącznie. Ustawa nie zawiera też definicji sektora. Gdyby zamawiający nie podzielił zamówienia na części, zmonopolizowałby je dla jednego wykonawcy. Nie ma też wykonawcy, który byłby zdolny wykonać zamówienie dla całej Warszawy.

Przystąpienie do wszystkich postępowań po stronie zamawiającego zgłosił Sater-Otwock Sp. z o.o. Po stronie odwołujących przystąpienia zgłosili: W..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... (postępowanie o sygn. akt KIO 1133/13), SITA Polska Sp. z o.o. (postępowania o sygn. akt KIO 1126/13 i KIO 1132/13), Remondis Sp. z o.o. (postępowania o sygn. akt KIO 1126/13 i KIO 1128/13), Eko-Hetman Sp. z o.o. (postępowania o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13), J..... Z..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PPHU LEKARO J..... Z..... (postępowania o sygn. akt KIO 1128/13, KIO 1132/13 i KIO 1133/13) Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o. (postępowanie o sygn. akt

KIO 1133/13), M..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą CLEAN WORLD Firma Handlowo-Usługowa M..... W..... (postępowanie o sygn. akt KIO 1133/13).

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: wszystkie odwołania zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań.

W zakresie zarzutów dotyczących postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu opisanych w punkcie 12.2.3. lit. c i d części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu Izba uznała, iż kwestionowane warunki naruszają ustawę Prawo zamówień publicznych zarówno w zakresie obowiązku zachowania uczciwej konkurencji, jak i proporcjonalności warunku, a przy tym nie weryfikują w prawidłowy sposób zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, tj. art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 i 5.

W punkcie 12.2.3. lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż o zamówienie ubiegać się mogą jedynie wykonawcy, którzy dysponują instalacjami o odpowiednim statusie, tj. posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego, zapewniającymi przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych określonych w punkcie 6.2. lit. a) i b) specyfikacji oraz odpadów zielonych, określonych w punkcie 6.2. lit. f) specyfikacji, zebranych i odebranych z terenu m.st. Warszawa o łącznej mocy przerobowej nie mniejszej niż: 67.000 Mg/rok odpadów dla zadania 1.; 91.000 Mg/rok odpadów dla zadania 2.; 93.000 Mg/rok odpadów dla zadania 3.; 86.000 Mg/rok odpadów dla zadania 4.; 94.000 Mg/rok odpadów dla zadania 5.; 58.000 Mg/rok odpadów dla zadania 6.; 85.000 Mg/rok odpadów dla zadania 7.; 67.000 Mg/rok odpadów dla zadania 8.; 99.000 Mg/rok odpadów dla zadania 9.

Modyfikacją z 27 maja zamawiający zmienił treść warunku wykreślając część: „oraz odpadów zielonych, określonych w punkcie 6.2. lit. f)”.

Z kolei w punkcie 12.2.3. lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postanowił, że o zamówienie mogą się ubiegać jedynie wykonawcy, którzy dysponują składowiskami zapewniającymi składowanie odpadów powstających w procesie

mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, tj. składowiskami posiadającymi status RIPOK do obsługi regionu warszawskiego, o łącznej mocy przerobowej nie mniejszej niż: 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 1.; 41.000 Mg/rok odpadów dla zadania 2.; 42.000 Mg/rok odpadów dla zadania 3.; 39.000 Mg/rok odpadów dla zadania 4.; 42.500 Mg/rok odpadów dla zadania 5.; 26.000 Mg/rok odpadów dla zadania 6.; 38.000 Mg/rok odpadów dla zadania 7.; 30.000 Mg/rok odpadów dla zadania 8.; 44.500 Mg/rok odpadów dla zadania 9.

Modyfikacją z 21 maja 2013 r. zamawiający zmienił wymóg w części: „zapewniającymi składowanie odpadów” na: „zapewniającymi przetwarzanie, tj. odzysk i unieszkodliwianie odpadów”.

W obu punktach zamawiający zastrzegł też, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie, moce przerobowe instalacji podlegają sumowaniu. (Zatem wykonawca, których chciałby złożyć ofertę na wszystkie zadania, musiałby wykazać, że dysponuje mocą przerobową instalacji RIPOK 740.000 Mg/rok dla warunku opisanego w lit. c i 333.000 Mg/rok dla warunku opisanego w lit. d).

Zgodnie z punktem 13.2.1. lit. m specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy powinni dostarczyć pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia, jeżeli wykonawca na takich zasobach polega. W załącznikach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przygotował wzór takiego zobowiązania (miał on być wypełniony dla każdego zadania osobno), jak również wzory innych informacji dotyczących dysponowania przez wykonawców instalacjami przetwarzania odpadów.

W odniesieniu do powyższych wymogów Izba stwierdziła, iż jakkolwiek zamawiający starał się prawidłowo odnieść do kwestii realnego dysponowania przez wykonawcę zasobami w postaci instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz kwestii rzeczywistego udowodnienia dysponowania zasobami podmiotów trzecich, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. wskazał na konieczność sumowania mocy przerobowych oraz „zarezerwowania” tych mocy do własnego użytku wykonawcy), to jednak nie wziął pod uwagę, że w przypadku odpadów, ze względu na szczególne uwarunkowania prawne, sytuacja jest specyficzna. W związku z tą sytuacją kwestionowane warunki nie mogą się ostać.

Z porównania powyżej opisanych wymogów zamawiającego z mocami przerobowymi instalacji przeznaczonych do obsługi regionu warszawskiego wynika, iż żaden

z wykonawców nie mógłby samodzielnie wykazać dysponowania taką mocą przerobową instalacji RIPOK, czy nawet ZIPOK, gdyż (poza ewentualnie Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. (MPO), już po uzyskaniu decyzji Marszałka Województwa z 16 maja 2013 r. zwiększającej moce przerobowe instalacji) żaden z wykonawców nie dysponuje instalacją o wymaganych mocach przerobowych (odpowiednio 740.000 i 333.000 Mg/rok). Zatem przed złożeniem ofert wykonawcy musieliby zawrzeć pomiędzy sobą porozumienia co do wzajemnego dysponowania swoimi instalacjami („wymienić się” swoimi mocami przerobowymi), czyli, zgodnie z wymogiem zamawiającego zawartym w punkcie 13.2.1. lit. m specyfikacji, uzyskać wzajemne zobowiązania do oddania instalacji do „wyłącznej dyspozycji” danego wykonawcy, a także podać „zarezerwowaną” dla danego wykonawcy roczną pojemność składowiska. W szczególności gdyby zamierzali złożyć oferty na większą liczbę zadań – co jest racjonalnym działaniem wykonawców, którzy w ten sposób zwiększają swoje szanse na uzyskanie zamówienia w jakiegokolwiek części.

Tym samym wykonawcy nie chcąc udostępnić swoich zasobów na potrzeby niniejszego przetargu (co jest zrozumiałe ekonomicznie, gdyż umniejsza szanse takiego wykonawcy na uzyskanie zamówienia), mogliby utrudniać lub uniemożliwiać swoim konkurentom składanie ofert. Ewentualnie zaciągać takie zobowiązania tylko w stosunku do tych wykonawców, którzy ze swojej strony mogliby również taką instalację zaproponować.

Takie porozumienia co do wzajemnych zasobów w oczywisty sposób są wątpliwe w świetle wymogu zachowania uczciwej konkurencji.

Ze względu zaś na to, że dla regionu warszawskiego wyznaczono jedynie dwie instalacje o statusie RIPOK będące składowiskami, tj. instalację należącą do Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. i do Sater-Otwock Sp. z o.o., oczywiste jest, że wykonawcy w szczególny sposób byłiby zależni od woli tych dwóch podmiotów do zaciągnięcia takich zobowiązań.

Co więcej, o ile potencjał Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. być może pozwalałby na złożenie oferty na wszystkie zadania, o tyle Sater-Otwock Sp. z o.o., który swoim potencjałem może objąć jedno większe lub dwa mniejsze zadania, decydując przy pierwszym zobowiązaniu, którego zadania lub zadań ma ono dotyczyć, musiałby je narzucać kolejnym wykonawcom. Byłoby to również niekorzystne dla tego wykonawcy (Sater-Otwock Sp. z o.o.), który również musiałby złożyć ofertę wyłącznie na to samo zadanie lub zadania. W ten sposób na niektóre zadania mogłaby powstawać nadmierna liczba oferentów przy ich deficycie na inne.

Wykonawcy słusznie także wskazywali w tym miejscu, że takie działanie, oprócz owej konieczności porozumienia, ujawniałoby przed konkurentami, na które zadania zamierzają oni złożyć oferty, a zatem osłabiałoby to ich pozycję jako oferentów, a przez to i uczciwą konkurencję.

„Proporcjonalność do przedmiotu zamówienia”, o której mowa w art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, może być rozpatrywana w dwóch aspektach – proporcjonalności w sensie słownikowym i matematycznym, czyli określonego stosunku części do całości lub stosunku do jakiejś wielkości, jak też proporcjonalności w znaczeniu adekwatności (zasady proporcjonalności).

W pierwszym przypadku oznaczałoby to odniesienie wymaganych rodzajów instalacji i mocy przerobowych do ilości i rodzaju odpadów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, która to proporcjonalność w zasadzie nie budzi wątpliwości Izby (warunek jest powiązany z przedmiotem zamówienia, podane wartości są porównywalne z zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i ewentualne dopuszczenie dodatkowych instalacji miałyby raczej na celu zwiększenie konkurencyjności niż proporcjonalności znaczeniu pierwszym, nie każdy też wykonawca jest w stanie osiągnąć wskazywane zmniejszenie ilości odpadów do składowania).

W drugim jednak znaczeniu proporcjonalności należałoby wskazać za Trybunałem Konstytucyjnym na trzy kwestie: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza (tu: warunek udziału w postępowaniu) jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, 2) czy regulacja ta (warunek) jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (względnie interesu zamawiającego), 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (wykonawcę)? Zdaniem Trybunału z zasady proporcjonalności wypływa bowiem, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a wynikającymi z niej ciężarami czy niedogodnościami. Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególnie naciska kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, iż jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi. (por. np. orzeczenie z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94, z 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95).

Oczywiście Trybunał Konstytucyjny odnosił się do zasady proporcjonalności wyrażonej w konstytucji, lecz rozważania te – dotyczące celu i potrzeby takiego ukształtowania warunków – przystają również do niniejszej sprawy. Na wszystkie postawione powyżej pytania należy odpowiedzieć negatywnie.

Przedstawianie przez wykonawców wymaganych zobowiązań nie ma dla zamawiającego żadnego waloru praktycznego. Zgodnie bowiem z przepisami prawa i założeniami gospodarki odpadami dla kraju, wykonawcy niejako „z mocy prawa” dysponują zarówno regionalnymi, jak i zastępczymi instalacjami do przetwarzania odpadów komunalnych. Instalacje te istnieją bowiem nie po to, aby obsługiwać konkretne podmioty odbierające odpady, lecz cały region, dla którego zostały wyznaczone.

W związku z powyższym przepis art. 91 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zobowiązuje prowadzącego regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych do zawarcia umowy na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. W założeniu instalacja ta niewątpliwie musi też te odpady odebrać. Podobnie w przypadku instalacji zastępczych, gdzie prowadzący taką instalację jest obowiązany przyjąć przekazywane do tej instalacji odpady.

Zatem żaden właściciel instalacji RIPOK nie może zapewnić danemu podmiotowi ani wyłączności, ani „dysponowania” instalacją w tym znaczeniu, że musi przyjąć odpady od każdego podmiotu zajmującego się ich odbiorem w regionie, dopóki posiada możliwość ich zagospodarowania, niezależnie od kolejności zawieranych umów. Podobnie jest w przypadku instalacji zastępczych. Niezależnie więc od podjętych w niniejszym przetargu zobowiązań dotyczących rezerwacji dla odpadów z Warszawy, instalacje musiałyby odebrać przywiezione wcześniej odpady z innych gmin regionu.

Słuszne jest także spostrzeżenie wykonawców, że zamawiający w ramach zobowiązań mógłby sprawdzić co najwyżej nominalne (wynikające z decyzji), a nie realne moce przerobowe, które instalacje będą mogły oddać na użytek Warszawy, gdyż zamawiający nie sprawdzi ile i na jakie ilości odpadów z innych gmin instalacje już zawarły umowy, a na ile jeszcze zawrą. A następnie – ile przyjmą do zagospodarowania.

Należy też zwrócić uwagę, iż zobowiązania takie nie są w ogóle realne. Gdyby bowiem nawet Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. zdecydowało się przedstawiać takie zobowiązania każdemu wykonawcy, który by się o to zwrócił, to przy dziesięciu wykonawcach MPO zaoferowałoby „na wyłączność” 3.330.000 Mg/rok swoich mocy przerobowych, co wielokrotnie przewyższa jego realny potencjał (choć oczywiście tylko jeden wykonawca dla zadania będzie tej mocy potrzebował do realizacji umowy). Świadczy to jednak o tym, że wystawianie takich zobowiązań jest bezcelowe.

Jeśli więc zamawiający uważa, że w świetle przepisów prawa i założeń „Wojewódzkiego planu gospodarki odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2017 z uwzględnieniem lat 2018-

-2023” możliwe jest zarezerwowanie mocy przerobowych instalacji wyłącznie dla odpadów z Warszawy, może sam zawrzeć takie porozumienie z prowadzącymi te instalacje nie wymagając, aby wykonawcy robili to kilkakrotnie.

Należy też zwrócić uwagę na to, że warunki udziału w postępowaniu służą selekcji wykonawców, skoro zaś prowadzący instalacje mieliby zaciągać zobowiązania wobec wszystkich chętnych, to o takiej selekcji w ogóle nie mogłoby być mowy.

Z kolei podmioty zajmujące się odbiorem odpadów również mają bardzo ograniczoną możliwość wyboru instalacji, która odebrane przez nich odpady zagospodaruje, gdyż muszą kierować się dyspozycją art. 9e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i przekazywać odpady do instalacji wyznaczonych w określonej kolejności. Zatem wybór ten dotyczy co najwyżej wyboru jednej z kilku instalacji o tym samym statusie.

„Własność” instalacji ma tu także drugorzędne znaczenie, gdyż ani wykonawcy posiadający instalacje o statusie RIPOK nie mogą „zarezerwować” jej wyłącznie do własnych celów, ani wykonawcy posiadający własne instalacje ZIPOK, choćby miały one wolne moce przerobowe, nie mogą w nich zagospodarować odpadów wbrew obowiązkom nakazującym odstawianie odpadów do instalacji RIPOK.

Kwestionowanych warunków nie da się także uzasadnić wskazywanym przez zamawiającego założonym celem ekologicznym, istotniejszym niż zachowanie konkurencji, gdyż nie zapewnią one zamawiającemu kontroli nad tym, co naprawdę stanie się z odebranymi odpadami. Najistotniejszy dla zamawiającego i dla osiągnięcia celów nowych zasad odbioru i gospodarowania odpadami jest bowiem sposób, w jaki wykonawca postąpi z odpadami po ich odebraniu. I żadne zobowiązanie prowadzącego instalację RIPOK ani żadne zapewnienia w ofercie nie spowodują jeszcze, że wykonawca odbierający odpady będzie je w tej instalacji zagospodarowywał w trakcie realizacji umowy. A więc założony dla warunku cel zamawiający może osiągnąć wyłącznie poprzez kontrolę działania wykonawców podczas realizacji umowy.

Tak więc samą informację, do której instalacji i w jakiej kolejności wykonawca zamierza kierować odpady, zamawiający, zamiast w warunku udziału w postępowaniu, może otrzymać np. w ramach planu wykonania usługi stanowiącego część oferty, a do zadań zamawiającego będzie należała kontrola, czy wykonawca postępuje zgodnie ze swoją ofertą. Kolejność wyboru instalacji zamawiający i wykonawca mogą też ustalić w trybie roboczym przed zawarciem umowy i podczas jej realizacji.

Z powyższych powodów, tj. konieczności monitorowania sposobu realizacji umowy, Izba nie uwzględniła żadnego z zarzutów dotyczących wymogów zamawiającego w zakresie kontroli

i sprawozdawczości z realizacji umowy, w tym zobowiązania wykonawcy do przekazywania zamawiającemu dokumentów potwierdzających przekazanie odpadów każdemu następnemu odbiorcy (zarzut dotyczący punktu 4.6. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia i § 5 ust. 4 wzoru umowy).

W ramach rozstrzygnięcia zarzutów w zakresie kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu Izba rozważała różne proponowane przez wykonawców i możliwe opcje brzmienia obu warunków, m.in. możliwość dopuszczenia instalacji zastępczych (wszystkich lub niektórych), instalacji do zastępczej obsługi regionu warszawskiego będących jednocześnie instalacją RIPOK dla innego regionu, zmniejszenia wymaganych mocy przerobowych składowisk (w tym w zależności od wykazania przez wykonawców możliwości zmniejszenia ilości odpadów przeznaczonych do składowania), możliwości przedstawienia zamiast zobowiązań umowy z instalacją RIPOK itd., jednak stwierdziła, że żadne z możliwych brzmień tych warunków nie zmienia sytuacji, że warunki te w sposób negatywny ingerują w uczciwą konkurencję, nie weryfikują rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia i nie powodują żadnego realnego skutku dla sposobu realizacji umowy. Zatem dla doprowadzenia postępowania do stanu zgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 i 5) konieczne jest usunięcie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia tych warunków i ogłoszenia o zamówieniu.

W swoich odwołaniach i podczas rozprawy wykonawcy zgłaszali różne i różniące się od siebie propozycje zmiany obu warunków, przy tym najdalej idącym skutkiem byłoby właśnie wykreślenie obu warunków, co też Izba nakazała. Rozstrzygnięcie to, w świetle argumentacji przedstawionej przez odwołujących w pismach i podczas rozprawy, Izba uznała za zgodne z żądaniami wykonawców.

W kwestiach formalnych zaś należy wskazać dodatkowo, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu, tj. nie jest dopuszczalne rozszerzenie zakresu odwołania. W konsekwencji tego przepisu Izba jest związana podniesionymi zarzutami, a nie żądaniami wykonawców. Niezależnie zatem od żądań wykonawców Izba musi doprowadzić postępowanie do stanu zgodnego z prawem (zatem np. nie orzeka o wykluczeniu wykonawcy czy odrzuceniu oferty, jeśli istnieje możliwość uzupełnienia dokumentów). Podobnie zresztą wykonawcy w trakcie postępowania odwoławczego mogą modyfikować swoje żądania.

Wobec powyższego rozstrzygnięcia Izba już tylko na marginesie stwierdza – w odniesieniu do zarzutów dotyczących wymogu przedstawienia właśnie zobowiązania – że zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych dowodem na

„dysponowanie” instalacją RIPOK mogłoby być nie tylko załączenie do oferty zobowiązania sporządzonego według wzoru przygotowanego przez zamawiającego, ale również umowa zawarta z tą instalacją (oczywiście o stosownej treści i odniesieniu do wymaganych mocy przerobowych).

Jednak również taka umowa nie miałaby mocy sprawczej w zakresie przyszłego działania wykonawcy większej niż zobowiązanie, więc i tak zamawiający nie mógłby zrezygnować z kontroli wykonania umowy. Do tego ze swojej natury mogłaby być jedynie umową przedwstępną lub zawartą pod warunkiem, bowiem żaden racjonalnie działający podmiot gospodarczy nie zaciągnie ostatecznego zobowiązania na dostarczenie czy odbiór takiej ilości odpadów, jeśli nie wie, czy będzie realizował kontrakt dla miasta i w jakim zakresie (a z kolei RIPOK zawierający takie umowy z kilkoma wykonawcami znacznie przekroczyłyby swoje moce przerobowe). Znacznie bardziej racjonalne jest więc przedstawienie tych umów (już ostatecznych) w dniu zawarcia umowy.

W zakresie zarzutów dotyczących kryterium oceny ofert opisanego w punkcie 26. podpunkt 2 lit. b oraz punkcie 27. części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że postanowienia te naruszają art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 17 ustawy o odpadach i nie prowadzą do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Nie są też zgodne z celem ekologicznym, który w założeniu miały promować.

W powyższych punktach zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert: cena brutto 55 punktów, kryteria pozacenowe 45 punktów, w tym: a) podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych przy wykorzystaniu pojazdów o obniżonej emisji spalin – 10 punktów, b) podwyższony standard świadczenia usługi w zakresie stosowania do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, instalacji o statusie RIPOK z wykorzystaniem technologii termicznego przekształcania zmieszanych odpadów lub w przypadku technologii mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów – procesów biologicznego przetwarzania określonych w § 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych – 35 punktów.

W punkcie 27. zamawiający opisał zasady oceny ofert według tych kryteriów, m.in. wskazał wzór, na podstawie którego będzie przyznawał punkty. Wzór ten został zmieniony modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 27 maja 2013 r.

Art. 17 ustawy o odpadach wprowadził następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami: 1) zapobieganie powstawaniu odpadów, 2) przygotowywanie do ponownego użycia, 3) recykling, 4) inne procesy odzysku, 5) unieszkodliwianie.

Zgodnie z przywołanym rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych mechaniczno-biologiczne przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych składa się z procesów mechanicznego przetwarzania odpadów i biologicznego przetwarzania odpadów połączonych w jeden zintegrowany proces technologiczny w celu ich przygotowania do procesów odzysku, w tym recyklingu, odzysku energii, termicznego przekształcania lub składowania. Odpady wytwarzane w procesie mechanicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych są kierowane zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami do odzysku albo do unieszkodliwiania, z zastrzeżeniem § 4 ust. 1.

Przywołany w kryterium § 4 rozporządzenia dotyczy wydzielanej w procesie mechanicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych frakcji o wielkości co najmniej 0–80 mm ulegającej biodegradacji, oznaczonej kodem 19 12 12, wymagającej zastosowania procesów biologicznego przetwarzania, przez które rozumie się procesy prowadzone w warunkach tlenowych lub beztlenowych z udziałem mikroorganizmów, w wyniku których następują zmiany właściwości fizycznych, chemicznych lub biologicznych odpadów.

Jak wyjaśnił zamawiający powyższe zasady oceny kryterium jakościowego w lit. b wynikają z założenia, iż będzie on w szczególny sposób punktował sposób postępowania z odpadami wskazanymi w § 4 ww. rozporządzenia. Głównym zaś argumentem przeciwko zmianie sposobu oceny tego kryterium był brak wiedzy, w jaki sposób ocenić dodatkowe sposoby postępowania z odpadami oraz brak możliwości sprawdzenia, czy deklarowane przez wykonawców sposoby i wielkości są realne.

Z kolei wykonawcy podnosili, iż opisany przez zamawiającego sposób oceny ofert nie promuje hierarchii postępowania z odpadami określonej w art. 17 ustawy o odpadach i efektów ekologicznych, jakie można uzyskać, tj. odzysku, w tym recyklingu, odzysku energii i termicznego przekształcania i dopiero w ostatniej kolejności ich składowania. Przy tym wskazali, że w obecnie przyjętym wzorze najwyższą liczbę punktów może uzyskać wyłącznie MPO, które produkuje najwyższy odczynnik stabilizatu (a więc materiału do składowania) i jako jedyny w regionie posiada spalarnię odpadów, pomimo że ma znikomy procent odzysku materiałów (ok. 3%). Natomiast wykonawcy, u których odzysk materiałowy i energetyczny sięga 60, 30 czy 20 procent, otrzymują niższą liczbę punktów.

Izba uznała słuszność argumentacji wykonawców. Rzeczywiście zamawiający (który prawidłowo założył, że należy oceniać podwyższoną jakość świadczenia usługi) powinien promować ową podwyższoną jakość, którą przede wszystkim jest jak największy współczynnik odzysku odpadów.

Zamawiający jednak, przechodząc od razu do podwyższonego punktowania stabilizowania odpadów wskazanych w § 4 ww. rozporządzenia, nie uwzględnił, że nie wszyscy wykonawcy w identyczny sposób będą postępować z odpadami i nie wszyscy uzyskają ten sam efekt ekologiczny. W zależności bowiem, do której z instalacji odpady zostaną przekazane, w taki sposób zostaną zagospodarowane. Zamawiający zawarł jedynie wymóg osiągnięcia minimalnego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia na poziomie kilkunastu procent i maksymalnego poziomu masy odpadów przekazywanych do składowania 50% (§ 2 ust. 1 i 2 wzoru umowy). Jak wynika jednak z przygotowanego przez odwołującego – W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W..... B..... zestawienia, każda z pięciu instalacji RIPOK dla regionu warszawskiego na inne osiągi: a więc odzysk materiałowy od 0,95, poprzez 3,68; 5,85; 8,72 do 23,45%, odzysk energetyczny od 1,57 poprzez 13,38; 24,98; 25,88 do 36,36%, stabilizat od 17,63 do 43,22, spalanie od 0 do 16,93%. Dane te nie były kwestionowane podczas rozprawy, lecz choćby nawet nie były dokładne, wskazują na ogólną zasadę, którą zamawiający musi wziąć pod uwagę przy ocenie ofert, aby największą ilość punktów przyznać wyłącznie wykonawcy, który osiągnie najwyższy (a nie jedynie minimalny) wskaźnik odzysku odpadów i najniższy, a nie maksymalny (a już na pewno nie najwyższy spośród oferentów) odpadów przekazywanych do składowania.

W odniesieniu do argumentów o braku norm i przepisów dotyczących paliwa alternatywnego należy wskazać, że nie stoi to na przeszkodzie, aby zamawiający w ramach opisu kryterium taką definicję i parametry wprowadził, np. w oparciu o wymogi odbiorców paliwa i dodatkowe punkty przyznawał jedynie za paliwa o wymaganej jakości (przecież ma oceniać „podwyższoną jakość”).

Co do argumentu zamawiającego, iż nie wie, jaki wzajemny współczynnik pomiędzy danym sposobem zagospodarowania powinien przyjąć, to nie jest to realną przeszkodą w prawidłowym opisanu kryterium. Ze swojej istoty kryteria zależą w pewnej mierze od subiektywnego uznania zamawiającego, co jest dla niego najważniejsze. Zatem nawet gdyby zamawiający przyjął inne współczynniki niż zaproponowane przez odwołującego, punktował poziom odzysku globalnie albo w innym rozbiciu na poszczególne elementy, istotne jest, aby kryteria generalnie zmierzały do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej ze względu na sposób (jakość) zagospodarowania odpadów.

Zamawiający może posłkować się propozycjami wykonawców w tym zakresie, może, a wręcz powinien, przewidzieć też promowanie inicjatyw propagujących i zwiększających selektywne zbieranie odpadów i tym samym zmniejszających powstawanie odpadów zmieszanych, jak np. opisana w pytaniu nr 2 zestawu 3. wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie musi też stosować konkretnego wzoru, może sporządzić np. opis wymagań, według których będzie oceniał przygotowany przez wykonawców plan wykonania usługi, plan zagospodarowania odpadów itp.

Warunkiem jest jedynie, aby sposób oceny był zrozumiały, jednoznaczny i odnosił się do rzeczywistego efektu ekologicznego, jaki osiągną wykonawcy, a więc uwzględniał hierarchię sposobów postępowania z odpadami wskazaną w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w szczególności najwyższe poziomy odzysku odpadów.

Owszem istnieje obawa, iż wykonawcy w celu uzyskania wyższej liczby punktów mogą podać zawyżone lub nierealne dane, jednak niebezpieczeństwo takich działań może zostać zmniejszone poprzez dokładne opisanie wymogów, a następnie weryfikację danych w oparciu o przedstawione przez wykonawcę dokumenty, jak też zastrzeżenie w umowie obniżenia wynagrodzenia, kar umownych czy wręcz rozwiązania umowy w przypadku, gdy wykonawca nie będzie osiągał zaoferowanych parametrów.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących braku w opisie przedmiotu zamówienia dokładnych informacji o zakresie usługi Izba uznała, że zarzuty odwołujących w tym zakresie potwierdziły się.

Z opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy wynika, że przedmiotem umowy jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy (dla poszczególnych zadań) ze wszystkich punktów odbioru odpadów przynależnych do nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych, a także nieruchomości mieszanych zlokalizowanych w granicach administracyjnych m.st. Warszawy w okresie 36 miesięcy od zawarcia umowy (udzielenia zamówienia). W ramach realizacji tej usługi wykonawcy mają obowiązek odbierać odpady zgodnie z założoną częstotliwością i przyjętym harmonogramem, jak również m.in. odbierać odpady na zgłoszenie zamawiającego w sytuacjach incydentalnych (pkt 2.5. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia). Zamawiający przyjął szacunkową roczną ilość odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia na 785.000 Mg, w tym odpowiednio dla zadań średnio i w granicach: 71.000 (69-73 tys.), 97.000 (94-99 tys.), 98.000 (95-100 tys.), 91.000 (89-93 tys.), 99.500 (97-102 tys.), 62.500 (61-64 tys.), 90.000 (88-92 tys.), 71.000 (69-73 tys.) i 105.000 (102-107 tys.). Wykonawca ma też obowiązek wyposażyć wszystkie nieruchomości położone na obszarze objętym umową w odpowiednie pojemniki lub worki do zbierania odpadów, w liczbie i pojemności wymaganej dla danego rodzaju nieruchomości (chyba że została już wyposażona przez właściciela). Wykonawca ma też dodatkowe obowiązki w tym zakresie, jak np. wymienić standardowy pojemnik na większy. Za niewypełnienie nałożonych na wykonawcę obowiązków zamawiający nałożył kary umowne.

Za realizację umowy zamawiający przewidział wynagrodzenie globalne (tj. bez rozbicia na poszczególne elementy) o charakterze ryczałtowym, płatne w miesięcznych ratach. Zamawiający nie przewidział możliwości zmiany tego wynagrodzenia poza zmianą stawki podatku od towarów i usług oraz wysokości opłaty za korzystanie ze środowiska. Zatem wykonawcy, niezależnie od rzeczywistego zakresu odbioru koniecznego do wykonania, otrzymają jednakowe wynagrodzenie.

Wykonawcy podnieśli więc, iż przyjęta metoda rozliczeń, niepewność danych szacunkowych oraz brak istotnych informacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny, dokładny i wyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich informacji i okoliczności koniecznych do sporządzenia prawidłowo wycenionej oferty, jak też ofert między sobą porównywalnych, a więc narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba podzieliła tę opinię.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien podać wykonawcom dokładne i kompletne dane dotyczące przedmiotu zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji między wykonawcami. Niesporne jest, iż przetarg w tym zakresie organizowany jest po raz pierwszy, a zamawiający ani żaden inny podmiot nie posiada dokładnych, miarodajnych i globalnych informacji o tym, ile odpadów zostanie zebranych, ile i jakie pojemniki będzie należało zapewnić dla danych nieruchomości, gdzie i ile istnieje punktów odbioru odpadów itd. Zrozumiałe jest zatem, iż zamawiający posługuje się danymi szacunkowymi.

Nie oznacza to jednak, iż co do niektórych okoliczności zamawiający nie może sporządzić dokładnego i uwzględniającego wymagania i okoliczności przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert. Chodzi tu przede wszystkim o okoliczności wskazane w punktach 1.3.-1.5. sentencji wyroku, które, nawet jeśli są nieznane, jako przedmiot zamówienia w łatwy sposób mogą zostać dookreślone odpowiednimi postanowieniami umownymi.

Zamawiający musi więc w bardziej dokładny sposób określić zakres zobowiązania wykonawców. Jest to szczególnie istotne z powodu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego niezależnie od rzeczywistego rozmiaru wykonanych prac. Nie oznacza to jednak, iż zobowiązania stron już z założenia mają być potencjalnie wzajemnie nieekwiwalentne, a wykonawca być zobowiązany do świadczenia o kompletnie nieokreślonym zakresie i koszcie, nie mającego żadnych granic poza czasowymi. Z tego powodu zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno):

1. maksymalną ilość odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach przewidzianego wynagrodzenia ryczałtowego,
2. maksymalną ilość odbiorów odpadów w sytuacjach, o których mowa w punkcie 2.5. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia, do których odebrania wykonawca będzie zobowiązany w ramach wynagrodzenia ryczałtowego,
3. maksymalną ilość i rodzaj pojemników oraz ilość worków, jakie ma wykonawca dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Maksymalna ilość odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach przewidzianego wynagrodzenia ryczałtowego nie oznacza ilości odpadów, która zostanie rzeczywiście wytworzona w Warszawie, a która jest nieznana, lecz wartość, której będzie dotyczyła umowa lub pewne jej postanowienia. Może ona kształtować się na dowolnym realnym poziomie, np. wskazanych przez zamawiającego górnych granic przewidywanych strumieni odpadów lub na tych granicach zwiększonych o dany procent. Ze względu na to, iż odbiór odpadów komunalnych jest głównym przedmiotem umowy, zamawiający dodatkowo powinien wyraźnie wskazać, czy po osiągnięciu podanej ilości maksymalnej odpadów umowa zostanie uznana za wykonaną (tj. zakończy się przed upływem 36 miesięcy), czy też wykonawcy będzie przysługiwało zwiększenie wynagrodzenia i w jaki sposób.

Pozwoli to wykonawcom na złożenie odpowiednich ofert, a także porównywalnych między sobą, gdyż przy obecnie przyjętym rozwiązaniu wykonawcy mogą zastosować odmienne podstawy wyceny ofert, np. średnia przewidywana ilość odpadów według szacunku zamawiającego, górna granica szacunków zamawiającego, każda z tych ilości powiększona lub pomniejszona o jakiś procent albo też ilość wynikająca z własnych szacunków wykonawcy. To z kolei powoduje wątpliwości, czy zostaną wybrane oferty realnie najkorzystniejsze, czy też niedoszacowane.

Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż wprowadzenie odniesienia do realnie odebranych odpadów spowoduje, że wykonawcy będą zawyżać ilość odpadów, za którą zamawiający będzie musiał zapłacić w ramach umowy. Po pierwsze bowiem zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych podstaw do przyjęcia za pewnik nieuczciwości wykonawców, czy powodów, dla których wykonawcy mieliby „podrzucić” zamawiającemu odpady pochodzące z innych gmin (których odbiór również jest przez te gminy opłacany i ewidencjonowany). Po drugie zamawiający ma możliwość kontrolowania miejsca pochodzenia i ilości odbieranych odpadów, choćby poprzez system GPS, przez który śledzone będą pojazdy wykonawców, czy też zamontowane w pojazdach wagi, jak też ważenie odpadów w instalacjach. Po trzecie zamawiający może rozwijać ww. system kontroli

poprzez postawienie np. wymogu, aby co określony kurs na danej trasie był dokonywany pojazdem zawierającym wagę (przy wymogu min. 3 pojazdów wyposażonych w wagę statystycznie co szósty kurs będzie odbywał się takim pojazdem, co pozwoli zamawiającemu ustalić szacunkową ilość odpadów z danej trasy i stwierdzić ewentualne anomalie w ilości odpadów) albo wspierać wyposażenie pojazdów w wagi, np. poprzez zaoferowanie dodatkowego wynagrodzenia za wykonywanie usługi większą niż minimalnie wymagana liczbą pojazdów wyposażonych w wagi. Tym samym nie ma podstaw, by obawy zamawiającego przeszkodziły mu w doprecyzowaniu przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje, w razie wątpliwości, iż powyższe rozstrzygnięcie, w ramach zarzutów, dotyczy wynagrodzenia ryczałtowego, nie stanowi jednak nakazu utrzymania wynagrodzenia ryczałtowego ani przeszkody, aby zamawiający zmienił sposób wynagrodzenia na ilościowy (kosztorysowy). W takim wypadku jednak również musiałby wskazać wykonawcom, jaką ilość odpadów mają wycenić w ofercie.

Z powyższych powodów zamawiający powinien też podać maksymalną ilość odbiorów odpadów w sytuacjach, o których mowa w punkcie 2.5. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia, do których odebrania wykonawca będzie zobowiązany w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, Alternatywnie zamawiający może opisać sposób dodatkowej wyceny takiego odbioru, np. poprzez wskazanie ceny jednostkowej odbioru, która zostanie zapłacona wykonawcy za dokonanie odbioru lub też wskazanie wartości tej usługi, którą wykonawcy mają wliczyć do ceny oferty.

Tak samo konieczne jest wskazanie maksymalnej ilości i rodzaju pojemników oraz ilości worków na odpady, jakie ma wykonawca dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Jak wskazywali wykonawcy, jest to znacząca kosztowo pozycja, którą będą musieli ująć w cenie oferty (do 80.000 pojemników). Brak wystarczających danych jest więc istotną przeszkodą w sporządzeniu prawidłowej oferty oraz ofert porównywalnych. Podobnie jak w przypadku ilości odpadów zamawiający powinien też wskazać, czy po przekroczeniu maksymalnej ilości pojemników i worków wykonawcy będą zwolnieni z obowiązku dalszego dostarczania pojemników i worków, czy też będzie im przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie i w jakiej wysokości. Alternatywnie zamawiający może też ilościowo (kosztorysowo) określić wynagrodzenie za dostawę worków lub pojemników danego rodzaju.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów dotyczących braków w opisie przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, iż zarzuty wykonawców są co do zasady słuszne (poza kilkoma elementami jak np. podanie ilości osób zatrudnionych w poszczególnych podmiotach gospodarczych, czy ilości osób rzeczywiście mieszkających i pracujących w Warszawie, co jest żądaniem oczywiście nadmiernym). Jednak nakazanie zamawiającemu przez Izbę

uzyskania lub opracowania tych danych jest niecelowe, gdyż biorąc pod uwagę obecnie opracowany opis przedmiotu zamówienia, jest wątpliwe, czy zamawiający będzie w stanie przekazać te dane wykonawcom w rozsądnym terminie. Zatem bardziej racjonalne jest uznać konieczność dokonania inwentaryzacji punktów odbioru odpadów i przypisania im rodzaju pojemników itd. za część usługi, którą zamawiający zlecił wykonawcom. Tym bardziej, iż w związku z rozstrzygnięciem w punktach 1.3., 1.5. i 1.6. sentencji wnioskowane dane, chociaż pomocne, przestały być niezbędne do sporządzenia oferty i prawidłowego wykonania umowy.

Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych można stwierdzić także w zakresie określenia terminu rozpoczęcia realizacji usługi, który jest niezwykle istotny dla wykonawcy.

Zamawiający wskazał we wzorze umowy (postanowienie bez oznaczenia numerycznego), iż wykonawca zobowiązany jest rozpocząć świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z dniem 1 lipca 2013 r., chyba że umowa zostanie zawarta w dacie późniejszej, w takim przypadku wykonawca jest zobowiązany rozpocząć świadczenie usługi z dniem zawarcia umowy.

Zamawiający w powyższym postanowieniu nie uwzględnił specyfiki i rozmiaru usługi, a więc, iż wykonawca będzie musiał się do świadczenia tej usługi przygotować poprzez co najmniej: ustalenie ilości, lokalizacji i właścicieli punktów odbioru odpadów, uzgodnienie z tymi właścicielami kwestii pojemników oraz dostępu do punktów odbioru odpadów, obliczenie ilości i rodzaju pojemników na odpady, zakup i rozwieszenie do punktów odbioru odpadów odpowiedniej ilości pojemników, ewentualnie zakup, wynajęcie lub zamiana pojemników już wykorzystywanych w danych nieruchomościach, co jest – zwłaszcza wobec braku danych ze strony zamawiającego – procesem praco- i czasochłonnym, niemożliwym do zrealizowania już w dniu zawarcia umowy. (Oczywiście owe wstępne czynności wykonawca powinien podjąć co najmniej z dniem zawarcia umowy.)

Z argumentacji zamawiającego przedstawionej podczas rozprawy wynika, iż nie ma on żadnej realnej koncepcji, jak tę usługę w szybki sposób wdrożyć. Kwestia ta jest jednak istotna dla opisanego, a następnie realizacji zamówienia i jest elementem, który wykonawca musi móc skalkulować w swojej ofercie (choćby zaangażowanie dodatkowych osób i pojazdów, wysokość grożących kar umownych).

Zatem konieczna jest zmiana wymogów zamawiającego poprzez określenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, w szczególności na dostarczenie pojemników na odpady. Jednocześnie Izba nie określa, jaki termin liczony w liczbie dni jest odpowiedni, gdyż zależy to od okoliczności, które będą istniały w chwili zawarcia umowy, jak np. czy okres na wdrożenie realizacji usługi nastąpi przed czy po zawarciu umowy, długość okresu pomiędzy ostatecznym wyborem wykonawcy a zawarciem z nim umowy, dodatkowymi danymi

o punktach odbioru odpadów lub rodzajach nieruchomości przekazanymi wykonawcom, kampania informacyjna zamawiającego dla mieszkańców w zakresie sposobu realizacji umowy itp. działaniami mogącymi usprawnić wdrożenie usługi. W przypadku, gdy z postanowień umowy lub okoliczności będzie wynikać, że wykonawca musi wykonać ww. czynności już po zawarciu umowy, celowe będzie wprowadzenie okresu karencji w naliczaniu niektórych kar umownych.

Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących punktu 1.15. i 1.16. rozdziału VIII opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z wymaganiami tych punktów wykonawcy zobowiązani będą przekazywać zamawiającemu szczegółowe informacje dotyczące lokalizacji obsługiwanych punktów odbioru odpadów, rodzajów znajdujących się tam pojemników wraz ze współrzędnymi GPS punktów odbioru odpadów, fotografiami pojemników, przypisaniem pojemników do danych typów odpadów i wskazaniem właściciela nieruchomości. Zamawiający wymaga także podania szczególnych warunków odbioru odpadów, jak ograniczenia w dostępie do punktów odbioru odpadów, rodzaj pojazdów do odbioru odpadów, wymagania właścicieli nieruchomości itp.

Z postanowień tych jasno wynika, iż zamawiający zamierza zgromadzić informacje dotyczące odbioru odpadów, które są mu potrzebne do uzyskania wiadomości, jak kształtuje się system odbioru i ewentualnie do kontroli realizacji umowy. Są to w dużej części dane, których brak obecnie wykonawcy zarzucają zamawiającemu. Niezależnie od tego, czy wykonawca uznaje je za nadmierne, należy je uznać za część usługi zleconej wykonawcom przez zamawiającego.

Co do wymogu wskazania właściciela nieruchomości będącego właścicielem punktu odbioru odpadów czy właścicielem nieruchomości, to, zdaniem Izby, nie musi on oznaczać podania imienia i nazwiska właściciela nieruchomości (bo to rzeczywiście byłoby nadmierne i dotyczyło informacji, których wykonawca nie posiada), lecz wskazania, że dany punkt odbioru odpadów czy nieruchomość należy do danej wspólnoty czy spółdzielni mieszkaniowej, instytucji, ewentualnie do jakich nieruchomości jest przypisany.

Komu konkretnie ze strony zamawiającego i w jaki sposób wykonawca ma informacje te przekazywać niewątpliwie zostanie ustalone w trakcie realizacji umowy.

W zakresie zarzutów dotyczących kar umownych Izba stwierdziła, co następuje.

W ramach swoich kompetencji Izba odnosi się przede wszystkim do naruszenia obowiązujących przepisów. Natomiast w przypadku umów często brak jest takich szczegółowych przepisów, gdyż zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę co do zasady mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania. Wynika z tego, że zasada swobody umów wymaga konsensusu

dwóch stron – a więc nie ma przeszkód, by zamawiający wyraził swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie wymagań klienta zgodził, albo nie. W taki sposób zawieranych jest *gros* umów. Jeśli zamawiający nie zgadza się na zaproponowaną przez wykonawcę w zapytaniu czy odwołaniu, zmianę projektu umowy, również mieści się to w ramach jego swobody jako strony umowy.

Z drugiej strony w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie: strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Co do drugiego z ww. ograniczeń trzeba wskazać, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Zatem ustawodawca odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami.

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie – zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z art. 180 odwołanie dotyczy wyłącznie niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania

czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Ponieważ ustawy Prawo zamówień publicznych, poza kilkoma wyjątkami (art. 139-146), nie obejmuje postanowień umownych, Izba zasadniczo może orzec o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy tylko w przypadku zaistnienia ww. okoliczności.

W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Za najbardziej rażący przykład nadużycia prawa do żądania kary umownej wykonawcy wskazywali wysokość kary za otwarcie odwłoka, która to kara wynosiłaby ok. 1.000.000 zł za jedno otwarcie odwłoka (w zależności od zadania od 800.000-1.400.000 zł) i to niezależnie, czy otwarcie to miało by jakieś negatywne skutki, jak np. wysypanie odpadów.

Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego.

W związku z tym zamawiający powinien zmniejszyć wysokości kar umownych określonych w § 8 ust. 3 pkt 1, 2, 4, 5, 12, 15, 17 i 19 oraz § 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy, a także – w przypadkach, których to dotyczy – powiązać kary umowne z negatywnymi skutkami działań lub zaniechań wykonawcy, w szczególności zanieczyszczeniem odpadami, a w § 8 ust. 3 pkt 8 i 10 wzoru umowy odnieść kary umowne, w przypadku zabudowy wielorodzinnej, do ilości pojemników zamiast lokali (gospodarstw domowych).

Z tego też powodu Izba nakazała zmianę § 8 wzoru umowy poprzez określenie procedury reklamacyjnej poprzedzającej naliczenie kar umownych.

Jednocześnie Izba nie wskazała konkretnej wysokości kar umownych uznając, iż ich określenie wciąż jest domeną zamawiającego.

Izba uznała także, iż na częściowe uwzględnienie zasługuje zarzut dotyczący § 11 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy, który ze względu na wagę dla realizacji przedmiotu zamówienia, powinien zostać dokładniej opisany poprzez określenie procedury pozwalającej ustalić, czy wykonawca rzeczywiście zaprzestał wykonywania umowy, gdyż, biorąc pod uwagę charakter usługi, okres dwudniowy może być jedynie zwłoką. Z kolei jednak zaproponowany przez wykonawcę termin siedmiodniowy może być zbyt uciążliwy dla zamawiającego i mieszkańców, zwłaszcza w przypadku dużych nieruchomości wielorodzinnych.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący punktu 2.11. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku uzyskania przez wykonawcę zezwoleń na wjazd na drogi prywatne. Zgodnie z postanowieniem tego punktu wykonawca jest zobowiązany do uzyskania we własnym zakresie stosownych zezwoleń na wjazd na drogi prywatne, a także uzgodnienia warunków dostępu do punktów odbioru odpadów położonych na terenie nieruchomości, jak również prowadzenia ciągłego monitoringu uzyskanych zezwoleń w całym okresie obowiązywania umowy.

Izba przyznała rację odwołującemu, iż kwestia wjazdu na drogi prywatne powinna być rozwiązana przez zamawiającego. Nie ma natomiast przeszkód – a w zasadzie jest logiczne i konieczne – by to wykonawca w trybie roboczym uzgodnił warunki dostępu do punktów odbioru odpadów, np. uzyskał klucze.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego punktu 2.2. i 2.3. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia nie stwierdzając żadnego naruszenia w tym zakresie.

Zgodnie z wymaganiami tych punktów wykonawca zobowiązany jest do zorganizowania usługi zapewniając odbiór wszystkich odpadów z punktów odbioru odpadów w sposób ciągły i z zachowaniem wskazanej częstotliwości minimalnej, jednak wykonawca zobowiązany jest do dostosowania parametrów odbioru odpadów (wielkości i liczby pojemników oraz częstotliwości ich opróżniania) do poszczególnych strumieni odpadów i do ilości odpadów powstających na danej nieruchomości i w takich wypadkach odbierać odpady z częstotliwością większą niż minimalna.

Wymóg ten Izba uznała za uzasadniony rodzajem i celem usługi, gdyż rolą wykonawcy jest zapewnienie czystości i porządku. Oczywiście jest, iż zamawiający obecnie nie posiada informacji w tym zakresie, więc nie może ich przekazać wykonawcom. Co więcej, konieczność zwiększonego odbioru odpadów może powstać dopiero w trakcie realizacji umowy.

Podobnie w stosunku do zarzutu dotyczącego odbioru odpadów wielkogabarytowych (pkt 1.2. rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia). W trakcie realizacji umowy może okazać się, że konieczny jest dodatkowy odbiór tego typu odpadów. Jest to sytuacja nieprzewidywalna, dlatego nie może być ujęta w harmonogramie, natomiast konieczne jest, by został zrealizowany cel usługi, czyli utrzymanie porządku i czystości. Zdaniem Izby wymóg ten nie oznacza, iż wykonawca musi utrzymywać „ciągły monitoring” punktów odbioru odpadów, jednak zareagować na otrzymane zgłoszenie lub stwierdzenie takiej sytuacji podczas planowego odbioru odpadów.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego punktu 4.2. lit. b rozdziału V opisu przedmiotu zamówienia nie stwierdzając żadnego naruszenia w tym zakresie.

Zasady postępowania z odpadami i kolejność instalacji zostały określone w przepisach prawa i planach gospodarowania odpadami. W praktyce wykonawcy zobowiązani będą do przekazywania odpadów do tych instalacji, które będą dostępne, w kolejności ich statusu. Postanowienie to nie przeczy tej zasadzie i nie może nie uwzględniać realiów pracy instalacji.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego postanowienia § 11 ust. 2 pkt 2 lit. d wzoru umowy odnoszącego się do możliwości zmiany umowy w zakresie raportowania, kontroli i zarządzania wymaganą jakością świadczonych usług w zakresie terminu i sposobów przekazywania raportów. Izba nie uznała za konieczne, by zamawiający dokładniej sprecyzował przesłanki uzasadniające taką zmianę. Strony zmieniają treść umowy, jeśli uznają słuszność wprowadzenia takich zmian.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego § 1 ust. 5 zd. 2. wzoru umowy dotyczącego obowiązku usunięcia pojemników należących do właściciela nieruchomości lub innego podmiotu. Zamawiający słusznie zauważył, iż żądanie odwołującego sprowadza się do tej samej czynności, a jedynie po uzyskaniu dodatkowego zlecenia od zamawiającego.

Odwołujący – D..... A..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D..... A..... cofnął zarzut dotyczący podziału zamówienia na części pomimo braku wymaganej uchwały w zakresie podziału miasta na sektory, o których mowa w art. 6d ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący – Remondis Sp. z o.o. cofnął zarzut dotyczący pojazdów wymaganych do odbioru odpadów zielonych.

Wobec powyższego Izba nie odniosła się do tych zarzutów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając wszystkie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący:

.....

.....