

Sygn. akt: KIO 1878/18  
KIO 1879/18  
KIO 1880/18

**WYROK**  
z dnia 8 października 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Kisiel  
Magdalena Grabarczyk  
Monika Kawa –  
Ogorzałek

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 1 i 2 października 2018 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2018 r.:

- A. W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 249 (Sygn. akt KIO 1878/18);**
- B. SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 5 (Sygn. akt KIO 1879/18);**
- C. Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16 (Sygn. akt KIO 1880/18);**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie przy pl. Bankowym 3/5**, których łączne rozpoznanie zostało zarządzane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem z dnia 20 września 2018 r.;

- przy udziale wykonawcy **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 249** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 1879/18 i KIO 1880/18 po stronie Odwołującego;

- przy udziale wykonawcy **Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 1878/18 i KIO 1879/18 po stronie Odwołującego;
- przy udziale wykonawcy **J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. LEKARO J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej 70A (05-408 Glinianka)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 1878/18, KIO 1879/18 i KIO 1880/18 po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1.

A.

**I. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego:**

- w pkt 1 odwołania w całości,
- w pkt 3 odwołania w części uwzględnionej przez Zamawiającego, odnoszącej się do dokumentów, którymi wykonawcy mogą potwierdzić, że pojazdy przez nich deklарowane spełniają normę emisji spalin EURO 5 lub EURO 6 (pkt 27.3 SIWZ).

**II. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**

- w zakresie kryterium oceny ofert, opisanego w specyfikacji w pkt 27.3 „Kryterium środowiskowe”, przez zmianę opisu przyznawania punktów, umożliwiającą Zamawiającemu osiągnięcie zamierzonego celu ograniczenia negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne i jednocześnie gwarantującą możliwość uzyskania punktów wykonawcom, którzy będą chcieli skierować do realizacji pojazdy zasilane gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem etanolem, wodorem lub hybrydowym, których obecnie nie posiadają;
- w § 5 ust. 1 opisu przedmiotu zamówienia, polegającą na zagwarantowaniu, że okres przygotowawczy, niezależnie od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie trwał nie krócej niż 3 miesiące;
- wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia informacji w zakresie maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów i pojemności, które w ramach wynagrodzenia umownego wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2

do wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości pojemników danego rodzaju i pojemności ponad maksymalne ilości lub wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie liczone od każdego pojemnika danego rodzaju w razie potrzeby dostarczenia pojemników w ilościach przekraczających maksymalne ilości podane w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do danego rodzaju i pojemności.

III. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

B.

I. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego:

- pod lit. b) odwołania (str. 2) w części uwzględnionej przez Zamawiającego, odnoszącej się do § 18 ust. 4 opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie w jakim postanowienie to przewiduje, że Zamawiający może poinformować wykonawcę o zmianach w definicji „MGO” oraz zaniechania wskazania przez Zamawiającego w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia minimalnej ilości odpadów, które Zamawiający gwarantuje do odbioru z poszczególnych Zadań, na które podzielone jest zamówienie;
- pod lit. d) odwołania (str. 3) w całości.

II. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- doprecyzowanie informacji w § 19 ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym zbierania pozostałych frakcji odpadów, tj. w workach czy w pojemnikach, z wyłączeniem odpadów zielonych, które zawsze są zbierane w workach;
- wykreślenie w § 21 ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia ostatniego zdania;
- wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia informacji w zakresie maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów i pojemności, które w ramach wynagrodzenia umownego wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2 do wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości pojemników danego rodzaju i pojemności ponad maksymalne ilości lub wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie liczone od każdego pojemnika danego rodzaju w razie potrzeby dostarczenia pojemników w ilościach przekraczających maksymalne ilości podane w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do danego rodzaju i pojemności;

- wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia maksymalnej ilości nowych miejsc gromadzenia odpadów (MGO), z których w ramach wynagrodzenia umownego wykonawca zobowiązany jest odbierać odpady wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2 wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości MGO ponad maksymalne ilości;
- zmianę § 28 ust. 4 pkt 2 lit. a) i b) opisu przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie minimalnej częstotliwości odbioru odpadów: „nie rzadziej niż co tydzień” - w odniesieniu do frakcji „papier” oraz odpowiednio frakcji „metale i tworzywa sztuczne” z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi wielolokalowymi.

### **C.**

#### **I. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych:**

- w pkt 1 lit. c), pkt 2 lit. c), e) i g), pkt 3, pkt 4 lit b) i c) odwołania w całości w związku z ich uwzględnieniem przez Zamawiającego;
- w pkt 2 lit. h) oraz w pkt 4 lit. f) odwołania w całości w związku z ich wycofaniem przez Odwołującego.

#### **II. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**

- w zakresie kryterium oceny ofert, opisanego w specyfikacji w pkt 27.3 „Kryterium środowiskowe”, przez zmianę opisu przyznawania punktów, umożliwiającą Zamawiającemu osiągnięcie zamierzonego celu ograniczenia negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne i jednocześnie gwarantującą możliwość uzyskania punktów wykonawcom, którzy będą chcieli skierować do realizacji pojazdy zasilane gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem etanolem, wodorem lub hybrydowym, których obecnie nie posiadają;
- § 5 ust. 1 opisu przedmiotu zamówienia, polegającą na zagwarantowaniu, że okres przygotowawczy, niezależnie od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie trwał nie krócej niż 3 miesiące;
- wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia informacji w zakresie maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów i pojemności, które w ramach wynagrodzenia umownego wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2 do wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości pojemników danego rodzaju i pojemności ponad maksymalne ilości lub wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym wykonawcy należy się

**dodatkowe wynagrodzenie liczone od każdego pojemnika danego rodzaju w razie potrzeby dostarczenia pojemników w ilościach przekraczających maksymalne ilości podane w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do danego rodzaju i pojemności;**

- wykreślenie postanowień § 8 ust. 3 pkt 21 i 32 wzoru umowy.**

**III. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie przy pl. Bankowym 3/5 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną odpowiednio przez: wykonawcę 1. W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 249 (KIO 1878/18) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) 2. SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 5 (Sygn. akt KIO 1879/18) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 3. Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16 (Sygn. akt KIO 1880/18) w kwocie 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisów od odwołań,**

**2.2. zasądza od Zamawiającego - Miasta Stołecznego Warszawy z siedzibą w Warszawie przy pl. Bankowym 3/5 na rzecz wykonawców: 1. W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 249 (KIO 1878/18), 2. SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 5 (Sygn. akt KIO 1879/18), 3. Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16 (Sygn. akt KIO 1880/18) kwotę 55 800 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) odpowiednio z podziałem na części równe - dla każdego z wykonawców w kwocie 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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 1878/18**  
**KIO 1879/18**  
**KIO 1880/18**

## **UZASADNIENIE**

Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie przy pl. Bankowym 3/5 (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1.1.2019 r.” (nr sprawy w Rejestrze Zamawiającego: ZP/GP/271/IV-1 72/18),

Wartość zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 września 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 173-392688. Natomiast w dniu 10 września 2018 r. na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

W dniu 18 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wobec treści specyfikacji wnieśli następujący wykonawcy:

1. W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wólczyńskiej 249 (Sygn. akt KIO 1878/18) - dalej: „Odwołujący” lub „BYŚ”;
2. SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 5 (Sygn. akt KIO 1879/18) - dalej: „Odwołujący” lub „SUEZ”;
3. Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16 (Sygn. akt KIO 1880/18) – dalej: „Odwołujący” lub „Remondis”.

### **KIO 1878/18**

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- dokonaniu nieprawidłowego opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia,
- postawieniu kryteriów oceny ofert sprzecznych z przepisami ustawy, tj. od postanowień specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez wprowadzenie (pkt 12.2.1.3. SIWZ i odpowiednio w pkt 11.1.1.3.) ogłoszenia o zamówieniu)

nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia i zarazem wykraczającego poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy od należytego wykonania zamówienia warunku udziału w postępowaniu, przez przyjęcie, że wykonawcy muszą wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w odbiorze wskazanych w opisie warunku ilości odpadów komunalnych w ciągu jednego roku kalendarzowego, w sytuacji, gdy wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w odbiorze odpadów w określonej ilości w okresie dłuższym niż 1 rok również gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, co jednocześnie stanowi niczym nieuzasadniony wyraz preferencji wykonawców dotychczas realizujących zamówienie, co z kolei prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu;

2. art. 7 Pzp w zw. z art. 36aa Pzp oraz w zw. z art. 10 ust. 1 Pzp przez zaniechanie podziału zamówienia na części adekwatne do zakresu i stopnia skomplikowania zamówienia i połączenie do jednego zadania większej liczby administracyjnych dzielnic m. st. Warszawa o różnej specyfice wykonywania zamówienia, w sytuacji, gdy ze względu na duży zakres usług składających się na przedmiot zamówienia i ich specyfikę, jak i z uwagi na bardzo krótki czas na przygotowanie wykonawcy do wykonywania zamówienia, podział zamówienia na większą liczbę części jest uzasadniony i stanowi urzeczywistnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz otwarcia rynku na konkurencję, w szczególności polegającą na dopuszczeniu do rynku małych i średnich przedsiębiorstw;
3. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1a Pzp i art. 7 Pzp przez określenie w pkt 27.3 i pkt 27.4 SIWZ innych niż cena kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej odnoszących się odpowiednio do aspektów środowiskowych realizacji zamówienia (norm emisji spalin pojazdów) i jakości wykonywania zamówienia (stosownie systemu monitoringu) w sytuacji, gdy oba kryteria, zarówno z uwagi na ich opis, jak i sposób przyznawania w ich ramach punktów, w sposób niczym nieuzasadniony preferują wykonawców dotychczas realizujących zamówienie, ograniczając możliwość skutecznego ubiegania się o niniejsze zamówienie innym wykonawcom, a nadto prowadzą do wyboru oferty jedynie pozornie najkorzystniejszej;
4. art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:
  - a) określenia zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, w części dotyczącej tzw. okresu przygotowawczego (§ 5 ust. 1 OPZ), w sytuacji, gdy w okresie tym wykonawca ma wykonać szereg czynności związanych z przygotowaniem się do wykonania właściwych usług, składających się na zamówienie, w tym ma zapewnić wyposażenie wszystkich nieruchomości zamieszkałych w pojemniki i worki do zbierania odpadów;
  - b) braku wskazania przez Zamawiającego minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności), których zakup i dostarczenie do właścicieli nieruchomości stanowi przedmiot zamówienia oraz braku wskazania w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) wszystkich informacji niezbędnych do ustalenia, jaka liczba pojemników, poszczególnych rodzajów (pojemności) będzie niezbędna do zakupienia i



dostarczenia do właścicieli nieruchomości w toku realizacji zamówienia, zwłaszcza wobec zaplanowanej przez Zamawiającego od dnia 1 stycznia 2019 r. zmiany sposobu selektywnej zbiórki odpadów i wyposażania nieruchomości w pojemniki, w tym z uwagi na umożliwienie właścicielom nieruchomości rezygnacji z pojemników i zbierania odpadów w workach;

- c) niezasadnego ograniczenia rodzajów dokumentów, którymi wykonawca może wykazywać, że wagi, którymi dysponuje spełniają wymagania obowiązujących przepisów prawa;
- d) dokonania opisu wymogów dotyczących systemu monitoringu położenia pojazdów w sposób, który wskazuje na konkretne rozwiązania techniczne, w tym konkretny system monitoringu i dostawców systemów niezbędnych do jego prawidłowego funkcjonowania, w sytuacji, gdy cele, jakie zamierza osiągnąć Zamawiający przez postawienie wymogu monitorowania położenia pojazdów są możliwe do osiągnięcia przy wykorzystaniu innych systemów dostępnych na rynku, co dodatkowo wskazuje na niczym nieuzasadnioną preferencję wykonawców dotychczas realizujących zamówienie ze szkoda dla konkurencji;

Wykonawca BYŚ wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu przez:

1. wykreślenie z pkt 12.2.1.3. SIWZ wymogu wykazania się doświadczeniem zdobytym „łącznie w jednym roku kalendarzowym”,
2. nakazanie podziału zamówienia na części, tj. na 18 Zadań, odpowiadających zakresem terytorialnym, obszarom poszczególnych 18 dzielnic administracyjnych m. st. Warszawy;
3. przyjęcie, że wszystkie pojazdy wykorzystywane do wykonania zamówienia muszą spełniać co najmniej normę emisji spalin EURO 4, przy jednoczesnym wskazaniu, iż dodatkowe punkty w Kryterium środowiskowym będą przyznawane za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 5 i EURO 6 zadeklarowany przez wykonawcę do wykonania zamówienia (bez ograniczenia w postaci „punkty są naliczane tylko wtedy, gdy liczba punktów (SSi) uzyskanych przez badaną ofertę w kryterium środowiskowym jest nie mniejsza, niż 10 (Jeżeli SSi <10 pkt to PŚ = 0 pkt)”, z zastrzeżeniem, że pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 5 będzie punktowany - 1 punktem, a pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 6, niezależnie od rodzaju zasilającego go paliwa - 2 punktami;
4. dopuszczenie możliwości wykazania, że pojazdy deklarowane przez wykonawcę spełniają normę emisji spalin EURO 5 lub EURO 6 innymi dokumentami niż wskazane przez Zamawiającego, tj. kopią dowodu rejestracyjnego pojazdu lub certyfikatem EKMT;
5. wykreślenie zapisów pkt 27.4 SIWZ, tj. rezygnację z kryterium jakościowego lub, ewentualnie, poprzez zmianę pkt 27.4 SIWZ w taki sposób by 20 punktów możliwych do uzyskania w tym kryterium było przydzielane wprost proporcjonalnie do liczby miesięcy zadeklarowanych przez wykonawców, jako czas skrócenia okresu, w jakim wykonawca ma zapewnić funkcjonowanie systemu monitoringu pojazdów;
6. przez zagwarantowanie, że okres przygotowawczy, o którym mowa w § 5 ust. 1 OPZ, niezależnie od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, będzie trwał nie krócej niż 3 miesiące oraz poprzez wyłączenie możliwości naliczania wykonawcom kar

umownych związanych z nienależytym przygotowaniem się do realizacji zamówienia, w tym w szczególności kary umownej, o której mowa w § 8 ust. 3 pkt 1, czy pkt 34 wzoru umowy w okresie pierwszych 3 miesięcy realizacji zamówienia (okres, o którym mowa w § 5 ust. 2 OPZ) - wprowadzenia tzw. karencji kar umownych;

7. załączenie do SIWZ informacji, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 2 OPZ oraz przez wskazanie w OPZ maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności), do zapewnienia których w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca jest zobowiązany;
8. dopuszczenie możliwości przyjęcia, że „dokumentem potwierdzającym legalizację wag”, dla urządzeń nowych, nie wymagających ponownej legalizacji, jest tzw. ocena zgodności, o której mowa w przepisach prawa wspólnotowego;
9. dopuszczenie możliwości wykorzystania innych systemów monitorowania położenia pojazdów niż systemu DGPS ze skutkami tej zmiany opisanymi w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca BYŚ wyjaśniał, że:

## 1. Warunki udziału w postępowaniu

### a) Wiedza i doświadczenie

W pkt 12.2.1.3. SIWZ- IDW Zamawiający określił, że za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna wykonawców, którzy: wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali należycie usługę lub usługi, polegające na odbiorze odpadów komunalnych, w ilości nie mniejszej niż wskazane poniżej dla danego Zadania (danej części zamówienia, o realizację której Wykonawca się ubiega), łącznie w jednym roku kalendarzowym:

Zadanie 1: 32 000,000 Mg,

Zadanie 2; 46 000,000 Mg

Zadanie 3: 52 000,000 Mg

Zadanie 4: 41 000,000 Mg

Zadanie 5: 50 000,000 Mg

Zadanie 6: 29 000,000 Mg

Zadanie 1: 36 000,000 Mg

Zadanie 8: 38 000,000 Mg

Zadanie 9: 50 000,000 Mg

W przypadku złożenia ofert na większą liczbę Zadań, ww. wartości podlegają sumowaniu.

Zamawiający żądał, aby wykonawca, który chce złożyć ofertę obejmującą wszystkie sektory - w okresie maksymalnie 3 lat wstecz, ale ponadto łącznie w jednym roku i to roku kalendarzowym -

wykonał usługi odbioru 374 000 Mg odpadów. Także w przypadku chęci złożenia oferty na mniejszą ilość Zadań (ale większą niż jedno), wykonawca musi dysponować doświadczeniem zdobytym w jednym roku kalendarzowym w odbiorze co najmniej 61 000 Mg (na dwa Zadania z najmniejszymi wymogami), a w przypadku większych zadań nawet blisko 100 000 Mg odpadów (znów tylko na dwa Zadania).

Odwołujący twierdził, że dla wykonawców, który nie świadczyli w latach ubiegłych usługi odbioru odpadów z m. st. Warszawy lub nie są podmiotami działającymi na dużym obszarze (obejmującym duże aglomeracje miejskiej lub dużą ilość gmin mniejszych) lub realizację usług nie rozpoczęli od początku roku kalendarzowego (przez co wielkość usługi w żadnym roku kalendarzowym nie osiągnęła wymaganego poziomu, choć osiągnęłaby go w ciągu 12 kolejnych miesięcy) oznaczać to będzie brak możliwości złożenia oferty i realizacji zamówienia. Wykonawca BYŚ twierdził, że pomimo, iż realizuje odbiór odpadów komunalnych od licznych podmiotów, w tym kilkunastu gmin podwarszawskich, to nie osiąga ilości wskazanych w opisie warunku udziału w postępowaniu, które pozwoliłyby mu złożyć ofertę na większą liczbę zadań, choć niewątpliwie doświadczenie, które posiada pozwoliłoby mu zrealizować w sposób należyty zamówienie. Jego zdaniem nie znajduje uzasadnienia „kumulacja” wymogów warunków w postaci dużego wolumenu odebranych odpadów oraz krótkiego okresu, w jakim doświadczenie ma być zdobyte - wymagane doświadczenie można sumować wyłącznie z okresu jednego roku. Wykonawca, który ma doświadczenie w odbiorze wymaganej ilości odpadów komunalnych, ale zdobyte w ciągu łącznie trzech lat, może bowiem zrealizowanie niniejsze zamówienie bez szkody dla „jakości” usługi.

Zdaniem Odwołującego wymóg z pkt 12.2.1.3. SIWZ premiuje wykonawców dotychczas wykonujących zamówienie i duże, ogólnokrajowe podmioty, ze szkodą dla lokalnych wykonawców, którzy odbierają być może w ciągu roku mniejszy wolumen odpadów, jednakże z uwagi na wieloletnie doświadczenie w realizacji takich zamówień, łącznie dysponują wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, gwarantując prawidłową realizację zamówienia.

Wykonawca BYŚ podnosił, że wprowadzenie tak opisanych warunków udziału w postępowaniu, zdecydowanie odbiegających od warunków minimalnych, stanowi wprost o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Tak opisany warunek nie służy bowiem weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a ma na celu wyłącznie ograniczenie liczby wykonawców, którzy będą mogli złożyć oferty w postępowaniu.

## **2. Podział zamówienia na Zadania**

Zdaniem Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na połączeniu niektórych dzielnic w taki sposób, by wyodrębnić 9 sektorów, nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, co prowadzi do wniosku, że została podjęta tylko w jednym celu, tj. ograniczenia liczby wykonawców realizujących zamówienie. Potencjalne korzyści, np. w postaci „ułatwienia” organizacyjnego dla

Zamawiającego, przejawiające się w mniejszej liczbie ofert/aukcji/umów, nie może stanowić uzasadnienia dla zaniechania podzielenia zamówienia na części.

Wykonawca BYŚ podnosił, że żądana zmiana nie wpływa na osiągnięcie efektów oczekiwanych przez Zamawiającego - na realizację zadania publicznego nie ma wpływu liczba umów czy wykonawców w całym postępowaniu. Z drugiej strony, utworzenie sektorów w ewidentny sposób faworyzuje duże podmioty, które nie będą miały problemu ze spełnieniem wyśrubowanych warunków udziału w postępowaniu. Jedynym rezultatem aktualnego podziału zamówienia na części jest więc ograniczenie konkurencji.

Odwołujący wyjaśniał, że choć co prawda Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku podziału zamówienia na części, to jednak wprowadza nakaz równego traktowania wykonawców. Wyjątki od tej zasady muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych przyczyn. W przedmiotowej sprawie nie ma jednak powodu, dla którego Zamawiający miałby doprowadzać do wykluczenia małych, krajowych wykonawców. Zamawiający dopiero wtórnie, na potrzeby realizacji zamówienia, łączy dzielnice w sektory, gdy tymczasem nie znajduje to potwierdzenia w realizacji zadania publicznego w postaci gospodarowania odpadami na terenie miasta.

Wykonawca BYŚ z informacji zawartych na stronie internetowej Zamawiającego (<https://czvsta.um.warszawa.pl/liarmonogramv>) wywodził, że wszelkie elementy gospodarowania odpadami w Warszawie są de facto planowane i realizowane z uwzględnieniem podziału na dzielnice.

Odwołujący wskazywał, że podział zamówienia na 18 części, zgodnie z fundamentalnym podziałem Warszawy na dzielnice, uwzględnia naturalne i istniejące już zależności w ramach poszczególnych dzielnic - rodzaj i gęstość zabudowy, istniejący układ komunikacyjny, w tym utrudnienia związane z przemieszczaniem się między poszczególnymi brzegami Wisły, który to układ jest kluczowy dla zorganizowania sprawnej logistyki odbioru odpadów komunalnych. Podkreślał, że przed wykonawcą odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości z terenu przykładowo Dzielnicy Ursynów i przykładowo Dzielnicy Wilanów stoją inne problemy (inny rodzaj zabudowy, inne zagęszczenie budynków, inny układ komunikacyjny, osobne harmonogramy), co przekłada się na rodzaj pojazdów koniecznych do wykonywania zamówienia, logistykę odbiorów, w tym czas potrzebny do wykonania usługi. Mniejszy zakres zamówień, daje przy tym wykonawcom, zwłaszcza tym, którzy nie wykonywali dotychczas tego zamówienia, większą szansę na uzyskanie zamówienia i na prawidłowe przygotowanie się do jego realizacji w założonym czasie

Usługa objęta przedmiotem zamówienia, choć może wydawać się usługą jednorodną, w istocie charakteryzuje się różną specyfiką w różnych Dzielnicach m. st. Warszawy. Także więc kryterium jakościowe przemawiałoby za dokonaniem podziału. Trudno przyjąć, by działanie ze strony Zamawiającego polegające na połączeniu Dzielnic do wspólnego postępowania, pozostawało w zgodzie z zasadami wynikającymi z art. 7 Pzp. W związku z powyższym Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu podział niniejszego zamówienia na 18 części.

#### **4. Kryteria oceny ofert**

a) Kryterium środowiskowe

Odwołujący po pierwsze zarzucał, że nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia wprowadzona przez Zamawiającego gradacja ilości punktów przyznawanych w kryterium za zaoferowanie pojazdów spełniających tą samą normę emisji spalin, ale zasilanych różnym rodzajem paliwa. Skoro bowiem, jak deklaruje Zamawiającym, celem kryterium jest ograniczenie negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne, to cel ten jest osiągnięty w równym stopniu przez pojazdy spełniające normę emisji spalin EURO 6 zasilane paliwem tradycyjnym i np. gazem ziemnym. Zdaniem Odwołującego norma emisji spalin EURO 6 jest taka sama (jedna, wspólna) i niezależna od rodzaju zasilania. Na tej zasadzie, pojazdy zapewniające tą samą normę emisji spalin, winny otrzymać taka sama ilość punktów w kryterium niezależnie od rodzaju zasilania.

Po drugie, wskazywał, że także przyjęta przez Zamawiającego zasada, że punkty w tym kryterium są przyznawane tylko wtedy, gdy wykonawca miałby otrzymać co najmniej 10 punktów, jest zaprzeczeniem celu ustanowienia tego kryterium i w istocie prowadzi do naruszenia konkurencji. Wykonawca, który zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu dwóch pojazdów z normą emisji spalin EURO 6 i zasilanych np. gazem ziemnym uzyska bowiem 10 punktów w sytuacji, gdy konkurent, aby uzyskać taką samą liczbę punktów musi zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia aż 5 pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6 zasilanych innym paliwem. Jednocześnie wykonawca, który dysponuje czterema pojazdami spełniającymi normę emisji EURO 6 z wykorzystaniem tradycyjnego paliwa i chciałby je wykorzystać do realizacji zamówienia, nie uzyska żadnych punktów, choć niewątpliwie wykorzystanie tych pojazdów (i to w ilości większej niż konkurent mający przykładowo tylko dwa auta z zasilaniem gazem ziemnym) niesie ze sobą oczekiwany przez Zamawiającego efekt ekologiczny i to nawet większy niż możliwy do osiągnięcia przez konkurenta, który otrzyma punkty w kryterium.

Ten prosty przykład w opinii wykonawcy BYŚ obrazuje, że zasada przyznawania punktów przyjęta przez Zamawiającego nie służy w istocie realizacji celów środowiskowych, a premiowaniu niektórych wykonawców (zwłaszcza w sytuacji, gdy powszechną wiedzą jest, że tylko jeden wykonawca działający na rynku warszawskim - MPO Sp. z o.o. dysponuje pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6 zasilanych gazem ziemnym). Wykonawcy, którzy „wpiszą” się we wzór Zamawiającego, nawet jeśli w danym zadaniu będą korzystać z dwóch pojazdów z normą emisji spalin EURO 6 i zasilaniem gazem (choć ich konkurent mógłby wykorzystać np. 4 pojazdy z tą samą normą spalin, ale innym zasilaniem) mogą zaoferować ceną nawet o kilka milionów wyższą, bowiem dzięki punktom w kryterium środowiskowym będą mogli zostać i tak uznani za wykonawcę z „najkorzystniejszą ofertą”. Odwołujący twierdził, że cel środowiskowy jest więc wyłącznie pretekstem do faworyzowania niektórych wykonawców, bowiem jeśli cel środowiskowy miałby być w istocie priorytetem Zamawiającego to wyłączyłby on możliwość korzystania przy realizacji zamówienia z pojazdów, które nie spełniają co najmniej normy emisji spalin EURO 4, a punkty w kryterium przyznawałby za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 5 i EURO 6, przy czym przy spełnianiu tej samej normy, ilość punktów byłaby niezależna od rodzaju zasilania pojazdu.

Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że przejawem zbędnego formalizmu ze strony Zamawiającego, który w istocie utrudnia wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia, jest oczekiwanie, aby wykonawcy wykazali spełnienie normy emisji spalin tylko za pomocą świadectwa homologacji typu WE lub wyciągu z takiego świadectwa homologacji, świadectwa zgodności WE dla danego pojazdu w języku polskim lub przetłumaczonego na język polski, w sytuacji, gdy norma emisji spalin zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa jest wpisywana, na wniosek zainteresowanego, do dowodu rejestracyjnego pojazdu. Dokumenty źródłowe, tj. wspomniane przez Zamawiającego świadectwa homologacji, w takiej sytuacji stają się częścią dokumentacji postępowania i pozostają w organie. W tej sytuacji zdaniem wykonawcy BYŚ niezrozumiałe jest wyłączenie przez Zamawiającego możliwości wykazania spełnienia przez dany pojazd właściwej normy emisji spalin dokumentem urzędowym - dowodem rejestracyjnym pojazdu.

Odwołujący twierdził przy tym, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie certyfikatów potwierdzających spełnienie przez pojazd odpowiednich wymogów bezpieczeństwa lub warunków dopuszczenia do ruchu, właściwy organ wydaje certyfikaty potwierdzające spełnienie przez pojazd odpowiednich wymogów bezpieczeństwa lub warunków dopuszczenia do ruchu, które wydawane są po przedstawieniu przez zainteresowanego m. in. Certyfikatu EKMT zgodności potwierdzającego spełnienie przez pojazd wymogów technicznych i bezpieczeństwa dla pojazdu silnikowego "EURO IV bezpieczny", "EURO V bezpieczny", "EEV bezpieczny" lub "EURO VI bezpieczny". Okoliczność wymagająca wykazania przez Zamawiającego (norma emisji spalin pojazdu), może więc być wykazana także przykładowo wskazanym certyfikatem EKMT, który w świetle obecnych zapisów SIWZ, nie jest dokumentem akceptowanym przez Zamawiającego i ewentualnie mógłby zostać zaakceptowany po wykazaniu, że wykonawca nie ma możliwości uzyskać bez własnej winy wymaganych przez Zamawiającego dokumentów. W sytuacji, gdy wskazany certyfikat potwierdza normę emisji spalin, jest dokumentem urzędowym i zindywidualizowanym (poprzez wskazanie numeru VIN pojazdu), brak racjonalnych powodów, by wyłączyć wykonawcom możliwość posługiwania się nim, bądź utrudniać to przez wprowadzenie obowiązku wykazywania braku możliwości posłużenia się dokumentem wymienionym wprost przez Zamawiającego.

b) Kryterium jakościowe

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w § 11-16 OPZ wprowadził bardzo wygórowane wymagania co do systemu, w jaki mają zostać wyposażone pojazdy wykonawców wykorzystywane do realizacji zamówienia, wskazując wręcz na systemy, czy oprogramowanie konkretnych producentów, co jest przedmiotem osobnego zarzutu. Systemy o takich parametrach, według wiedzy Odwołującego, nie są wykorzystywane w żadnej innej gminie w kraju, a co za tym idzie żaden wykonawca, który nie realizował w latach poprzednich zamówienia na rzecz Zamawiającego nie jest w stanie, mimo wyposażenia swoich pojazdów w system GPS i inne, nawet bardzo nowoczesne i służące tym samym celom urzędu, uzyskać w niniejszym postępowaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium jakościowym. Wykonawca BYŚ, kierując się doświadczeniem z lat poprzednich twierdził, że nawet

zamontowanie przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego wymaganego systemu, nie daje gwarancji, iż będzie on funkcjonował w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Zapewnienie kompatybilności oprogramowani i systemów może zająć dodatkowy czas. BYŚ wyjaśniał, że wykonawca, który zadeklaruje wdrożenie oczekiwanego przez Zamawiającego systemu monitoringu w pierwszym kolejnym możliwym terminie, a więc od drugiego miesiąca wykonywania usługi (wg SIWZ można składać deklaracje tylko w pełnych miesiącach) otrzyma tylko 15 punktów. Dla przypomnienia, wykonawca, który zadeklaruje funkcjonowanie systemu od 1 miesiąca otrzymuje punktów 20 pkt. Zdaniem Odwołującego dysproporcja między ilością przyznawanych punktów dla wykonawców, którzy systemem już dysponują (i zadeklarują jego posiadanie od początku realizacji zamówienia) i tymi, którzy zadeklarują jego wdrożenie w ciągu kolejnych 8 miesięcy jest więc istotna i nie ma żadnego uzasadnienia w celach, których realizacji ma służyć to kryterium. Wdrożenie systemu od 2 miesiąca realizacji zamówienia jest niewielkim utrudnieniem dla Zamawiającego (zwłaszcza w sytuacji, gdy sam Zamawiający zakłada, że choćby z uwagi na wdrożenie od 1 stycznia 2019 r. nowego systemu selektywnej zbiórki na terenie m. st. Warszawy każdy wykonawca realizujący zamówienie musi liczyć się z utrudnieniami), gdy tymczasem wykonawca deklarując taki termin traci aż 5 punktów do konkurentów, co w przeliczeniu daje konkurentom znów kilkumilionową przewagę w kryterium cena. Odwołujący twierdził, że „zysk” w postaci możliwości uzyskania na jak najwcześniejszym etapie realizacji zamówienia pełnych informacji o odbieranych odpadach jest więc jedynie pozorny, jeśli uwzględni się, że wykonawca, który zaoferuje taki najwcześniejszy termin, będzie jednocześnie mógł zaoferować cenę o kilka milionów wyższa, a jego oferta nadal będzie „najkorzystniejsza”.

## **5. Opis przedmiotu zamówienia**

### **a) Termin realizacji zamówienia**

Odwołujący wskazywał, że okres przygotowawczy (w zależności od daty, w jakiej będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego) będzie trwał od niespełna dwóch miesięcy do (przy zawarciu umowy w ostatnich dniach miesiąca kalendarzowego) do miesiąca. Wykonawca jako podmiot, który nie ma wpływu na datę zawarcia umowy musi założyć, że okres przygotowawczy do realizacji umowy może wynieść jedynie miesiąc. Odwołujący twierdził, że w czasie tym, wykonawca będzie musiał wykonać wszystkie czynności opisane w § 5 ust. 1 OPZ, w tym m. in, wyposażyć nieruchomości (MGO) w pojemniki i „zestawy początkowe worków”. Wykonawca, który nie realizował uprzednio zamówienia, choćby z uwagi na ogromną ilość wymaganych pojemników, musi je co oczywiste wcześniej zakupić, przy czym terminy oczekiwania na dostawę nowych pojemników w takich ilościach wykraczają poza 1 miesiąc. Także podjęcie działań w celu odkupienia od innego wykonawcy pojemników używanych i dostosowania ich do wymogów SIWZ jest czynnością czasochłonną, wykraczająca poza ten czas. Odwołujący podnosił, że wykonawca wraz z SIWZ otrzymał informacje wyłącznie o obecnym wyposażeniu poszczególnych nieruchomości w pojemniki,

natomiast nie ma wiedzy, a Zamawiający nie gwarantuje, że informacje takie wykonawca do końca okresu przygotowawczego otrzyma, tzn. jak będzie kształtowało się zapotrzebowanie na worki i pojemniki w związku z wprowadzeniem przez m. st. Warszawa od 1 stycznia 2019 r. nowych zasad wyposażania nieruchomości w pojemniki i nowych zasad selektywnej zbiórki. Zamawiający deklaruje, że szczegółowe dane dotyczące MGO, choć nie będą to dane dotyczące zmian związanych z nowymi zasadami selektywnej zbiórki, bo te wykonawca ma samodzielnie pozyskać od właścicieli nieruchomości lub za pośrednictwem systemu Warszawa 19115, przekaże wykonawcy nie później niż na 1 miesiąc przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. Wykonawca otrzyma więc dane od Zamawiającego - dane niezbędne m. in. do ustalenia ilości pojemników wymagających zakupu i ustalenia logistyki ich dostaw do nieruchomości - miesiąc przed rozpoczęciem usługi. Odwołujący zaznaczał, że rozmieszczenie pojemników, a wcześniej ich zakup, dla potrzeby tak dużego zamówienia nie jest możliwy w taki krótkim czasie, zwłaszcza w sytuacji braku po stronie wykonawcy pełnej informacji co do tego, jakie pojemniki i w jakich ilościach będą niezbędne do realizacji zamówienia. W czasie, o którym mówi Zamawiający, tak opisaną usługę może zrealizować tylko wykonawca, który uprzednio realizował zamówienie i nie musi „wymieniać” pojemników we wszystkich nieruchomościach. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający, ustalając tak krótki okres przygotowawczy, całkowicie pomija przy tym, że z dniem 1 stycznia 2019 r. (a więc z planowanym obecnie dniem rozpoczęcia usługi) w m. st. Warszawy zacznie obowiązywać nowy system selektywnej zbiórki odpadów komunalnych i nowe wymagania co do pojemników, które wykonawca - nie znając wpływu tych zmian na stan obecnie istniejący - ma uwzględnić, wyposażając nieruchomości w pojemniki, co jest zadaniem obiektywnie niemożliwym do zrealizowania. Odwołujący wyjaśniał, że w tzw. okresie przygotowawczym wykonawca ma wykonać także szereg innych czynności, w tym zakupić pojazdy i przystosować je do wykonania zamówienia, w tym wyposażyć się w odpowiedni system monitoringu. Zakup takiego systemu, przez wykonawcę, który uprzednio nie realizował zamówienia, nie jest możliwy w okresie 1 miesiąca.

Zdaniem wykonawcy BYŚ Zamawiający powinien przedłużyć okres przygotowawczy, tj. zagwarantować wykonawcom, że będzie on trwał co najmniej 3 miesiące (niezależnie od tego, kiedy nastąpi zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego), jak również Zamawiający, skoro sam przewiduje problemy z dostosowaniem nieruchomości do wymogów, które będą obowiązywały od 1 stycznia 2019 r.), powinien wyłączyć wprost możliwość naliczenia w pierwszym okresie realizacji umowy kar umownych. Przedłużenie okresu przygotowawczego do 3 miesięcy i tak nie pozwoli — mimo dochowania przez wykonawcę podwyższonej staranności - na uniknięcie uchybień w pierwszym okresie realizacji zamówienia, w sytuacji przejęcia przez wykonawcę obsługi tak dużego terenu, przy tak dużych wymaganiach zamawiającego co do zasad dokonywania odbioru odpadów i tak wielu niewiadomych co do sposobu realizacji zamówienia (niewiadomych także po stronie samego Zamawiającego, który jednocześnie z rozpoczęciem umowy, wdraża w m. st. Warszawa nowy system selektywnej zbiórki).

b) Pojemniki



Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie wskazał w OPZ, jaką ilość pojemników danego rodzaju (danej pojemności), wykonawca ma zabezpieczyć na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający, w załączniku nr 2 do OPZ, podał jedynie informację odnośnie tego, jak obecnie, tj. w dacie ogłaszania postępowania, kształtuje się zapotrzebowanie poszczególnych nieruchomości na pojemniki. Informacja taka jest niewystarczająca dla ustalenia, jaką ilość pojemników poszczególnych rodzajów wykonawcy będą musieli zakupić na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie dla ustalenia, jakie koszty z tego tytułu poniosą. Ponadto wykonawca BYŚ podnosił, że Zamawiający jeszcze w 2013 r. zlecił wybranym przez siebie wykonawcom inwentaryzację Punktów Odbioru Odpadów (POO) i przez kolejne lata funkcjonowania „nowego systemu” gospodarowania odpadami komunalnymi zbierał i analizował dane dotyczące zapotrzebowania poszczególnych nieruchomości na pojemniki. Zamawiający dysponuje więc danymi historycznymi wskazującymi, jaka jest dynamika zmian w zakresie zapotrzebowania nieruchomości na pojemniki, które mógłby udostępnić wykonawcom. Zdaniem Odwołującego udostępnienie wykonawcom choć danych historycznych ułatwi im kalkulację ceny ofertowej, nie ograniczy w istotny sposób ryzyka, jakie Zamawiający przerzuca na wykonawców.

Odwołujący wyjaśniał, że wykonawcy dostarczając do nieruchomości pojemniki mają uwzględnić, że od 2019 r. zmienia się system selektywnej zbiórki w m. st. Warszawie, tj., że z nieruchomości będą odbierane dodatkowe frakcje odpadów zbieranych w sposób selektywny. Ponadto zgodnie z § 19 pkt 3 OPZ, MGO przynależne do nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi należy wyposażyć w co najmniej jeden pojemnik przeznaczony do zbierania „odpadów zmieszanych” o pojemności co najmniej 120 litrów. Sposób zbierania pozostałych frakcji odpadów (w workach czy pojemnikach, z wyłączeniem odpadów zielonych» które są zbierane zawsze w workach) zależy od preferencji właściciela nieruchomości: informację w tym zakresie wykonawca otrzyma poprzez system Warszawa 19115 lub bezpośrednio od tego właściciela. Co oczywiste, koszt zapewnienia dla nieruchomości pojemnika i worka jest skrajnie różny. Odwołujący twierdził, że wykonawcy, nie znając preferencji właścicieli nieruchomości i nadto w sytuacji, gdy preferencje te mogą w toku wykonywania zamówienia ulec zmianie, nie ma możliwości ustalić, jakie pojemniki i w jakiej ilości będzie musiał zakupić na potrzeby realizacji zamówienia.

Wykonawca BYŚ wyjaśniał, że także sam Zamawiający nie ma wiedzy, w jaki sposób zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki po zmianach w zasadach selektywnej zbiórki odpadach, zmianach Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminach, oraz, jak będą kształtowały się w kolejnych latach preferencje właścicieli nieruchomości, co zbierania odpadów w workach lub pojemnikach. Brak wiedzy, a raczej pewności co do tego, jak będzie kształtować się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki, nie może jednak stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy ze względu na wielkość poszczególnych zadań, mowa jest tu bardzo dużych kosztach i ryzyku nieporównywalnym do ryzyka związanego z realizacją zamówień w innych gminach. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie przewiduje w SIWZ osobnego rozliczenia z wykonawcą za dostawę pojemników - koszty związane z wykonaniem tego zakresu zamówienia, wykonawca musi ująć w ryczałtowych cenach jednostkowych, które zgodnie z pkt 23.2. SIWZ będą

stałe w czasie objętym umową i, zgodnie z pkt 23.3. SIWZ, mają obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami. Zamawiający, w § 11 wzoru umowy, nie przewiduje przy tym możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady.

Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji, czyniąc zadość wymaganiom art. 29 Pzp, obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie w SIWZ maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów, których dostawa leży w zakresie obowiązków wykonawcy. Tylko wprowadzenie takiej informacji do opisu przedmiotu zamówienia, pozwoli na jednoznaczne ustalenie przez wykonawców zakresu ryzyka, jakie w związku z umową przyjmują na siebie, a w konsekwencji na złożenie przez nich porównywalnych ofert. Brak wskazania w SIWZ, jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy w zakresie dostawy pojemników, prowadzi będzie do pełnej dowolności wykonawców przy ustaleniu ryzyka i kosztów związanych z dostawą pojemników, a więc będzie skutkowało złożeniem przez wykonawców ofert nieporównywalnych.

W ocenie wykonawcy BYŚ analogicznie powinny zostać wskazane maksymalne liczby pojemników w rozbiciu na frakcje, które od 2019 r. będą miały podlegać odbiorowi w ramach realizacji zamówienia. W sytuacji, gdy każdy wykonawca ma samodzielnie „szacować” liczbę pojemników, cena każdej z ofert będzie odzwierciedlała inne zobowiązanie - oferty będą więc nieporównywalne.

c) Legalizacja wag

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 kwietnia 2017 r. w sprawie rodzajów przyrządów pomiarowych podlegających prawnej kontroli metrologicznej oraz zakresu tej kontroli prawnej kontroli metrologicznej w zakresie legalizacji ponownej podlegają następujące rodzaje przyrządów pomiarowych wprowadzonych do obrotu lub użytkowania po dokonaniu oceny zgodności w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30): (...) wagi automatyczne. A contrario, wagi automatyczne wprowadzone do obrotu na podstawie dokonanej oceny zgodności, nie wymagają dodatkowej legalizacji pierwotnej. Wykonawca może więc w sposób zgodny z prawem użytkować wagę, która poddana została wyłącznie ocenie zgodności. W ocenie wykonawcy BYŚ w tej sytuacji nie zrozumie i nie mające uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa jest wymaganie przez Zamawiającego, by w każdym przypadku wykonawca dysponował świadectwem legalizacji wagi.

d) System monitoringu położenia pojazdu

Odwołujący twierdził, że Zamawiający w § 11 OPZ wprowadził szereg wymogów dotyczących systemu monitoringu położenia pojazdów, które zostały przyjęte z naruszeniem wymogów art. 29 Pzp. I tak:

- § 11 ust. 3 pkt 3 „Zamawiający wymaga, aby system monitoringu lokalizacji pojazdu: rejestrował chwilowy błąd wyznaczenia lokalizacji wyrażony w metrach (ang. accuracy)”.

Wykonawca BYŚ podnosił, że Zamawiający nie definiuje jednak pojęcia „chwilowy błąd wyznaczenia lokalizacji”, w szczególności nie podaje tu żadnych parametrów czasowych trwania owego błędu, co uniemożliwia wykonawcom ustalenie, jaka funkcjonalność systemu jest w istocie przez Zamawiającego wymagana.

- §11 ust. 3 pkt 4 lit. a, b, c „Zamawiający wymaga, aby system monitoringu lokalizacji pojazdu: był wyposażony w odbiorniki sygnału GNSS umożliwiające co najmniej:

- a) odbiór pseudolosowego kodu C/A na kanale L1 w systemie GPS-NAVSTAR,
- b) pracę w trybie pomiarów różnicowych DGPS (ang. Differential Global Positioning System)
- c) odbiór poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) z systemów GB AS (ang. Ground Based Augmentation System) lub systemów SBAS (ang. Satellite Based Augmentation System).

Odwołujący zadawał pytania, jakim celu ma być odbierany kod C/A na kanale L1? Jaki cel Zamawiający chce osiągnąć wskazując ten konkretny kod? W poszczególnych punktach opisane są różne systemy poprawek różnicowych stosowanych zamiennie, z wykorzystaniem zarówno nazw własnych systemów (które można jednoznacznie zidentyfikować), jak i słownictwa potocznego, które nie jest jednoznacznie interpretowalne.

- §11 ust. 3 pkt 4 lit. d. „Zamawiający wymaga, aby system monitoringu lokalizacji pojazdu: był wyposażony w odbiorniki sygnału GNSS umożliwiające co najmniej:

- d) inicjalizację pomiarów różnicowych DGPS nazywaną „ on-the-fly ”

Odwołujący wyjaśniał, że termin DGPS oznacza bardzo dokładną metodę pomiarów satelitarnych stosowaną głównie w pomiarach geodezyjnych, rolnictwie precyzyjnym, nawigacji morskiej i lotniczej. Metoda ta pozwala na osiągnięcie dokładności rzędu 0,5-2 m. DGPS niestety posiada dwie zasadnicze wady. Po pierwsze, głównym problemem w korzystaniu z systemów DGPS jest fakt, że ich sygnały są nadawane z umieszczonych nad równikiem satelitów geostacjonarnych. Niskie położenie nad horyzontem satelitów geostacjonarnych jest źródłem ograniczonej widoczności tych satelitów w przypadku poruszania się w terenie zabudowanym. Z tego powodu sygnały DGPS mogą być dość łatwo zablokowane np. przez budynki, elementy rzeźby terenu, itp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający jest świadomy tego problemu (patrz str. 31 OPZ ust. 12), jednakże mimo tego, nie dopuszcza zastosowania przez wykonawców alternatywnych systemów. Systemy alternatywne, oparte na technologii GSM: A- GPS, zostały dopuszczone przez Zamawiającego tylko w sytuacji wskazanej w ust. 12, tj. gdy występuje brak rejestracji aktualnego położenia, z uwagi na brak widoczności satelitów GNSS wywołanego przeszkodami terenowymi lub konstrukcjami budowlanymi. Innymi słowy, wykonawca musi i tak zakupić system DGPS, a w razie braku możliwości rejestracji za jego pomocą położenia pojazdów, będzie mógł zastosować inny system - GSM, co de facto oznacza, że każdy pojazd będzie musiał być wyposażony w podwójny system monitoringu położenia.

Następnie Odwołujący podnosił, że dostęp do DGPS jest płatny. Abonament kosztuje kilkaset złotych. Dodatkowo urządzenia umożliwiające pomiary różnicowe w technologii DGPS są znacznie droższe od standardowych urządzeń GPS. Cena jednego rejestratora DGPS zaczyna się od 1000 euro/netto. Rejestratory DGPS do zastosowań w transporcie drogowym są mało znane w Europie przez co dostęp do nich jest utrudniony. Dostęp do technologii GPS jest natomiast bezpłatny, a cena jednego urządzenia marki premium zaczyna się od 700 zł/netto. Odwołujący wskazywał, że powszechnie stosowany system GPS zapewnia dokładność rzędu 5 m. Skoro Zamawiający wymaga, aby system monitoringu lokalizacji pojazdu rejestrował lokalizację nie rzadziej niż co 50 metrów (patrz OPZ str. 30 §11 pkt. 3), zastanawiające jest pytanie, dlaczego Zamawiający opisał w OPZ bardzo drogą technologię, DGPS która charakteryzuje się dokładnością do 2 m? Zdaniem wykonawcy BYŚ rozwiązanie GPS, tańsze i bardziej dostępne, spełniłoby bowiem wymogi Zamawiającego co do dokładności odczytów.

- § 11 ust. 5. „Zamawiający dopuszcza stosowanie poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) dla metody kinematycznej w systemie post-processingu przed przekazaniem danych Zamawiającemu”.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający dopuszcza poprawki różnicowe stosowane powszechnie w metodach pomiarów innych niż DGPS [np. DGNSS (Differential Global Navigation Satellite System) RTK (Real Time Kinematic) RTN (Real Time Network), SPS (Standard Positioning System), PPS (Precise Positioning System) ] i jednocześnie wskazuje tylko jedną metodę samych pomiarów mianowicie DGPS?

Odwołujący zarzucał, że Zamawiający powinien, równocześnie z dopuszczeniem innych metod pomiarów, dopuścić metody pozycjonowania GPS, takie jak SPS (Standard Positioning System) i PPS (Precise Positioning System), które również korzystają z metody kinematycznej post processing.

- §11 ust. 6 „Zamawiający zaleca stosowanie wyposażenia w odbiorniki sygnału GNSS umożliwiające jednoczesny odbiór pseudolosowego kodu C/A i P na częstotliwościach L1 i L2 w systemie GPS-NAVSTAR”.

BYŚ podnosił, że także w tym przypadku Zamawiający dopuszcza tylko jeden system (system konkretnego dostawcy), w sytuacji, gdy na rynku dostępne są jeszcze inne systemy takie jak np. Rosyjski Glonass, Europejski Galileo czy Chiński BeiDou. Jego zdaniem w interesie Zamawiającego jest, ażeby system monitoringu położenia pojazdu korzystał z możliwie wielu satelitów, które są dostępne. Wskazanie przez Zamawiającego tylko jednego systemu satelitarnego należałoby porównać do sytuacji, gdzie jest wskazany tylko jeden producent pojazdów ciężarowych np. Scania przez co inne marki takie jak np. Mercedes albo DAF zostałyby wykluczone.

- §11 ust. 7. „ Zamawiający zaleca stosowanie poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) z systemu równoległe pracujących naziemnych stacji referencyjnych ASG-EUPOS dla metody kinematycznej w serwisie czasu rzeczywistego”.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający wskazuje konkretnie ASG-EUPOS dla metody kinematycznej, gdy istnieją tymczasem alternatywne sieci np. takie jak SmartNetPoland czy VRSNet, które konkurują z ASG-Eupos i które mają odpowiednią sieć na terenie Warszawy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający opisując wymagany przez siebie system monitoringu pojazdów wskazać powinien na oczekiwane funkcjonalności (cele do osiągnięcia), nie zaś na konkretny system monitoringu, czy wręcz jego dostawcę. Opis przedmiotu zamówienia, nie odnoszący się do wymaganych funkcjonalności, a konkretnych rozwiązań dostępnych na rynku (i to nie w każdym przypadku najlepszych z tych, które są dostępne) w sposób istotny ogranicza konkurencję w postępowaniu wymuszając na wykonawcach zakup urządzeń i systemów u konkretnych dostawców. Tym samym, Zamawiający uniemożliwia wykonawcom korzystanie z systemów pozycjonowania, które wykonawcy ci posiadają, a które gwarantowałyby osiągnięcie celów założonych przez Zamawiającego. Zamawiający wskazuje, że okoliczność, iż system opisany w OPZ działa u jednego lub kilku wykonawców obecnie realizujących usługę, nie jest równoznaczny z tym, że inne systemy, czy metody pomiarów nie sprawdza się na terenie m. st. Warszawy.

Pismem z dnia 28 września 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie. Składając powyższą odpowiedź Zamawiający wskazał, że:

1. uwzględnić zarzut opisany w pkt 1 odwołania;
2. uwzględnić zarzut opisany w pkt 3 odwołania w zakresie odnoszącym się do:
  - dokumentów, którymi wykonawcy mogą potwierdzać, że pojazdy przez nich deklarowane spełniają normę emisji spalin EURO 5 lub EURO 6 (27.3 SIWZ) natomiast w pozostałym zakresie wnoszą o oddalenie;
3. wnoszą o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego w zakresie pozostałych zarzutów, tj. opisanych w pkt 2 i 4 odwołania.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśniał m. in., że zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami ustawy możliwość dokonania podziału zamówienia na części nie jest traktowana, jako bezwzględny obowiązek Zamawiającego. W jego ocenie dokonał on podziału przedmiotowego zamówienia jednak, jak wynika z treści odwołania, podział ten z różnych względów nie odpowiada Odwołującemu. Zamiast 9 części proponuje on podział na 18 części, co nie ma jednak uzasadnienia ani prawnego, ani merytorycznego. Zdaniem Zamawiającego zasada konkurencyjności określona w art. 7 ust. 1 ustawy nie została naruszona. Ponadto, Zamawiający wskazywał na żądania jakie Odwołujący sformułował w poprzednim odwołaniu z dnia 16 kwietnia 2018 r., złożonym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego pod numerem: ZP/GP/271/IV-77/18. Odwołujący wówczas zarzucił Zamawiającemu brak dokonania podziału zamówienia oraz wskazał, że we wcześniejszym postępowaniu podział ten został dokonany na 9 części. Odwołujący wówczas wskazał, że „powyższy podział, stosowany przez Zamawiającego także dla innych zamówień, uwzględnia naturalne i istniejące już zależności w ramach poszczególnych Dzielnic (rodzaj i gęstość zabudowy, istniejący układ komunikacyjny, w tym utrudnienia związane z przemieszczaniem się między

poszczególnymi brzegami Wisły, który to układ jest kluczowy dla zorganizowania spławnej logistyki odbioru odpadów komunalnych)”. Wobec powyższego zdaniem Zamawiającego należy stwierdzić, że obecnie podnoszony zarzut dotyczący podziału przedmiotu zamówienia na 9, a nie na 18 części zmierza jedynie do przedłużenia postępowania i nie jest niczym uzasadniony. Zdaniem Zamawiającego dostęp do zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem dla szerszej grupy wykonawców został dodatkowo zapewniony poprzez uwzględnienie, zgodnie z żądaniem Odwołującego, zarzutu nr 1, odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy (ilości odebranych odpadów), którym musi się wykazać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 29 ust. 1a ustawy i art. 7 Pzp Zamawiający wyjaśnił, że częściowo uznał zgłoszony zarzut zaś w pozostałej częściowo wnosił o jego oddalenie. Zamawiający podnosił, że odnosnie dokumentów, którymi wykonawcy mogą potwierdzać, że pojazdy przez nich deklarowane spełniają normę emisji spalin EURO 5 lub EURO 6 (27.3 SIWZ) to Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut i w dniu 28 września 2018 r. dokonał zmiany pkt 27.3 SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Odnosnie sposobu liczenia punktów za kryterium jakościowe (27.4. SIWZ): Zamawiający twierdził, że uwzględnił przedmiotowy zarzut i w dniu 28 września 2018 r. dokonał zmiany pkt 27.4 SIWZ, dokonując zmiany sposobu punktacji w kryterium jakościowym.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia:

- odnosnie określenia zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia w części dotyczącej tzw. okresu przygotowawczego (§ 5 ust. 1 OPZ) Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu, jednocześnie informując, iż w dniu 28 września 2018 r. dokonał zmiany, wprowadzając § 8 ust. 8 umowy;
- odnosnie braku wskazania przez Zamawiającego minimalnej i maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności), których zakup i dostarczenie do właścicieli stanowi przedmiot zamówienia oraz braku wskazania w OPZ wszystkich informacji niezbędnych do ustalenia, jaka liczba pojemników, poszczególnych rodzajów (pojemności) będzie niezbędna do zakupu i dostarczenia do właścicieli nieruchomości w toku realizacji zamówienia, zwłaszcza wobec zaplanowanej przez Zamawiającego od dnia 1 stycznia 2019 r. zmiany sposobu selektywnej zbiórki odpadów i wyposażenia nieruchomości w pojemniki, w tym z uwagi na umożliwienie właścicielom nieruchomości rezygnacji z pojemników i zbierania odpadów w workach (§ 19 OPZ): Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu w całości, jednocześnie informując, iż w dniu 28 września 2018 r. dokonał zmiany OPZ;
- odnosnie dokonania opisu wymogów dotyczących systemu monitoringu położenia pojazdów w sposób, który wskazuje na konkretne rozwiązania techniczne, w tym konkretny system monitoringu i dostawców systemów niezbędnych do jego prawidłowego funkcjonowania, w sytuacji, gdy cele, jakie zamierza osiągnąć Zamawiający przez postawienie wymogu monitorowania położenia pojazdów są możliwe do osiągnięcia przy wykorzystaniu innych

systemów dostępnych na rynku, co dodatkowo wskazuje na niczym nieuzasadnioną preferencję wykonawców dotychczas realizujących zamówienie ze szkodą dla konkurencji (§ 11 OPZ) Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu w całości. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż wprowadził zmianę w § 11 ust. 3 pkt 3 OPZ, w § 11 ust. 3 pkt 4 lit. a OPZ, w § 11 ust. 3 pkt 4 lit. d OPZ, w § 11 ust. 5 OPZ, w § 11 ust. 7 OPZ.

W dniu 1 października 2018 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron oraz Przystępujących wykonawca BYŚ oświadczył, że podtrzymuje zarzuty zawarte w odwołaniu w zakresie, w który nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego treścią odpowiedzi na odwołanie. W trakcie wspomnianego posiedzenia Izby Zamawiający przedłożył pismo procesowe.

### **KIO 1879/18**

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp postanowień specyfikacji, tj.

1. § 19 ust. 3 OPZ w zakresie, w jakim postanowienie to wskazuje, że w odniesieniu do nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi sposób zbierania odpadów (system workowy lub pojemnikowy) o frakcjach innych niż zmieszane odpady komunalne i odpady zielone, zależy od „preferencji właściciela nieruchomości” a informację w tym zakresie wykonawca otrzyma poprzez „system Warszawa 19115 lub bezpośrednio od tego właściciela”,
2. § 21 ust. 3 OPZ w zakresie, w jakim postanowienie to przewiduje, że wykonawcy nie należy się dodatkowe wynagrodzenie w przypadku, gdy rzeczywiste potrzeby nieruchomości w zakresie wyposażenia w pojemniki w trakcie świadczenia usługi okażą się wyższe od wartości przekazanych przez Zamawiającego,
3. zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego - w postanowieniach OPZ wskazanych we wnioskach odwołania, w tym uzasadnieniu - maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów i pojemności, które w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości,
4. zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego - w postanowieniach OPZ wskazanych we wnioskach odwołania, w tym uzasadnieniu - maksymalnej ilości nowych miejsc gromadzenia odpadów („MGO”), z których, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy wykonawca ma odbierać odpady,
5. § 18 ust. 4 OPZ w zakresie, w jakim postanowienie to przewiduje, że Zamawiający może poinformować wykonawcę o zmianach w definicji MGO,
6. zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego - w postanowieniach OPZ wskazanych we wnioskach odwołania, w tym uzasadnieniu - minimalnej ilości odpadów, które Zamawiający gwarantuje do odbioru z poszczególnych Zadań, na które podzielone jest zamówienie,
7. § 28 ust. 4 pkt 2 lit. a) i b) OPZ w zakresie, w jakim przewiduje on, że wykonawca ma obowiązek odbierać frakcję odpadów w postaci: „papieru” oraz frakcję odpadów w postaci:

„metali i tworzyw sztucznych” z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi wielolokalowymi, nie rzadziej niż co 2 tygodnie,

8. § 32 ust. 3 OPZ w zakresie, w jakim nakłada on na wykonawcę obowiązek zatrudniania pracowników, o których mowa w § 32 ust. 2 OPZ co najmniej na okres realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp przez brak jednoznacznego wskazania, czy w stosunku do nieruchomości zabudowanych budynkiem jednorodzinnym wykonawca ma obowiązek zapewnić pojemniki czy worki do gromadzenia odpadów innych niż zmieszane odpady komunalne i odpady zielone, co skutkuje dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób uniemożliwiający dokonanie rzetelnej wyceny oferty lub odpowiednio porównywalność składanych ofert i kolejno skutkuje naruszeniem obowiązku zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi także nieuzasadnione naruszenie zasady równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego,
- b) art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przejawiające się w zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów, które w ramach wynagrodzenia, wykonawca ma dostarczać właścicielom nieruchomości, zaniechaniu wskazania maksymalnej ilości nowych MGO, z których wykonawca ma obowiązek odbierać odpady, przyznaniu Zamawiającemu prawa do zmiany definicji MGO oraz informowania wykonawcy o zmianach w definicji MGO oraz zaniechaniu wskazania minimalnej ilości odpadów z poszczególnych Zadań, które Zamawiający gwarantuje wykonawcy do odbioru, co stanowi także nieuzasadnione naruszenie zasady równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego,
- c) art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnienia niezbędnych częstotliwości odbioru odpadów papieru oraz metali i tworzyw sztucznych z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi wielolokalowymi (dopuszczając minimalną częstotliwość odbioru tych odpadów raz na 2 tygodnie), co w konsekwencji może spowodować przyjęcie przez wykonawców błędnych założeń oraz nieporównywalność ofert, a w rezultacie prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- d) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 Kodeksu pracy w zw. z art. 300 k.p. w zw. z art. 14 Pzp przez sformułowanie OPZ w sposób naruszający zasadę proporcjonalności poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę osób pracujących przy wykonywaniu prac w zakresie: obsługi odbioru odpadów (kierowcy, ich pomocnicy) oraz obsługi zgłoszeń w



Systemie Warszawa 19115 co najmniej na okres realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje nieproporcjonalnym i niezasadnym wyłączeniem możliwości zawierania przez pracodawcę umów na czas nieokreślony, na czas określony krótszy niż okres realizacji przedmiotu zamówienia czy okres próbny, co stanowi także naruszenie podstawowej zasady wynikającej z prawa pracy tj. swobody nawiązania stosunku pracy.

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień SIWZ przez:

- a) zmianę § 19 ust. 3 OPZ przez wskazanie, że MGO przynależne do nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi należy wyposażyć w co najmniej jeden pojemnik przeznaczony do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych o pojemności co najmniej 120 litrów oraz jeden pojemnik do zbierania bioodpadów o pojemności co najmniej 120 litrów, zaś w odniesieniu do pozostałych frakcji odpadów wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości worki do ich gromadzenia,
- b) zmianę punktu § 21 ust. 3 OPZ przez wykreślenie zdania ostatniego,
- c) wskazanie w § 7 OPZ oraz w § 19 OPZ maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów i pojemności, które - w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy - wykonawca zobowiązany jest zapewnić właścicielom nieruchomości wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2 wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości pojemników danego rodzaju i pojemności ponad maksymalne ilości lub wprowadzenie postanowień, zgodnie z którym wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie liczone od każdego pojemnika danego rodzaju w razie potrzeby dostarczenia pojemników w ilościach przekraczających maksymalne ilości podane w OPZ w odniesieniu do danego rodzaju i pojemności,
- d) wskazanie w § 7 i § 18 OPZ maksymalnej ilości nowych MGO, z których - w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy - wykonawca zobowiązany jest odbierać odpady, ewentualnie wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2 wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości MGO ponad maksymalne ilości,
- e) wykreślenie w § 18 ust. 4 OPZ możliwości informowania wykonawcy przez Zamawiającego o zmianie definicji MGO,
- f) wskazanie w § 7 OPZ minimalnej ilości odpadów, które Zamawiający gwarantuje wykonawcy do odbioru z poszczególnych Zadań,
- g) zmianę § 28 ust. 4 pkt 2 lit. a) i b) OPZ przez wprowadzenie jako minimalnej częstotliwości odbioru odpadów frakcji „papier” oraz odpowiednio frakcji „metale i tworzywa sztuczne” z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi wielolokalowymi: „nie rzadziej niż co tydzień”,
- h) zmianę § 32 ust. 3 OPZ poprzez wykreślenie zdania pierwszego,
- i) dostosowanie wszystkich innych zapisów Ogłoszenia i SIWZ, w tym OPZ i wzoru umowy w zakresie wynikającym z powyższych zmian.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca SUEZ podnosił, że:

- a. brak jednoznacznego wskazania, czy w stosunku do nieruchomości zabudowanych budynkiem jednorodzinnym wykonawca ma obowiązek zapewnić pojemniki czy worki do gromadzenia odpadów selektywnie zbieranych

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z § 19 ust. 1 i 2 OPZ przed rozpoczęciem odbioru odpadów wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia pojemników do wszystkich MGO, z których odbieranie odpadów jest objęte przedmiotem zamówienia w liczbie, rodzaju i pojemności uwzględniającej przekazane przez Zamawiającego wymagania nieruchomości w 2018 r. i frakcje odpadów komunalnych odbieranych w 2019 r. Zadaniem wykonawcy jest przy tym utrzymywanie w MGO właściwej liczby pojemników odpowiedniego rodzaju i pojemności, w tym dostosowanie pojemności i liczby pojemników do ilości odpadów powstających na przypisanych do nich nieruchomości (§ 21 ust. 1 OPZ oraz § 2 ust. 3 lit. c) wzoru umowy).

Kolejno, zgodnie z § 4 ust. 1 uchwały NR LXI/1631/2018 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy (dalej: „Regulamin”) zasadniczo selektywna zbiórkę odpadów komunalnych na terenie Warszawy prowadzi się odpowiednio w pojemnikach lub workach spełniających wymagania określone w Regulaminu, w podziale na następujące frakcje:

- a) oddzielnie odpady papieru,
- b) łącznie odpady metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych,
- c) oddzielnie odpady opakowaniowe ze szkła,
- d) oddzielnie odpady zielone,
- e) oddzielnie bioodpady.

§ 13 Regulaminu opisujący szczegółowe wymagania dotyczące rodzaju i minimalnej pojemności pojemników i worków przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zabudowanych budynkami mieszkalnymi jednorodzinnymi, stanowi, że do zbierania odpadów zmieszanych na terenie tych nieruchomości stosuje się pojemniki, zaś do zbierania na ich terenie odpadów papieru, odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych, odpadów opakowaniowych ze szkła, odpadów zielonych oraz bioodpadów stosuje się worki lub pojemniki.

Zdaniem wykonawcy SUEZ Regulamin dopuszcza dwa sposoby gromadzenia odpadów selektywnie zebranych na terenie nieruchomości zabudowanych budynkiem jednorodzinnym tj. odpady te mogą być zbierane zarówno w workach, jak i pojemnikach. Zgodnie z Regulaminem wykonawca mógłby zarówno dostarczać worki, jak i pojemniki do przedmiotowych nieruchomości w celu gromadzenia na nich przez ich właścicieli odpadów segregowanych. Tymczasem Zamawiający zdecydował w OPZ, że w odniesieniu do nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi

sposób zbierania odpadów o frakcjach innych niż zmieszane odpady komunalne i odpady zielone (a więc sposób zbierania wszystkich selektywnie zebranych frakcji odpadów poza frakcją zieloną), zależy od „preferencji właściciela nieruchomości”. Informację o „preferencji” właściciela wykonawca otrzymać ma poprzez „system Warszawa 19115 lub bezpośrednio od tego właściciela”, a więc już po zawarciu umowy o realizację zamówienia. Powyższe powoduje, że wykonawca w chwili składania oferty nie wie i nie może wiedzieć, jakie decyzje będą podejmowane przez właścicieli nieruchomości co do wyboru sposobu gromadzenia ww. frakcji odpadów. Ilość pojemników w zabudowie jednorodzinnej może okazać się wielokrotnie większa lub mniejsza niż podawana przez Zamawiającego w § 7 ust. 7 pkt 1 OPZ. Odwołujący zwracał przy tym uwagę, iż koszty związane z pojemnikami (koszty podstawienia, umycia każdego pojemnika co najmniej 12 razy w trakcie realizacji Zamówienia, oklejenia pojemników naklejkami opisującymi frakcje, wyposażenia pojemników w transpondery RFID, utrzymywania ich w należytym stanie technicznym oraz ewentualnego ich zabrania) stanowią bardzo istotną pozycję kosztową wpływającą bezpośrednio na finalną wysokość ceny oferty. Dodatkowo zapis § 20 ust. 4 OPZ stanowiący o konieczności dostosowania ilości pojemników na każdą z frakcji odpadów, tak aby nie dochodziło do przepelnień i cały strumień był odbierany z pojemników może spowodować konieczność ustawienia wielu pojemników (bądź zastosowania bardzo dużych pojemników, które są odpowiednio droższe) dla każdej z frakcji dla nieruchomości jednorodzinnej, jeśli takowa zadeklaruje chęć skorzystania z systemu pojemnikowego. Zdaniem Odwołującego ww. zapis powoduje, że wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z zapewnieniem pojemników co skutkuje brakiem możliwości przygotowania rzetelnej oferty.

- b. brak wskazania maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów oraz maksymalnej ilości MGO, przyznanie Zamawiającemu prawa do zmiany definicji MGO oraz brak wskazania minimalnej ilości odpadów, które Zamawiający gwarantuje wykonawcy do odbioru z poszczególnych Zadań

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1) i 2) OPZ na przedmiot Zamówienia składa się m.in. dostawa do MGO pojemników i worków oraz utrzymanie należytego stanu sanitarnego, porządkowego i technicznego pojemników (także § 5 ust. 1 pkt 8) oraz ust. 2 pkt 2) - 5) OPZ). Zamawiający wskazał przy tym w § 7 ust. 5 OPZ „szacunkowe dane ilościowe dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości w poszczególnych Zadaniach” (dane dotyczą okresu przed 1 stycznia 2019 r.) oraz w Załączniku nr 2 do OPZ informację o pojemnikach, w które nieruchomości były wyposażone w 2018 r.

W § 19 ust. 2 OPZ wskazano, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczyć do każdego MGO „odpowiednią liczbę pojemników odpowiedniego rodzaju i pojemności, uwzględniającą przekazane przez Zamawiającego wymagania nieruchomości w 2018 r. i frakcje odpadów komunalnych odbieranych od 2019 r.” Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego „pojemność i liczba pojemników do zbierania odpadów z danej nieruchomości powinna pozwalać na zbieranie całości strumienia każdej z frakcji odpadów powstających na tej nieruchomości zbieranej w pojemnikach tak, by nie dochodziło do ich przepelnienia” (§ 20 ust. 4 OPZ).

Kolejno w § 19 ust. 4 OPZ Zamawiający wyjaśnił, że wprowadzenie w 2019 r. nowych frakcji odpadów komunalnych zbieranych selektywnie oraz nowych zasad dotyczących dopuszczalnych dla poszczególnych typów nieruchomości wielkości pojemników i możliwości stosowania systemu workowego, spowoduje konieczność dopasowywania liczby i wielkości pojemników dostarczonych do MGO oraz zmiany sposobu zbierania odpadów zbieranych selektywnie z systemu workowego na system pojemnikowy. W tym zakresie Odwołujący wskazuje, że w stosunku do obecnie stosowanego systemu selektywnego zbierania odpadów począwszy od 2019 roku w Warszawie zbierane będą 2 dodatkowe frakcje odpadów (odrębnie zbierane będą teraz frakcje papieru, metali i tworzyw sztucznych oraz bioodpadów - obok dotychczasowych frakcji szkła i zmieszanych odpadów komunalnych). Powoduje to konieczność podstawienia dodatkowych pojemników, których ilość i pojemność nie jest w tej chwili znana. Ilość ta będzie bowiem uzależniona od ilości odpadów danej frakcji wytwarzanych przez mieszkańców. Ryzykiem w tym zakresie Zamawiający w całości obciąża wykonawców. Tymczasem ryzyko tego, ile odpadów o nowych frakcjach mieszkańcy będą wytwarzać i w związku z tym ryzyko ustalenia właściwej liczby i pojemności pojemników jest ryzykiem na tą chwilę niemożliwym do oszacowania. Bez wątpliwości natomiast koszty pojemników i ich utrzymania mają bardzo istotne przełożenie na wysokość ceny oferty. Odwołujący wskazywał, że zgodnie z OPZ wykonawca ma nie tylko zapewnić pojemniki (co już samo w sobie stanowi istotny koszt), ale także ma obowiązek:

- a) wyposażyć każdy pojemnik w etykietę elektroniczną, wykonaną w technologii RFID, zawierającą unikalny identyfikator o długości 16 cyfr heksadecymalnych (8 bajtów) (etykiety elektroniczne mogą być użyte tylko raz, tj. w przypadku przemieszczania pojemnika z jednego MGO do innego lub zmiany frakcji zbieranej w pojemniku, pojemnik należy wyposażyć w nową etykietę elektroniczną (§ 20 ust. 14 i 15 OPZ);
- b) utrzymywać właściwą liczbę pojemników (§ 21 OPZ),
- c) utrzymywać należyty stan sanitarny pojemników, w tym myć i dezynfekować pojemniki po wewnętrznej i zewnętrznej stronie nie rzadziej, niż co 3 miesiące, przy pomocy specjalistycznych pojazdów z zamkniętym obiegiem wody lub w przypadku pojemników typu „kontener” i „dzwon” w myjniach (§25 OPZ),
- d) utrzymywać pojemniki w odpowiednim stanie porządkowym (§ 26 OPZ),
- e) utrzymywać pojemniki w odpowiednim stanie technicznym (§ 27 OPZ).

Odwołujący stał na stanowisku, że całkowity koszt pojemników, ich wyposażenia, utrzymania i ewentualnego usunięcia jest jednym z najistotniejszych pozycji kosztowych oferty na odbiór odpadów. Rzetelne oszacowanie tych kosztów przez wykonawców przy braku wskazania przez Zamawiającego maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów i ich pojemności, także w kontekście ustawowych zmian co do rodzajów gromadzonych frakcji odpadów (zwiększenie ich liczby) nie jest możliwe. Zamawiający w całości przerzuca na wykonawcę całe ryzyko niedoszacowania przez siebie ww. parametrów. Zdaniem SUEZ w ten sposób, sprzecznie z treścią art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, wykonawcy zostali pozbawieni możliwości rzetelnego oszacowania takiego ryzyka i jego wliczenia w cenę oferty. Kolejno brak możliwości rzetelnego oszacowania kosztów w opinii Odwołującego będzie

prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert wskutek przyjęcia przez wykonawców różnych założeń.

Odwołujący podnosił, że podobnie sytuacja wygląda w odniesieniu do ilości MGO, które mają być obsługiwane przez wykonawcę. Zgodnie z § 7 ust. 1 OPZ Zamawiający wskazał „szacunkową” ilość MGO. Jednocześnie, zgodnie z § 18 ust. 1 OPZ wykonawca ma obowiązek obsługiwać MGO zgłoszone do obsługi przez Zamawiającego. Kolejno ust. 4 § 18 OPZ przewiduje, że w trakcie realizacji usługi Zamawiający będzie przekazywał wykonawcy informacje o nowopowstałych MGO, zmianach w definicji MGO co ma oznaczać, że także z tych nowopowstałych MGO wykonawca ma odbierać odpady. Tymczasem ilość i położenia MGO ma istotne znaczenie na etapie przygotowania harmonogramów odbioru odpadów i tras. Brak konkretnych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy rzetelne oszacowanie kosztów realizacji Zamówienia co bezpośrednio wpływa na brak możliwości przygotowania ofert w sposób rzetelny. Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie może „bez końca” wskazywać nowych MGO, nie mówiąc już o zmianie definicji MGO - możliwe pomysły Zamawiającego na przyszłość w odniesieniu do definicji MGO nie są możliwe do przewidzenia przez wykonawców.

SUEZ kolejno wskazywał, że Zamawiający nie podaje minimalnej ilości odpadów, które gwarantuje wykonawcom do odbioru z poszczególnych zadań objętych zamówieniem. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 OPZ przedmiot zamówienia obejmuje odbiór odpadów komunalnych z MGO i ich transport do wskazanej przez Zamawiającego instalacji lub stacji przeładunkowej. W § 7 ust. 3 OPZ Zamawiający podaje „oczekiwany strumień odpadów komunalnych” oraz „maksymalny strumień odpadów komunalnych.” W opinii Odwołującego kluczowe znaczenie dla wyceny oferty ma minimalna ilość odpadów, którą Zamawiający gwarantuje. Bez tej informacji ryzyko związane z mniejszą niż oczekiwana ilością odpadów ciąży w całości na wykonawcy. Odwołujący wskazywał, że z zapewnieniem usług odbioru odpadów wiąże się konieczność poniesienia wielu kosztów, a zatem wykonawca musi mieć informację, jaką minimalną ilość odpadów odbierze, aby móc odpowiednio skalkulować proponowaną stawkę za odbiór 1 tony odpadów.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma obowiązek wskazania maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów oraz zwiększenia ilości MGO czy zmiany definicji MGO. Odwołujący podkreślał fakt, iż inne są koszty nabycia pojemników o poj. 120 l a zupełnie inne koszty nabycia np. pojemników o pojemności 10 m<sup>3</sup>, inne są koszty obsługi danego zadania w razie zwiększenia ilości MGO (co wymagać może nawet przeformułowania ustalonych trasówek). Powyższe bez wątpienia wpływa na całkowicie odmienne koszty odbioru odpadów oraz dostarczenia różnych rodzajów pojemników. Wskazanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny jest niezbędne do należytej wyceny ofert, w tym w szczególności do uzyskania przez Zamawiającego ofert porównywalnych tj. skalkulowanych na podstawie jasnych, jednoznacznych informacji i danych. Podanie szacunków co do ilości pojemników czy ilości MGO, brak podania minimalnej ilości odpadów do odbioru czy też pozostawienie Zamawiającemu prawa zmiany definicji MGO powoduje, że oferty wykonawców będą nieporównywalne, bo każdy z nich jest uprawniony do przyjęcia różnych odchyleń od szacunkowej wartości (odchylenie może wynosić 5%, 15% lub np. 50%).

Odwołujący twierdził, że Zamawiający w całości przerzucił na wykonawcę całe ryzyko niedoszacowania przez siebie ww. parametrów. W ten sposób, sprzecznie z treścią art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, wykonawcy zostali pozbawieni możliwości oszacowania takiego ryzyka i jego wliczenia w cenę oferty.

c) niezbędne częstotliwości odbioru odpadów papieru oraz metali i tworzyw sztucznych z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi wielolokalowymi

Odwołujący wyjaśniał, że w § 28 ust. 4 pkt 2 lit. a) i b) OPZ Zamawiający podał, że wykonawca zobowiązany jest odbierać odpady komunalne frakcji papieru oraz metali i tworzyw sztucznych ze wszystkich MGO położonych na terenie nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi nie rzadziej niż co dwa tygodnie. Zdaniem wykonawcy SUEZ powyższa częstotliwość bez wątpienia będzie niewystarczająca dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu odbioru odpadów.

Odwołujący podnosił, że obecnie odpady papieru oraz metali i tworzyw sztucznych odbierane są w ramach frakcji zmieszane odpady opakowaniowe, dla których Zamawiający wyznaczył minimalną częstotliwość w stosunku do nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkaniowymi wielolokalowym: 1 raz na tydzień. Obniżenie częstotliwości dla nowych frakcji powinno za sobą nieść dwukrotne zwiększenie ilości pojemników w każdym MGO. Korzystając z wieloletniego doświadczenia w zakresie realizowania odbiorów z terenu m. st. Warszawy Wykonawca stwierdził, że w większości MGO zabraknie miejsca na dostawienie dodatkowych pojemników. W tym samym czasie należy pamiętać o konieczności dostawienia pojemników na frakcję biodegradowalną. Sam fakt braku miejsca na nowe pojemniki powinien powodować co najmniej utrzymanie obecnie funkcjonującej częstotliwości. Ponadto, w obecnym systemie zbiórki odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy zasadą jest zwiększanie minimalnej częstotliwości odbioru zmieszanych odpadów opakowaniowych (która jest i tak dwukrotnie wyższa od tej zakładanej w niniejszym postępowaniu) ze względu na brak miejsca na dodatkowe pojemniki. Z ponad 1/3 MGO położonych w dzielnicach Ursynów i Wilanów zmieszane odpady opakowaniowe odbierane są częściej niż przewiduje to obecna częstotliwość (min. 1x tydzień). Z wielu MGO odpady tej frakcji odbierane są nawet 3 lub 4 razy na tydzień. Z kolei obsługa odbioru przedmiotowych odpadów realizowana np. przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawa sp. z o.o. (realizuje odbiory z największej ilości dzielnic w Warszawie) dla budynków wielolokalowych zakłada najczęściej stosowanie częstotliwości 3 lub co najmniej 2 razy na tydzień. Zdaniem wykonawcy SUEZ powyższe działania dowodzą konieczności stosowania wyższej niż wymagana w OPZ częstotliwości.

W ocenie Odwołującego obniżając minimalną częstotliwość odbioru powyższych frakcji w stosunku do dotychczasowej częstotliwości Zamawiający może doprowadzić do ograniczenia selektywnego zbierania odpadów. Zakładana obecnie częstotliwość sugeruje rzadkość zapełniania się pojemników tych frakcji, co jest nieprawdą. Przy zakładanej obecnie przez Zamawiającego częstotliwości, pojemniki na przedmiotowe frakcje szybko się zapełnią a mieszkańcy będą wyrzucali te

odpady do pojemników przeznaczonych na odpady niesegregowane. Zdaniem SUEZ powyższe jednoznacznie dowodzi, że odbiór odpadów komunalnych z dodatkowymi frakcjami nie może zakładać minimalnej częstotliwości proponowanej obecnie przez Zamawiającego w OPZ. W pewnym zakresie taka informacja może wprowadzić w błąd wykonawców i doprowadzić do przyjęcia przez nich nieprawidłowych założeń do oferty, która w konsekwencji będzie nierzetelna. Co równie istotne, powyższa sytuacja z dużym prawdopodobieństwem doprowadzi do braku porównywalności ofert, a w rezultacie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

e) obowiązek zatrudniania na umowę o pracę osób pracujących przy wykonywaniu co najmniej na okres realizacji przedmiotu zamówienia

Odwołujący podnosił, że zgodnie z § 32 ust. 2 OPZ przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest zatrudniać osoby przy wykonywaniu prac w zakresie: obsługi odbioru odpadów (kierowcy, ich pomocnicy) oraz obsługi zgłoszeń w Systemie Warszawa 19115 na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks pracy. Kolejno w § 32 ust. 3 OPZ Zamawiający postanowi, że „zatrudnianie osób, o których mowa w ust. 2 nastąpić powinno co najmniej na okres realizacji przedmiotu zamówienia.” Wykonawca zobowiązany jest prowadzić ewidencję czasu pracy tych osób dokumentującą świadczenie pracy w celu realizacji przedmiotu zamówienia, ze wskazaniem ilości godzin przepracowanych każdego dnia danego miesiąca. Według SUEZ postanowienia §32 ust. 2 OPZ stanowią realizację dyspozycji art. 29 ust. 3a Pzp. Omawiana regulacja ma być przejawem woli zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z treścią art. 36 ust. 2 pkt 8a Pzp, w przypadku, kiedy Zamawiający stawia wymagania, aby osoby realizujące wskazane przez niego czynności były zatrudnione na umowę o pracę, SIWZ musi zawierać w szczególności określenie sposobu dokumentowania zatrudnienia, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, co do obowiązku zatrudnienia osób wykonujących czynności w zakresie realizacji umowy oraz wskazanie sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań. Katalog czynności doprecyzowujących wymagania, o których mowa art. 29 ust. 3a jest zamknięty i tylko takie dodatkowe okoliczności mogą być przez Zamawiającego przewidziane.

Odwołujący twierdził, że z powyższego zestawienia przepisów wynika, że art. 29 ust. 3a Pzp ma wymusić na pracodawcy wyłącznie stosowanie u niego formy zatrudnienia w postaci umowy o pracę, nie zaś okresu tego zatrudnienia lub innych szczegółowych warunków zatrudnienia. Ustawodawca pozostawił pracodawcy swobodę w zakresie skorzystania z któregośkolwiek z okresów zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę przewidzianego w art. 25 ust. 1 k.p., ważne natomiast jest to, aby każdorazowo czynności wykonywane w zakresie wskazanym przez zamawiającego były wykonywane na podstawie umowy o pracę. W opinii SUEZ żaden przepis Pzp nie narzuca wykonawcom obowiązku zawierania z pracownikami wyłącznie umów terminowych, których okres

pokrywałby się z okresem realizacji przedmiotu zamówienia. Wyłącznie słuszna wykładnia komentowanego przepisu prowadzi do wniosku, że Zamawiający może żądać li tylko realizacji zamówienia przez pracowników zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę bez dalszej możliwości narzucenia pracodawcy szczegółowych warunków zatrudnienia (poza koniecznością przestrzegania przepisów prawa). Odwołujący dowodził, że przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do absurdalnej sytuacji, w której to sam Zamawiający może ingerować w warunki zatrudnienia pracownika bez uwzględnienia woli i potrzeb pracodawcy jak i samego pracownika. Powyższe stanowiłoby przejaw niczym nie uzasadnionego naruszenia swobody zatrudnienia wyrażonej w art. 11 kodeksu pracy.

Kolejno wykonawca SUEZ powoływał się na zasadę wolności nawiązania stosunku pracy, która obejmuje podmiotowo obie strony stosunku pracy: pracownika i pracodawcę. Po stronie pracownika obejmuje ona swobodę wyboru zawodu, pracodawcy, nawiązania stosunku pracy i pozostawania w nim oraz ukształtowania warunków pracy i płacy. Odpowiednio, po stronie pracodawcy zasada ta obejmuje swobodę doboru kandydatów do zatrudnienia, a także kształtowania warunków pracy i płacy w tym także okresu zatrudnienia oczywiście w granicach dopuszczonych przez prawo. W opinii Odwołującego z tych względów § 32 ust. 3 OPZ stoi w kontrze do przytoczonych zasad, będąc całkowicie nieproporcjonalnym środkiem do zagwarantowania realizacji obowiązków wskazanych w art. 29 ust. 3 Pzp. Zasada proporcjonalności wyraża się w obowiązku formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, rzeczywistych potrzeb zamawiającego i celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. Oznacza ona zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, a których postawienie nie jest konieczne z punktu widzenia celów prowadzonego postępowania. Zasada proporcjonalności wymaga na Zamawiającym, aby każdorazowo dokonywał oceny czy dany wymóg jest niezbędny, celowy i czy w rzeczywistości gwarantuje zgodność dokumentacji przetargowej z prawem. SUEZ stwierdził, że w niniejszej sprawie zasada ta została ewidentnie naruszona, gdyż PZP wymaga jedynie, aby pracodawca zatrudniał pracowników w oparciu o umowę o pracę nie ingerując w politykę kadrową pracodawcy odnośnie okresu zatrudnienia poszczególnych pracowników.

Pismem z dnia 28 września 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie. Składając powyższą odpowiedź Zamawiający wskazał, że:

1. uwzględnić zarzut opisany w pkt 2 odwołania w zakresie odnoszącym się do:
  - § 18 ust. 4 OPZ w zakresie, w jakim postanowienie to przewiduje, że Zamawiający może poinformować wykonawcę o zmianach w definicji „MGO”;
  - zaniechania wskazania przez Zamawiającego w postanowieniach OPZ minimalnej ilości odpadów, które Zamawiający gwarantuje do odbioru z poszczególnych Zadań, na które podzielone jest zamówienie;w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie;
2. uwzględnić zarzut opisany w pkt 4 odwołania;



3. wnosi o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego w zakresie pozostałych zarzutów, tj. opisanych w pkt 1 i 3 odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Zamawiający m. in. podnosił:

1. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 14 Pzp:
  - § 19 ust. 3 OPZ Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu w calosci wskazujac jednoczesnie, ze Zamawiajacy w dniu 28 wrzesnia 2018 r. dokonat zmiany § 19 ust. 3 OPZ;
  - § 21 ust. 3 OPZ Zamawiajacy wnosil o oddalenie zarzutu w calosci. Jednoczesnie Zamawiajacy wskazywal, ze w dniu 28 wrzesnia 2018 r. dokonat zmiany § 7 OPZ.
2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 14 ustawy Zamawiajacy wskazal, ze czesciowo uwzględnit przedmiotowy zarzut, a czesciowo wnosil o jego oddalenie, twierdzac, ze:
  - odnośnie zaniechania wskazania przez Zamawiajacego w postanowieniach OPZ maksymalnej ilosci pojemnikow poszczegolnych rodzajow i pojemnosci, ktore w ramach wynagrodzenia, o ktorym mowa w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy wykonawca zobowiazany jest zapewnic wlascicielom nieruchomosci Zamawiajacy wnosil o oddalenie zarzutu w calosci. Jednoczesnie wyjasnil, ze w dniu 28 wrzesnia 2018 r. dokonat zmiany § 7 OPZ;
  - odnośnie zaniechania wskazania przez Zamawiajacego w postanowieniach OPZ maksymalnej ilosci nowych miejsc gromadzenia odpadow („MGO”), z ktorych w ramach wynagrodzenia, o ktorym mowa w § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy wykonawca ma odbierac odpady Zamawiajacy wnosil o oddalenie zarzutu w calosci. Jednoczesnie Zamawiajacy wyjasnil, ze w dniu 28 wrzesnia 2018 r. dokonat zmiany OPZ poprzez wskazanie zmiennosci liczby MGO (w procentach) w oparciu o dane historyczne.

W dniu 1 pazdziernika 2018 r. w toku posiedzenia Izby z udzialem Stron oraz Przystepujacych wykonawca SUEZ oswiadczył, ze podtrzymuje zarzuty zawarte w odwolaniu w zakresie, w ktory nie zostaly uwzględnione przez Zamawiajacego trescia odpowiedzi na odwolanie. W trakcie wspomnianego posiedzenia Izby Odwolujacy oraz Zamawiajacy przedlozyli pisma procesowe.

#### **KIO 1880/18**

Odwolujacy wniost odwolanie wobec niezgodnych z przepisami PZP postanowien specyfikacji twierdzac, ze w toku prowadzonego postepowania Zamawiajacy naruszy nastepujace przepisy:

1. art. 91 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie kryteriow oceny ofert (pkt 27.3 i 27.4 SIWZ):

- a) w sposób odnoszący się do właściwości wykonawcy tj. jego zdolności technicznej przez przyznawanie dodatkowych punktów za dysponowanie określonymi pojazdami (norma emisji spalin i wyposażenie w odpowiedni system monitoringu);
  - b) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez odmienne punktowanie pojazdów posiadających normę emisji spalin EURO 6 w zależności od zasilania i preferowanie tym samym wykonawcy obecnie świadczącego usługi tj. MPO;
  - c) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w zakresie w jakim Zamawiający wymaga aby „usługa była świadczona od pierwszego dnia wskazanym pojazdem lub innym pojazdem, który ma wszystkie istotne, tj. uwzględniane przy kryterium oceny oferty, cechy pojazdu wskazanego w ofercie i wyprodukowanym nie wcześniej niż w tym samym roku kalendarzowym, co pojazd wskazany w ofercie;
2. art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim Zamawiający:
- a) przewidział zbyt krótki okres na przygotowanie do realizacji przedmiotu umowy, co w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawców obecnie świadczących usługi na rzecz Zamawiającego (§ 5 ust. 1 OPZ oraz § 3 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy);
  - b) nie określił liczby i pojemności pojemników dla poszczególnych frakcji odpadów oraz liczby worków dla poszczególnych frakcji odpadów odbieranych w ramach realizacji zamówienia, co uniemożliwia oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty (§ 5 ust. 2 pkt 2 i 3 OPZ, §21 OPZ oraz §2 ust. 3 pkt 1 lit. c wzoru umowy);
  - c) nie określił w opisie przedmiotu zamówienia sposobu postępowania w przypadku braku w MGO miejsca na pojemniki na dodatkowe frakcje;
  - d) nie określił w opisie przedmiotu zamówienia liczby zadaszonych i niezadaszonych MGO, co uniemożliwia oszacowanie liczby pojemników z klapą, które będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie oszacowania kosztów z tym związanych i uwzględnienia ich w cenie oferty;
  - e) nie podał w opisie przedmiotu zamówienia informacji na temat ilości nieruchomości, w których wyodrębniono nie więcej niż 20 lokali mieszalnych oraz liczby tych lokali dla poszczególnych zadań co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie liczby worków jakie będzie zobowiązany dostarczyć w toku realizacji przedmiotu zamówienia;

- f) wymaga wyposażenia pojazdów służących do dostarczania pojemników, odbierania pojemników, odbierania pojemników z odpadami, odbierania odpadów i mycia pojemników w system monitoringu położenia pojazdu umożliwiającą identyfikację i rejestrację lokalizacji pojazdu, oparty o usługę nawigacji satelitarnej GNSS (511 OPZ), co utrudnia uczciwą konkurencję;
  - g) dla zadania nr 4 i zadania nr 9 nie wskazał instalacji i stacji przeładunkowych dla opadów o kodzie 20 03 01 (§ 38 ust. 2 OPZ);
  - h) wymaga mycia, w tym również dezynfekowania pojemników po wewnętrznej i zewnętrznej stronie również w okresie zimowym, co jest nieuzasadnione (§ 25 OPZ);
3. art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w. zw. z art. 29 ust. 1 Pzp w. zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wskazanie w § 2 ust. 7 wzoru umowy, że Zamawiający dopuszcza realizację przedmiotu umowy przy pomocy podwykonawców z wyłączeniem zakresu zamówienia określonego w § 37 ust. 7 OPZ, co jest nieuzasadnione, gdyż czynności przewidziane w tym postanowieniu OPZ nie stanowią kluczowych części przedmiotu umowy;
4. art. 353<sup>1</sup> oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art. 29 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający:
- a) przewidział możliwość poinformowania wykonawcy lub również podwykonawców o przeprowadzeniu kontroli wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej lub uzyskania dostępu do pojazdów najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli (§ 5 ust. 4 wzoru umowy);
  - b) w § 5 ust. 7 wzoru umowy przewidział możliwość realizowania kontroli przez zamocowanie na pojeździe autonomicznego urządzenia rejestrującego położenie lub obraz, nie precyzując kto (Zamawiający czy wykonawca) będzie zobowiązany do dostarczenia tych urządzeń, zamontowania ich na pojeździe oraz będzie ponosił odpowiedzialność w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia tych urządzeń lub pojazdu;
  - c) w § 6 ust. 2 wzoru umowy dla odległości „powyżej 20 km” Zamawiający nie określił górnego pułapu tej odległości, którą wykonawca powinien wziąć pod uwagę kalkulując cenę ryczałtową brutto za odbiór 1 Mg odpadów dla tej odległości, co uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty;
  - d) przewidział podwójny system karania wykonawcy za te same zdarzenia w postaci braku zapłaty wynagrodzenia (§ 6 ust. 6 wzoru umowy) i jednoczesnego nałożenia na wykonawcę kary umownej (§ 8 ust. 3 pkt 21, pkt 22, pkt 24, pkt 26, pkt 28, pkt 32 wzoru umowy);

- e) w § 8 ust. 3 pkt 32 wzoru umowy przewidział karę umowną za wykorzystywanie urządzenia pomiarowego niezgodnie z parametrami określonymi w świadectwie legalizacji lub wynikającymi z cech legalizacyjnych umieszczonych na przyrządzie pomiarowym wbrew § 13 ust. 4 OPZ z uwzględnieniem §13 ust. 12 OPZ, która to kara jest nieuzasadniona i rażąco wygórowana;
- f) może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku utraty przez wykonawcę zdolności do realizacji umowy, przy czym Zamawiający nie określił wystąpienie, jakich okoliczności zostanie przez niego uznane za utratę zdolności do realizacji umowy, co może skutkować arbitralnym zastosowaniem tej przesłanki na etapie realizacji przedmiotu zamówienia (§ 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy).

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji kryteriów oceny ofert, w taki sposób, który nie odnosiłby się do właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej;
2. zmodyfikowania treści SIWZ i OPZ w następujący sposób:
  - a) określenie w § 5 ust. 1 OPZ oraz w § 3 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy, że okres przygotowawczy do świadczenia usługi będzie wynosił 3 miesiące od dnia zawarcia umowy w przypadku podania przez Zamawiającego danych dotyczących przedmiotu zamówienia, o które Odwołujący wnosi w odwołaniu, natomiast w przypadku nie uzupełnienia tych danych - wskazanie, że okres przygotowawczy do świadczenia usługi będzie wynosił 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy,  
a w konsekwencji również odpowiednie zmodyfikowanie postanowień OPZ i wzoru umowy dotyczących okresu realizacji zamówienia;
  - b) wskazanie w OPZ maksymalnej ilości i wielkości pojemników w rozbiciu na poszczególne frakcje oraz maksymalnej ilości worków w rozbiciu na frakcje, jakie wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia w okresie realizacji zamówienia i uwzględnienia w cenie oferty (§ 5 ust. 2 pkt 2 i 3 OPZ, § 21 OPZ oraz § 2 ust. 3 pkt 1 lit. c wzoru umowy), a w konsekwencji zmodyfikowanie również § 6 ust. 5 pkt 1 i pkt 2 wzoru umowy poprzez wskazanie, że w przypadku przekroczenia tej maksymalnej liczby worków wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie z tego tytułu;
  - c) określenie w OPZ sposobu postępowania w przypadku braku w MGO miejsca na pojemniki na dodatkowe frakcje;
  - d) wskazanie w OPZ maksymalnej liczby pojemników z klapą i bez klapy jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca, ewentualnie wskazanie liczby zadaszonych i niezadaszonych MGO w ramach każdego z zadań;
  - e) podanie w OPZ informacji na temat ilości nieruchomości, w których wyodrębniono nie więcej niż 20 lokali mieszalnych oraz liczby tych lokali dla poszczególnych zadań;

- f) dopuszczenie w § 11 OPZ możliwości wyposażenia pojazdów służących do dostarczania pojemników, odbierania pojemników, odbierania pojemników z odpadami, odbierania odpadów i mycia pojemników w system monitoringu położenia pojazdu umożliwiający identyfikację i rejestrację lokalizacji pojazdu, oparty o dowolną z dostępnych usług nawigacji satelitarnej GNSS lub w system monitoringu położenia pojazdu GPS;
  - g) wskazanie dla zadania nr 4 i zadania nr 9 instalacji i stacji przeładunkowych dla opadów o kodzie 20 03 01 (§ 38 ust. 2 OPZ);
  - h) doprecyzowanie, w § 25 OPZ, że wykonawca nie będzie zobowiązany do mycia pojemników w okresie od końca października do początku marca każdego roku;
3. zmodyfikowanie § 2 ust. 7 wzoru umowy poprzez dopuszczenie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawców w zakresie § 37 ust. 7 OPZ;
4. zmodyfikowania treści wzoru umowy w następujący sposób:
- a) wskazanie, w § 5 ust. 4 wzoru umowy, że Zamawiający będzie informował wykonawcę lub również podwykonawców o przeprowadzeniu kontroli wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej lub uzyskania dostępu do pojazdów co najmniej z 3 dniowym (dni robocze) wyprzedzeniem (§ 5 ust. 4 wzoru umowy);
  - b) określenie w § 5 ust. 7 wzoru umowy kto (Zamawiający czy wykonawca) będzie zobowiązany do dostarczenia tych urządzeń, zamontowania ich na pojeździe oraz będzie ponosił odpowiedzialność w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia tych urządzeń lub pojazdu;
  - c) zmodyfikowanie § 6 ust. 2 pkt 3) wzoru umowy oraz w konsekwencji odpowiednich postanowień SIWZ (również w zakresie aukcji elektronicznej) i OPZ poprzez określenie, że wskazana w tym punkcie cena ryczałtowa za odbiór 1 MG odpadów dotyczy odległości od 20 do 40 km;
  - d) wykreślenie § 6 ust. 6 wzoru umowy;
  - e) wykreślenie kary umownej określonej w § 8 ust. 3 pkt 32 wzoru umowy;
  - f) wykreślenie §12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał:

I. Zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w prowadzonym postępowaniu określając kryteria oceny ofert w pkt 27.3 SIWZ wprowadził kryterium podmiotowe tj. dotyczące zdolności technicznej wykonawcy. Zgodnie z akapitem znajdującym się pod tabelką na stronie 16 SIWZ „Wykonawca musi dysponować wskazanymi pojazdami na dzień składania ofert lub udowodnić, że będzie dysponował wskazanymi pojazdami od pierwszego dnia realizacji zamówienia”. Abstrahując od braku możliwości

ściśłego określenia „pierwszego dnia realizacji zamówienia, to biorąc pod uwagę, że kryterium to dotyczy posiadanych przez wykonawcę pojazdów to świetle art. 91 ust. 3 Pzp takie kryterium jest niedopuszczalne.

Ponadto wykonawca Remondis twierdził, że w ramach omawianego kryterium Zamawiający przewidział odmienne punktowanie pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO w zależności od zasilania. Jego zdaniem zróżnicowanie punktacji w zależności od zasilania jest nieuzasadnione, biorąc pod uwagę, że w obu przypadkach pojazdy będą spełniać normę emisji spalin na poziomie EURO 6 lub wyższą oraz preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, tj. MPO. Kolejno Odwołujący stwierdził, że analogicznie przedstawia się kwestia kryterium oceny ofert określonego w pkt 27.4 SIWZ - które de facto sprowadza się do wyposażenia pojazdów w system monitoringu ich położenia - czyli nie jest niczym więcej jak tylko wykazem narzędzi, którymi wykonawca dysponuje. Także to kryterium narusza art. 91 ust. 3 Pzp.

W ocenie wykonawcy Remondis, niezależnie od samej niezgodności powyższych kryteriów oceny ofert z przepisami Pzp - to także postanowienia opisujące sposób oceny w ramach tych kryteriów oceny ofert naruszają przepisy Pzp. Zamawiający wymaga aby „usługa była świadczona od pierwszego dnia wskazanym pojazdem lub innym pojazdem, który ma wszystkie istotne, tj. uwzględniane przy kryterium oceny oferty cechy pojazdu wskazanego w ofercie i wyprodukowanym nie wcześniej niż w tym samym roku kalendarzowym, co pojazd wskazany w ofercie. Jednocześnie Zamawiający nie przyznaje punktów ani nie wymaga określonego roku produkcji - punkty przyznawane są za normę emisji spalin (EURO 5 lub EURO 6). Jeżeli zatem wykonawca wskazał w ofercie pojazd posiadający normę emisji spalin EURO 6 i podczas realizacji zamówienia okaże się, że będzie zmuszony zastąpić go innym pojazdem to wystarczającym będzie aby pojazd ten posiadał cechy dzięki którym wykonawca otrzymał dodatkowe punkty. Wprowadzenia wymogu dotyczącego roku produkcji w tym zakresie jest niczym nieuzasadnione.

## II. Zarzuty dotyczące SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Mając na względzie, że przewidziane przez Zamawiającego ceny za odbiór odpadów komunalnych dla danej odległości mają charakter ryczałtowy opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby wykonawcy mogli oszacować cenę oferty w sposób należyty. Zdaniem Remondis następujące postanowienia SIWZ i OPZ są niejednoznaczne i uniemożliwiają dokonanie prawidłowej wyceny oferty.

### Krótki okres na przygotowanie do realizacji zamówienia

Odwołujący wskazywał, że uwzględniając skalę zamówienia (nawet dla pojedynczego zadania) oraz liczbę czynności jakie musi zrealizować wykonawca w celu rozpoczęcia świadczenia

usług należy stwierdzić, że przewidziany przez Zamawiającego czas na przygotowanie do realizacji przedmiotu zamówienia, jest zbyt krótki i w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawców obecnie świadczących usługi na rzecz Zamawiającego. W ocenie Remondis tylko Ci wykonawcy będą bowiem w stanie dotrzymać wyznaczonego przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług, gdyż nie będą musieli m.in. dokonywać szeregu czasochłonnych czynności związanych z rozstawieniem pojemników. Każdy nowy wykonawca będzie musiał w ciągu tego miesiąca rozpoznać warunki lokalne świadczenia usług, oszacować niezbędną ilość pojemników i „zestawów początkowych worków”, a następnie dostarczyć je do poszczególnych MGO. Przy takiej skali zamówienia (każde z zadań obejmuje od ponad 4 tysięcy do nawet ponad 33 tysięcy MGO) już samo rozpoznanie warunków lokalnych może zająć kilka tygodni. Kolejnych kilka tygodni może potrwać zakup odpowiednich pojemników, którego wykonawca będzie mógł dokonać dopiero po rozpoznaniu warunków (niezależnie od tego czy są to pojemniki nowe, które zostaną dopiero wyprodukowane czy pojemniki używane) oraz oznakowanie ich zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w OPZ. Przy takiej liczbie MGO bardzo czasochłonny będzie również sam proces rozstawienia odpowiednich pojemników w MGO - konieczność ich dostarczenia i odpowiedniego rozmieszczenia w każdym z MGO.

Odwołujący podkreślał, że nie jest możliwe podejmowanie przez wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Zatem, wyłącznie stosowne wydłużenie maksymalnego terminu na przygotowanie do realizacji usługi, umożliwi wyrównanie szans na udział w postępowaniu również innych wykonawców, niż wykonawcy obecnie świadczący usługi. W przeciwnym wypadku, termin realizacji zamówienia staje się de facto kryterium ograniczającym, czy też eliminującym konkurencję w tym postępowaniu.

#### Brak określenia liczby pojemników i worków z podziałem na frakcje

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający podał co prawda w OPZ szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości, nigdzie w OPZ nie określił jednak maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Brak powyższych informacji uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów z związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a także może prowadzić do nieporównywalności ofert.

Remondis twierdził, że ustalenie tych danych nie jest możliwe zarówno na podstawie OPZ jak i w oparciu o Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy, stanowiący załącznik do uchwały Nr LXU163112018 Rady m.st. Warszawy z dnia 8 lutego 2018 r. (Dz. Urz. Woj. Maz. poz. 1968). Jak wskazał Zamawiający w § 7 ust. 6 OPZ, regulamin wprowadza znaczące zmiany w zasadach stosowania pojemników - na terenie nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi dozwolone będzie stosowanie pojemników innych, niż o pojemności 120 i 240 litrów.

Dozwolone będzie również stosowanie pojemników do zbierania frakcji segregowanych, z wyłączeniem odpadów zielonych.

Stosownie do § 19 ust. 3 OPZ „MGO przynależne do nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi należy wyposażyć w co najmniej jeden pojemnik przeznaczony do zbierania „odpadów zmieszanych” o pojemności co najmniej 120 litrów. Sposób zbierania pozostałych frakcji odpadów (w workach czy pojemnikach, z wyłączeniem odpadów zielonych, które są zbierane zawsze w workach) zależy od preferencji właściciela nieruchomości; informację w tym zakresie Wykonawca otrzyma poprzez system Warszawa19115 lub bezpośrednio od tego właściciela. ” Z kolei, zgodnie z ust. 4 tego postanowienia OPZ: „Zamawiający wskazuje, że wprowadzenie w 2019 r. nowych frakcji odpadów komunalnych zbieranych selektywnie oraz nowych zasad dotyczących dopuszczalnych dla poszczególnych typów nieruchomości wielkości pojemników i możliwości stosowania systemu workowego spowoduje prawdopodobnie w początkowym okresie świadczenia usługi konieczność dopasowywania liczby i wielkości pojemników dostarczonych do MGO oraz zmiany sposobu zbierania odpadów zbieranych selektywnie z systemu workowego na system pojemnikowy”.

Odwołujący wskazywał, że oprócz wskazanych powyżej okoliczności pozostaje jeszcze kwestia obowiązku wymiany lub naprawy przez wykonawcę pojemników, które uległy uszkodzeniu (§ 27 OPZ) oraz podstawienia nowego pojemnika w przypadku jego kradzieży, dla których również Zamawiający nie określił maksymalnej liczby pojemników jakie wykonawca jest zobowiązany zabezpieczyć na ten cel.

Wykonawca Remondis również zwracał uwagę na postanowienia § 6 ust. 5 pkt 1 i pkt 2 wzoru umowy, w których Zamawiający wprost wskazał, że wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za:

1. wykonywanie usług związanych z dostawą do MGO pojemników i worków w związku ze zmianą liczby MGO lub ze zmieniającymi się potrzebami nieruchomości przypisanymi do MGO, w tym za: dostarczenie pojemników i worków do nowych MGO, powstałych po dniu zawarcia Umowy; dostarczenie do MGO większej liczby pojemników lub worków niż wynika to z danych przekazanych przez Zamawiającego, konieczność dostarczenia lub odebrania z MGO pojemników lub dostarczenia worków w związku ze zmianą sposobu zbierania odpadów z systemu workowego na pojemnikowy lub odwrotnie; zmianę liczby, typu lub pojemności pojemników w poszczególnych MGO w związku z koniecznością dostosowania do ilości wytwarzanych odpadów na nieruchomości przypisanej do tego MGO, oraz
2. konieczność dostarczenia do MGO pojemnika w związku ze zniszczeniem lub kradzieżą dotychczasowego pojemnika.

W ocenie Odwołującego takie ukształtowanie OPZ w połączeniu z § 6 ust. 5 pkt 1 i pkt 2 wzoru umowy powoduje, że całe ryzyko związane z oszacowaniem i zapewnieniem odpowiedniej liczby pojemników i worków na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia zostało w nieuzasadniony sposób przerzucone na wykonawcę.

Brak podania w OPZ informacji wpływających na koszty świadczenia usług



Odwołujący podnosił również, że Zamawiający nie podał również w OPZ szeregu innych informacji wpływających na koszty świadczenia usług, w tym:

- a) nie określił w opisie przedmiotu zamówienia sposobu postępowania w przypadku braku w MGO miejsca na pojemniki na dodatkowe frakcje;
- b) nie określił w opisie przedmiotu zamówienia liczby zadaszonych i niezadaszonych MGO, co uniemożliwia oszacowanie liczby pojemników w klapę, które będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie oszacowania kosztów z tym związanych i uwzględnienia ich w cenie oferty. Pojemniki z klapą są droższe niż pojemniki bez klapy, a zatem informacja w tym zakresie przekłada się bezpośrednio na koszty świadczenia usług;
- c) nie podał w opisie przedmiotu zamówienia informacji na temat ilości nieruchomości, w których wyodrębniono nie więcej niż 20 lokali mieszalnych oraz liczby tych lokali dla poszczególnych zadań co uniemożliwia wykonawcy oszacowanie liczby worków jakie będzie zobowiązany dostarczyć w toku realizacji przedmiotu zamówienia;
- d) dla zadania nr 4 i zadania nr 9 nie wskazał instalacji i stacji przeładunkowych dla opadów o kodzie 20 03 01 (§ 38 ust. 2 OPZ).

#### Wyposażenie pojazdów w system GNSS

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z § 11 ust. 1 OPZ wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia pojazdów służących do dostarczania pojemników, odbierania pojemników, odbierania pojemników z odpadami, odbierania odpadów i mycia pojemników w system monitoringu położenia pojazdu umożliwiający identyfikację i rejestrację lokalizacji pojazdu, oparty o dowolną z dostępnych usług nawigacji satelitarnej GNSS. Zarówno usługi nawigacji satelitarnej GNSS jak i systemy monitoringu położenia pojazdów oparte o te usługi są w fazie projektów i wstępnych realizacji. Implikuje to właściwe dla nowych rozwiązań problemy: zawodność (błędy), kosztowność oraz sporadyczność posiadania przez wykonawców świadczących usługi z zakresu odbioru odpadów. Biorąc pod uwagę opisany w OPZ cel jakemu ma służyć ten system - zdaniem wykonawcy Remondis - wystarczającym a jednocześnie stosowanym przez innych Zamawiających i wykonawców jest system monitoringu położenia pojazdów w oparciu o GPS. Jak się słusznie przyjmuje GPS „został zaprojektowany jako precyzyjny system określania położenia” a co za tym idzie Zamawiający stawiając wymóg wyposażenia pojazdów w system GPS będzie miał wystarczające źródło informacji o sposobie realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu systemu GNSS nie wynika z jego uzasadnionych potrzeb, a jednocześnie w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję i równe traktowanie wykonawców, którzy są w stanie osiągnąć zamierzony cel w odmienny sposób niż to opisał w OPZ Zamawiający.

#### Mycie i dezynfekowanie pojemników

Odwołujący twierdził, że wymóg mycia pojemników również w okresie zimowym tj. w okresie od końca października do początku marca nie znajduje uzasadnienia. W tym okresie ze względów technicznych nie wykonuje się tego typu usług, gdyż ich wykonywanie ze względu na warunki atmosferyczne może być znacznie utrudnione lub może doprowadzić do uszkodzenia urządzeń myjących.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający dopuścił co prawda, że przypadku wystąpienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe i terminowe wykonanie tego obowiązku, dopuszczalne jest jego zrealizowanie w ciągu dwóch tygodni następujących bezpośrednio po ustąpieniu tych warunków atmosferycznych, jednak zastrzegł, że muszą być to „nadzwyczajne” warunki atmosferyczne. Tym samym, zapewne nie będą za nie uznawane niższe temperatury i opady deszczu lub śniegu standardowe dla tej pory roku, które uniemożliwiają realizację tego zobowiązania umownego.

### III. Zarzut dotyczący braku możliwości powierzenia podwykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w § 37 ust. 7 wzoru umowy

Odwołujący wskazywał, że w § 2 ust. 7 wzoru umowy, Zamawiający podał, że dopuszcza realizację przedmiotu umowy przy pomocy podwykonawców z wyłączeniem zakresu zamówienia określonego w § 28 - 34, § 36 ust. 1 i 3, § 37 ust. 7 OPZ, gdyż czynności te stanowią kluczowe części przedmiotu Umowy, o których mowa w art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp i nie mogą być realizowane przy pomocy podwykonawców. W ocenie Odwołującego zrozumiałym może być wyłączenie możliwości powierzenia podwykonawcom realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych (§ 28 - 34 wzoru umowy), o tyle niezrozumiałym jest wyłączenie tej możliwości w odniesieniu do czynności określonych w § 37 ust. 7 OPZ. Przywołane postanowienie OPZ, reguluje bowiem jedynie transport odpadów ze stacji przeładunkowej wykonawcy do miejsca ich zagospodarowania. W ocenie Remondis nie sposób uznać tego elementu za kluczową część przedmiotu zamówienia, która nie mogła by zostać podzlecona podwykonawcom.

### IV. Zarzuty dotyczące wzoru umowy

#### Prowadzenie kontroli

W opinii Odwołującego w § 5 wzoru umowy przewidziano bardzo szeroki zakres uprawnień Zamawiającego do prowadzenia kontroli realizacji przedmiotu zamówienia. W ust. 4 tego postanowienia umowy, Zamawiający wskazał, że może poinformować wykonawcę lub również podwykonawców o przeprowadzeniu kontroli wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej lub uzyskania dostępu do pojazdów najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli. Odwołujący wyjaśniał, że teren bazy magazynowo-transportowej jest terenem specjalnym, który wymaga stosowania określonych środków bezpieczeństwa. Wykonawca nie może dopuścić, aby poruszały się po nim osoby trzecie bez odpowiedniego nadzoru czy przeszkolenia. Jego zdaniem

wykonawca i podwykonawca powinni być zatem informowani o prowadzeniu kontroli z odpowiednim wyprzedzeniem tak aby móc chociażby zapewnić obecność uprawnionych osób, które będą mogły przeszkolić przedstawicieli Zamawiającego z zasad BHP i towarzyszyć im podczas dokonywania kontroli na bazie. To samo dotyczy pojazdów, wcześniejsze uprzedzenie o prowadzeniu kontroli pozwoli na uniknięcie ewentualnych problemów związanych z ograniczeniem możliwości odbierania odpadów komunalnych (zatrzymanie pojazdów, spowolnienie ich ruchu czy wyjazdu na trasę).

#### Zamocowanie na pojeździe autonomicznego urządzenia rejestrującego

Wykonawca Remondis podnosił, że w § 5 ust. 7 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość realizowania kontroli poprzez zamocowanie na pojeździe autonomicznego urządzenia rejestrującego położenie lub obraz, nie precyzując kto (Zamawiający czy wykonawca) będzie zobowiązany do dostarczenia tych urządzeń, zamontowania ich na pojeździe oraz będzie ponosił odpowiedzialność w przypadku zniszczenia lub uszkodzenia tych urządzeń lub pojazdu. Informacje te są niezbędne do określenia kosztów związanych z prowadzeniem kontroli oraz ewentualnego ryzyka związanego z montażem urządzeń na pojazdach.

#### Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości powyżej 20 km

Odwołujący wyjaśniał, że w zakresie: „odległość powyżej 20 km” Zamawiający nie ograniczył maksymalnej odległości jaką wykonawca zobowiązany jest uwzględnić do oszacowania ryczałtowej ceny brutto za odbiór 1 Mg odpadów. Brak tego ograniczenia powoduje, że wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę możliwość zmiany wskazanych przez Zamawiającego instalacji lub stacji przeładunkowych w okresie realizacji zamówienia (§ 38 ust. 3 wzoru umowy). W § 11 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy, Zamawiający wskazał co prawda że w przypadku, gdy odległość od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38, liczona po najkrótszej drodze w linii prostej będzie większa niż 40 km może zostać dokonana zmiana postanowień zawartej umowy, w tym może dojść do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy (§ 11 ust. 3 wzoru umowy), jednakże będzie to każdorazowo wymagało zawarcia aneksu do umowy, a zatem wyrażenia zgody przez Zamawiającego. Wykonawca będzie zatem zobowiązany do odbierania odpadów i transportu ich do instalacji lub stacji przeładunkowej położonej nawet w dużo większej odległości, bez żadnej gwarancji otrzymania wyższego wynagrodzenia z tego tytułu. Ponadto Remondis twierdził, że nie przewidziano sposobu ustalenia stawki za odległość powyżej 20 km, co za tym idzie stawka ustalona przez strony w drodze aneksu może okazać się niewystarczająca do pokrycia wszystkich zwiększonych kosztów świadczenia usług.

#### Podwójny system karania wykonawcy za to samo zdarzenie

Zdaniem Odwołującego analiza postanowień wzoru umowy prowadzi do wniosku, że Zamawiający przewidział de facto podwójny system karania wykonawcy za te same zdarzenia, raz w

postaci braku zapłaty wynagrodzenia, drugi raz w postaci możliwości jednoczesnego nałożenia na wykonawcę kary umownej. Tym samym, nie dość, że za to samo zdarzenie wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia to dodatkowo zostanie na niego nałożona kara umowna.

W § 6 ust. 6 wzoru umowy, Zamawiający określił, że wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie:

1) za odbiór odpadów niewymienionych w 5 4 ust. 2 OPZ albo odbiór odpadów wymienionych w § 4 ust. 2 OPZ wraz z odpadami niewymienionymi w § 4 ust. 2 OPZ;

2) za odbiór odpadów przy użyciu pojazdów niezgłoszonych do realizacji przedmiotu Umowy lub niewyposażonych w działające prawidłowo i wymagane zgodnie z OPZ systemy pokładowe, w tym w przypadku, gdy dla danego pojazdu Wykonawca nie przekazał Zamawiającemu danych dotyczących przejazdu pojazdu od wyjazdu z bazy/stacji przeładunkowej /instalacji do powrotu do bazy/stacji przeładunkowej/instalacji;

3) za odbiór odpadów w ramach Zadania pojazdami wcześniej niezgłoszonymi Zamawiającemu do obsługi Zadania;

4) za odbiór odpadów w części, w jakiej pomiar masy odebranych odpadów: przekracza parametry legalizacji systemu wagowego lub wykonany został z wykorzystaniem systemu wagowego nie posiadającego legalizacji tub systemu wagowego, dla którego Wykonawca nie przekazał wymaganych przez Zamawiającego dokumentów zawierających parametry legalizacji, w szczególności: działkę legalizacyjną i zakres legalizacji, za wyjątkiem przypadków określonych w OPZ. Przewidzianym w tym postanowieniu umowy przypadkom odpowiadają kary umownej określone m.in. w §8 ust. 3:

21) za odebranie odpadów wielkogabarytowych albo odpadów zielonych zanieczyszczonych odpadami, których odbiór nie jest objęty przedmiotem Umowy, np.: opony, sprzęt elektroniczny i elektryczny, odpady budowlane i rozbiórkowe, wbrew 5 4 ust. 3 OPZ - w wysokości 100 zł za każdy przejazd, w trakcie którego odebrano zanieczyszczone odpady, bez względu na ich ilość, jeżeli występowanie takich odpadów było możliwe do stwierdzenia w drodze oględzin pojemnika lub kontenera do gromadzenia odpadów;

22) za realizację przedmiotu Umowy niezgodnie z § 8 ust. 2 pkt 4 OPZ albo za wykorzystywanie urządzenia pomiarowego które nie posiada ważnej legalizacji ponownej zgodnie z § 13 ust. 3 OPZ - w wysokości iloczynu kwoty 1000 zł, liczby dni realizacji przedmiotu Umowy pojazdami, które nie posiadały ważnej legalizacji urządzeń do pomiaru masy - jeżeli w taki system pojazd jest wyposażony oraz liczby takich pojazdów albo w wysokości iloczynu kwoty 1000 zł, liczby dni realizacji przedmiotu Umowy z wykorzystaniem urządzenia pomiarowego nie posiadającego ważnej ponownej legalizacji oraz liczby takich urządzeń;

24) za każdy przejazd w trakcie którego stwierdzono realizację usługi przez pojazd w wielu Zadaniach w ramach tego samego przejazdu i mieszanie odpadów z różnych Zadań, wbrew 5 8 ust. 7 OPZ - w wysokości 1000 zł za każdy stwierdzony przypadek;

26) za odbieranie odpadów pojazdem niezgłoszonym do obsługi Zadania wbrew § 8 ust 11 OPZ - w wysokości 100 zł za każdy przejazd zrealizowany niezgłoszonym pojazdem,

28) za każdy przejazd w trakcie którego stwierdzono używanie pojazdu równocześnie do realizacji przedmiotu Umowy i usług nie związanych z przedmiotem Umowy, wbrew § 8 ust. 14 OPZ - w wysokości 5000 zł za każdy stwierdzony przypadek;

32) za wykorzystywanie urządzenia pomiarowego niezgodnie z parametrami określonymi w świadectwie legalizacji lub wynikającymi z cech legalizacyjnych umieszczonych na przyrządzie pomiarowym, wbrew § 13 ust. 4 OPZ z uwzględnieniem § 13 ust. 12 OPZ - w wysokości 100 zł za każdy stwierdzony przypadek;

#### Kara umowna

Odwołujący wskazywał, że w § 8 ust. 3 pkt 32 wzoru umowy, Zamawiający przewidział karę umowną za wykorzystywanie urządzenia pomiarowego niezgodnie z parametrami określonymi w świadectwie legalizacji lub wynikającymi z cech legalizacyjnych umieszczonych na przyrządzie pomiarowym wbrew §13 ust. 4 OPZ z uwzględnieniem §13 ust. 12 OPZ, w wysokości 100 zł za każdy stwierdzony przypadek, która to kara jest nieuzasadniona i rażąco wygórowana. Zgodnie z § 13 ust. 4 OPZ do którego odsyła przytoczone powyżej postanowienie umowy, pomiar masy pojemnika oraz masy odbieranych odpadów musi być zgodny z parametrami przyrządu pomiarowego określonymi w świadectwie legalizacji lub wynikającymi z cech legalizacyjnych umieszczonych na przyrządzie pomiarowym. Remondis twierdził, że nakładanie na wykonawcę kary umownej w okolicznościach określonych w § 8 ust. 3 pkt 32 wzoru umowy jest nieuzasadnione, gdyż wykonawca nie ma możliwości oceny wagi odpadów zgromadzonych w pojemniku przed jego zważeniem. Dopiero zważenie pojemnika przez urządzenie pomiarowe pozwala na ocenę czy masa zgromadzonych w nim odpadów jest zgodna lub nie z parametrami przyrządu pomiarowego.

#### Możliwość wypowiedzenia umowy

Odwołujący wyjaśniał, że w § 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku utraty przez wykonawcę zdolności do realizacji umowy. Przy czym Zamawiający nie określił wystąpienie, jakich okoliczności zostanie przez niego uznane za utratę zdolności do realizacji umowy, co może skutkować arbitralnym zastosowaniem tej przesłanki na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wykluczyć, że na etapie wykonywania umowy za utratę zdolności do realizacji zamówienia uznane zostanie np. chwilowe nawet nieznaczne ograniczenie floty pojazdów dostępnych wykonawcy do realizacji zamówienia spowodowane zdarzeniami losowymi takimi jak wypadek czy awaria.

Pismem z dnia 28 września 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie. Składając powyższą odpowiedź Zamawiający wskazał, że:

5. uwzględnia zarzut opisany w pkt 1 odwołania;

6. uwzględnia zarzut opisany w pkt 3 odwołania w zakresie odnoszącym się do:
  - dokumentów, którymi wykonawcy mogą potwierdzać, że pojazdy przez nich deklarowane spełniają normę emisji spalin EURO 5 lub EURO 6 (27.3 SIWZ) natomiast w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie;
7. wnosi o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego w zakresie pozostałych zarzutów, tj. opisanych w pkt 2 i 4 odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Zamawiający wskazywał m. in., że:

1. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy częściowo uwzględnił ww. zarzut, zaś częściowo wnosił o jego oddalenie. Co do opisanego kryteriów oceny ofert w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w zakresie w jakim Zamawiający wymaga, aby „usługa była świadczona od pierwszego dnia wskazanym pojazdem lub innym pojazdem, który ma wszystkie istotne cechy, tj. uwzględniane przy kryterium oceny oferty, cechy pojazdu wskazanego w ofercie i wyprodukowanym nie wcześniej niż w tym samym roku kalendarzowym, co pojazd wskazany w ofercie” (27.4. SIWZ) Zamawiający twierdził, że uwzględnił przedmiotowy zarzut i w dniu 28 września 2018 r. dokonał zmiany pkt 27.4 SIWZ, dokonując zmiany sposobu punktacji w kryterium jakościowym.
2. Zrzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Zamawiający częściowo wnosił o jego oddalenie zaś częściowo uwzględnił przedmiotowy zarzut:
  - odnośnie zbyt krótkiego okresu na przygotowanie do realizacji przedmiotu umowy (§ 5 ust. 1 OPZ oraz § 3 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy) Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż w dniu 28 września 2018 r. dokonał zmiany, wprowadzając § 8 ust. 8 umowy;
  - odnośnie braku określenia przez Zamawiającego liczby i pojemności dla poszczególnych frakcji odpadów oraz liczby worków dla poszczególnych frakcji odpadów odbieranych w ramach realizacji zamówienia, co uniemożliwia oszacowanie kosztów z tym związanych i uwzględnienie ich w cenie oferty (§ 5 ust. 2 pkt 2 i 3 OPZ, § 21 OPZ oraz § 2 ust. 3 pkt 1 lit. c wzoru umowy) Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu w całości. Jednocześnie Zamawiający podnosił, że w dniu 28 września 2018 r. dokonał zmiany § 7 OPZ.
3. Zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ustawy oraz art. 139 ust. 1 ustawy - Zamawiający wyjaśniał, że częściowo uwzględnił zarzut, zaś w części wnosił o jego oddalenie. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, że dokonał zmiany § 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy.

W dniu 1 października 2018 r. w toku posiedzenia Izby wykonawca Remondis oświadczył, że wycofuje zarzuty z pkt 2 lit. h) oraz z pkt 4 lit. f) (str. 3-4 odwołania) stwierdzając, że zmiana SIWZ dokonana przez Zamawiającego uwzględnia jego oczekiwania. Następnie Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzuty w pozostałym zakresie.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący są potencjalnymi wykonawcami zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, których dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodzili Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującym złożenie ofert konkurencyjnych w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołujących, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

**KIO 1878/18**

## **1. Podział zamówienia na Zadania**

Zarzut naruszenia art. 7 Pzp w zw. z art. 36aa Pzp oraz w zw. z art. 10 ust. 1 Pzp Izba uznała za podlegający oddaleniu.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Według art. 10 ust. 1 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony.

Przepis art. 36aa ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.

Podział zamówienia na części jest jedną z pierwszych czynności występujących w początkowej fazie postępowania. Zacytowana powyżej treść przepisu art. 36aa ust. 1 Pzp jednoznacznie wskazuje, że podziału zamówienia na określoną ilość części należy do Zamawiającego, który podejmuje ją w zależności od swoich potrzeb. Wobec tego to konkretne okoliczności sprawy warunkują podjęcie decyzji co do podziału zamówienia, a jeśli tak, to na ile części. Na gruncie rozpoznawanej sprawy przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający dokonał podziału zamówienia na 9 części zwanych Zadaniami (§ 3 ust. 1 OPZ). W § 3 ust. 2 OPZ Zamawiający ustalił, że Zadania położone są w granicach administracyjnych m.st. Warszawy, a każde z Zadań obejmuje swoim terytorium jedną lub więcej Dzielnic m.st. Warszawy:

1. Zadanie 1 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Bielany i Żoliborz;
2. Zadanie 2 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Białołęka i Targówek;
3. Zadanie 3 dotyczy świadczenia usług w dzielnicy Mokotów;
4. Zadanie 4 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Ochota, Ursus i Włochy;
5. Zadanie 5 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Praga Południe i Praga Północ;
6. Zadanie 6 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Rembertów, Wawer i Wesola;
7. Zadanie 7 dotyczy świadczenia usług w dzielnicy Śródmieście;
8. Zadanie 8 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Ursynów i Wilanów;
9. Zadanie 9 dotyczy świadczenia usług w dzielnicach: Bemowo i Wola.

Wobec tego przedmiotem zarzutu nie było zaniechanie Zamawiającego, polegające na braku podziału przedmiotu zamówienia na części, a jedynie dokonanie podziału zamówienia na 9 Zadań a nie na 18 Zadań - jak oczekiwali Odwołujący.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba stanęła na stanowisku, że dokonany przez Zamawiającego podział zamówienia na części nie narusza powołanych przez Odwołującego przepisów ustawy, w tym również nie narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż umożliwia mniejszym podmiotom ubieganie się o udzielenie zamówienia. Przypuszczać należy, że w przypadku tego rodzaju czy też podobnych postępowaniach, przy podziale zamówienia na części znajdą się podmioty, którym dokonany przez Zamawiającego podział nie będzie odpowiadał. Jednak powyższe wcale nie oznacza, że Zamawiający dzieląc zamówienie dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, ponieważ podział zamówienia jakiego domaga się Odwołujący nie znajduje oparcia w potrzebach Zamawiającego. Izba uznała za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego, który wskazywał, że dokonał podziału zamówienia kierując się posiadaniem doświadczeniem, pozwalającym na uzyskanie odpowiedniej efektywności. Dokonany podział zamówienia charakteryzuje się wyodrębnieniem części różnej wielkości zarówno co do powierzchni jak i wolumenu odpadów, co pozwala na złożenie oferty przedsiębiorcom posiadającym różny potencjał.



Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, który twierdził, że podział zamówienia powinien uwzględniać podział administracyjny miasta na określone dzielnice. W tym miejscu wskazać należy, że nie uzasadniają tego przedłożone przez wykonawcę BYŚ dowody w postaci:

1. Druku deklaracji D-ZW wraz z instrukcją jak wypełnić i złożyć deklarację;
2. Opracowania własnego Odwołującego, uwzględniającego dane związane z odbiorem odpadów komunalnych dla Warszawy, Gdańska, Bydgoszczy, Szczecina, Poznania i Krakowa.

Odnosząc się do złożonych dowodów stwierdzić należy, że rację ma Zamawiający, który stwierdził, że Odwołujący błędnie łączy czynność odbioru odpadów z czynnością administracyjną poboru opłat za dokonanie ww. czynności. W ocenie Izby powyższe czynności mogą funkcjonować rozdzielnie. Konieczność składania określonych deklaracji czy też pobór opłat nie warunkuje czynności odbioru odpadów. Jeśli zaś chodzi o opracowanie własne Odwołującego, to dostrzec należy, że podane w nim dane, odnoszące się do postępowań prowadzonych w innych miastach (np. Bydgoszcz) nie mogą mieć prostego przełożenia na postępowanie prowadzone przez Zamawiającego chociażby z uwagi na to, że Warszawa jest miastem bardzo specyficznym, mającym swoistą charakterystykę, którą trudno porównywać i odnosić do innych miast w Polsce. Wobec tego Izba doszła do przekonania, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp w zw. z art. 36aa Pzp oraz w zw. z art. 10 ust. 1 Pzp należy uznać za niezasadny.

## **2. Kryteria oceny ofert**

Kolejno Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1a Pzp i art 7 Pzp i stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się.

### **a) Kryterium środowiskowe**

Izba ustaliła, że w pkt 27.3 SIWZ Zamawiający ustanowił jako kryterium oceny ofert kryterium środowiskowe, któremu przypisał wagę 20%. W związku z powyższym wykonawca w ramach ww. kryterium mógł otrzymać maksymalnie 20 pkt. W treści powołanego punktu Zamawiający podał, że „celem wprowadzenia tego kryterium pozacenowego jest ograniczenie negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne. Ograniczenie to obejmuje emisję szkodliwych substancji takich jak tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także ograniczenie hałasu. (...)”

Wykonawca musi dysponować wskazanymi pojazdami na dzień składania ofert lub udowodnić, że będzie dysponował wskazanymi pojazdami najpóźniej od pierwszego dnia realizacji. (...)

Za przeznaczenie do realizacji danego Zadania pojazdów bezpylnych o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 tony:

- zasilanych gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem, etanolem, wodorem lub hybrydowy, spełniających normę emisji spalin EURO 6 lub wyższą albo elektrycznych –  $L_1 \times 5$  punktów  $\times W_k$ ;

- innych niż wskazane powyżej, spełniających normę emisji spalin EURO 6 lub wyższą -  $L_2 \times 2$  punkty  $\times W_k$ ;
- spełniających normę emisji spalin EURO 5 -  $L_3 \times 1$  punkt  $\times W_k$ .

$$SS_i = (L_1 \times 5 \text{ punktów} \times W_k) + (L_2 \times 2 \text{ punkty} \times W_k) + (L_3 \times 1 \text{ punkt} \times W_k)$$

Ocena zostanie dokonana w odniesieniu do każdego z Zadań oddzielnie.

Każdy wykonawca w odniesieniu do każdego Zadania może otrzymać maksymalnie ( $P\acute{S}=20,00$  pkt) punktów, z zastrzeżeniem, że punkty są naliczane tylko wtedy, gdy liczba punktów ( $SS_i$ ) uzyskanych przez badaną ofertę w kryterium środowiskowym jest nie mniejsza, niż 10 (Jeżeli  $SS_i < 10$  pkt to  $P\acute{S} = 0$  pkt). (...)

Ocena zostanie dokonana według wzoru:

$$P\acute{S} = SS_i / SS_{\max} \times 20$$

gdzie:

$SS_i$  – jest równe liczbie punktów otrzymanych przez daną ofertę,

$SS_{\max}$  – jest równe maksymalnej liczbie punktów uzyskanych przez ofertę złożoną w danym Zadaniu,

W przypadku, gdy w ofertach złożonych dla danego Zadania tylko w jednej spośród złożonych ofert zadeklarowano wykorzystanie pojazdów zero- lub niskoemisyjnych, ocena zostanie dokonana według wzoru:

$$P\acute{S} = SS_i, \text{ jednak nie więcej, niż } 20$$

gdzie:

$P\acute{S}$  – liczba punktów uzyskana w kryterium środowiskowym

$W_k$  – współczynnik korygujący uzależniony od wielkości strumienia odpadów w danym Zadaniu: (...).

W toku rozprawy Strony złożyły następujące dowody:

1. wyciąg z rozprawy doktorskiej K. Ł., „Analiza parametrów ekologicznych pojazdów zasilanych sprężonym gazem ziemnym (CNG) w rzeczywistych warunkach eksploatacji”, Poznań 2014;
2. wyciąg z opracowania Krajowej Agencji Poszanowania Energii S.A. (dalej: „KAPE”), dotyczącego propozycji kryteriów środowiskowych dla produktów zużywających energię możliwych do wykorzystania przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych”;
3. wyciąg z opracowania „Porównanie kosztów cyklu życia autobusów miejskich z napędami konwencjonalnymi i alternatywnymi”, E. Szumska, Ewelina Sendek – Matysiak, M. Pawełczyk, Prace Naukowe Politechniki Warszawskiej;
4. opracowanie własne sporządzone przez Odwołującego z wykorzystaniem poglądów prof. Z. Ch., dotyczące normy EURO 6;

5. Opracowanie własne Odwołującego, w którym zestawiono pojazdy posiadane przez Odwołującego, jak również przykładowy pojazd zasilany gazem;
6. dokument pochodzącego od MPO, w którym zestawiono ilość pojazdów, którymi dysponuje MPO.

Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła do uznania przez Izbę, że zgłoszony zarzut jest uzasadniony, ale tylko w części.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zasadniczej kwestii, związanej z możliwością ustanowienia przez Zamawiającego kryterium środowiskowego z uwzględnieniem norm emisji spalin Euro 6 i Euro 5 oraz zróżnicowaniem rodzaju zasilania pojazdu. W kontekście powyższego koniecznym jest odwołanie się do treści przepisu art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, które regulują kwestie dotyczące kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast ust. 2 artykułu powołanego wyżej stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

W świetle powołanych przepisów należy stwierdzić, że kryteria oceny ofert wskazane przez Zamawiającego w specyfikacji stanowią podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie tych kryteriów wraz z przypisaniem im określonej wagi jest rolą Zamawiającego, który przy tym uwzględnia specyfikę przedmiotu zamówienia oraz potrzebę uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy określone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż Zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.

Co istotne, cena lub koszt jest obligatoryjnym, lecz nie jedynym kryterium oceny ofert, którym może posłużyć się Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej, ponieważ tuż obok zostały wymienione inne niż cena lub koszt kryteria oceny ofert. Podkreślić przy tym należy, iż wyliczenie

innych niż cena kryteriów oceny ofert zawarte w art. 91 ust. 2 ustawy ma charakter przykładowy i nie jest wyczerpujące. Wynika to wprost z użycia przez ustawodawcę w tym przepisie sformułowania „w szczególności”. W konsekwencji oznacza to, iż Zamawiający może stosować także kryteria oceny ofert inne, niż wprost wymienione w art. 91 ust. 2 ustawy.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że wśród przykładowych kryteriów wymienia się oddziaływanie na środowisko. Wprowadzenie aspektów środowiskowych jako kryteriów oceny ofert miało na celu ograniczenie lub uniknięcie degradacji środowiska naturalnego, a tam, gdzie to możliwe, również jego poprawę, poprzez redukcję emisji CO<sub>2</sub>, zmniejszenie hałasu czy też zmniejszenie ilości substancji szkodliwych, jakie mogą być emitowane do środowiska. Kryteria te wpisują się w obowiązujące na obszarze Unii Europejskiej przepisy, dotyczące ochrony środowiska, które stają się coraz bardziej rygorystyczne w zakresie norm wielkości emisji pojazdów. Obowiązkowe stosowanie określonych norm w wyżej wskazanych obszarach nie stoi na przeszkodzie formułowaniu przez Zamawiających wyższych wymagań niż przewidują to normy i uwzględniać czynniki oddziaływania na środowisko w ramach powyższego kryterium jako podstawę do oceny ofert. Stosowanie kryteriów oceny ofert uwzględniających czynniki oddziaływania na środowisko przy zakupie pojazdów transportu drogowego w systemie prawa polskiego jest już obowiązkowe („Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie” pod redakcją Jacka Sadowego – Prezesa UZP, Warszawa 2011, s. 24).

Uwzględniając powyższą argumentację Izba doszła do przekonania, że Zamawiający był uprawniony do ustanowienia w ramach kryterium oceny ofert kryterium środowiskowego przy uwzględnieniu norm emisji spalin Euro 6 i Euro 5 oraz zróżnicowanie rodzaju zasilania pojazdu. W omawianym zakresie Izba uznała za wiarygodną i przekonującą argumentację Zamawiającego, która została poparta rzetelnymi dowodami z publikacji i opracowań naukowych, w których podano m. in.: „Podstawowymi kryteriami środowiskowymi, jakimi powinno się kierować przy wyborze pojazdów w ramach przetargów publicznych jest emisja zanieczyszczeń, której poziom zależy bezpośrednio od rodzaju i ilości zużywanego paliwa. Szereg rozwiązań technicznych takich jak np. filtry, może zmniejszyć ilość zanieczyszczeń wydostających się z pojazdu na zewnątrz, do środowiska. Dla pojazdów obsługujących komunikację publiczną należy przy definiowaniu powyższych kryteriów uwzględniać również zależności powyższych parametrów od stopnia załadowania pojazdu i natężenia ruchu w czasie jazdy. Natężenie ruchu należy przeanalizować w trzech wariantach wskaźnika: w cyklu miejskim, w cyklu pozamiejskim oraz w cyklu mieszanym. Należy przy tym nadać odpowiednią wagę wskaźnikowi, który obrazuje główne przeznaczenie pojazdu (czy jest to pojazd wykorzystywany w mieście, czy częściej porusza się w cyklu pozamiejskim). Pozwoli to uniknąć sytuacji, w której średnia wartość zużycia paliwa nie pozwala w sposób jednoznaczny wyróżnić pojazdu o bardziej ekonomicznych parametrach zużycia paliwa. Euro IV i Euro V są to normy redukcji emisji zanieczyszczeń, ustanowione dla pojazdów przez Unię Europejską. Objęte regulacjami zostały substancje takie jak: tlenki azotu (NO<sub>x</sub>), cząstki pyłu zawieszonego (PM), węglowodory niemetalowe (HC) oraz tlenek węgla (CO). Jako wymaganie minimalne należy przyjąć EURO IV, a dodatkowo premiować pojazdy spełniające jeszcze bardziej restrykcyjne normy emisji spalin”.

W aspekcie emitowanych zanieczyszczeń oraz źródła hałasu Izba uznała za trafne porównanie pojazdów odbierających odpady do autobusów miejskich, ponieważ pojazdy odbierające odpady podobnie jak autobusy miejskie realizują określoną „trasówkę” zatrzymując się dosyć często, czy to przy pojemnikach na śmieci czy na przystankach autobusowych, wytwarzając przy tym określony poziom hałasu. Tym samym Izba uznała za zasadne posługiwanie się przez Zamawiającego opracowaniem KAPE, dotyczącym propozycji kryteriów środowiskowych przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych, w który dla pojazdów takich jak autobus (str. 93) przy kryteriach środowiskowych podano, że można ustanowić jako obowiązkowe lub dodatkowe kryterium związane z wykorzystaniem paliw alternatywnych. Również analiza zawarta w opracowaniu pn. „Porównanie kosztów cyklu życia autobusów miejskich z napędami konwencjonalnymi i alternatywnymi” zawiera porównanie poziomów emisji substancji szkodliwych w fazie użytkowania pojazdów. Zawarte w niej wnioski wpisują się w słuszną argumentację Zamawiającego, który twierdził, że rodzaj zastosowanego zasilania pojazdu jest ściśle związany ze emisją określonego poziomu substancji szkodliwych tj. tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także wytwarzanego hałasu, co bez wątplenia ma bezpośredni i negatywny wpływ na środowisko naturalne. W kontekście powyższego na uwagę zasługuje również treść pracy doktorskiej K. Ł., w której autor, podpierając się konkretnymi źródłami naukowymi, stwierdził, że: „W porównaniu z benzyną i olejem napędowym zastosowanie do napędu pojazdów gazu ziemnego powoduje znaczne zmniejszenie ilości emitowanych substancji szkodliwych a nawet całkowite wyeliminowanie niektórych z nich. Warto zauważyć znaczne obniżenie emisji podstawowego produktu spalania, jakim jest dwutlenek węgla w porównaniu do pozostałych paliw, z powodu niskiego stosunku węgla pierwiastkowego do wodoru w gazie ziemnym, oszacowanego na 0,255. Gaz ziemny jest paliwem spełniającym wszystkie poziomy zanieczyszczeń wymagane w Europie i zapisywane w kolejnych rygorystycznych normach od Euro 2 do Euro 6, które ograniczają dopuszczalną emisję drogową substancji szkodliwych pochodzących z pojazdów samochodowych. Kolejnym aspektem ekologicznym stosowania gazu ziemnego, jako paliwa do pojazdów jest zmniejszenie drgań i głośności pracy silnika przeciętnie o kilka decybeli, co znacznie zwiększa komfort jazdy”.

W opozycji do treści wskazanych powyżej dowodów, przedstawionych przez Zamawiającego stoją twierdzenia Odwołującego, który twierdził, że Zamawiający konstruując postanowienia SIWZ w zakresie kryterium środowiskowego powinien oprzeć się jedynie na spełnieniu wymagań dotyczących norm Euro 6 i Euro 5 pomijając całkowicie kwestię zasilania pojazdów. Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego Izba wskazuje, że opracowanie własne Odwołującego odnosi się jedynie do zaledwie kilku przykładowych pojazdów, dlatego też dowód ten nie może być uznany za miarodajny w kontekście generalnej reguły. Analogiczną argumentację należy również zastosować do dowodu w postaci prezentacji Z. Ch. pn. „EURO VI Teraźniejszość i przyszłość silników spalinowych do ciężkich pojazdów samochodowych”.

Kolejną kwestią, stanowiącą przedmiot rozpoznania Izby była prawidłowość skonstruowania przez Zamawiającego kryterium środowiskowego w aspekcie możliwości wypełnienia stawianego jemu celu oraz możliwości uzyskania określonej liczby punktów przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Analiza przytoczonego powyżej opisu kryterium środowiskowego doprowadziła Izbę do wniosku, że zarzuty zgłoszone przez Odwołującego w tym zakresie należy uznać za uzasadnione.

W ocenie Izby opis i sposób punktacji kryterium środowiskowego dokonany przez Zamawiającego nie pozwala na osiągnięcie celu jaki postawił Zamawiający przed owym kryterium. Otóż przypomnieć należy, że Zamawiający w specyfikacji wskazał, że celem wprowadzenia ww. kryterium jest ograniczenie negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne. Ograniczenie to obejmuje emisję szkodliwych substancji takich jak tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także ograniczenie hałasu. Istotnym jest, że Zamawiający w opisie kryterium jednoznacznie wskazał, że wykonawca musi dysponować pojazdami, które zostaną wskazane do realizacji na dzień składania ofert lub udowodnić, że będzie dysponował nimi najpóźniej od pierwszego dnia realizacji zamówienia. W toku rozprawy podniesiono, że termin składania ofert został wyznaczony przez Zamawiającego upływa w październiku 2018 r. W specyfikacji w Rozdziale VI ust. 28.1 podano, że termin składania ofert przypada na dzień 16.10.2018 r. godz. 11.00.

Istotną okolicznością z punktu widzenia rozpoznawanego zarzutu, ponoszoną w toku rozprawy przez Odwołującego oraz Przystępujących było to, iż pozyskanie pojazdów zasilanych gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem, etanolem, wodorem lub hybrydowy, spełniających normę emisji spalin EURO 6 lub wyższą albo elektrycznych, które są najwyżej premiowane przez Zamawiającego w tak krótkim czasie jest niemożliwe. W szczególności uwzględniając termin składania ofert przypadający na połowę października 2018 r., ponieważ, aby uzyskać punkty w kryterium wykonawca już wraz ofertą musiałby wykazać Zamawiającemu, że dysponuje danymi pojazdami. W przeciwnym wypadku wykonawca zobligowany był udowodnić Zamawiającemu także w składanej ofercie, że będzie dysponował nimi najpóźniej od pierwszego dnia realizacji zamówienia.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na czas potrzebny na pozyskanie tego rodzaju pojazdów. Zdaniem wykonawców to co najmniej 6 m-cy na zakup, czemu Zamawiający nie zaprzeczył. Wobec tego zgodzić się należy z Odwołującym, że ww. zapis preferuje wykonawców, którzy w swoim parku maszynowym już posiadają pojazdy najwyżej punktowane przez Zamawiającego, a za takiego wykonawcę BYŚ uznawał Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o. o. Izba stanęła na stanowisku, że tak skonstruowany opis kryterium nie zapewnia możliwość uzyskania punktów wykonawcom, którzy będą chcieli skierować do realizacji pojazdy zasilane gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem etanolem, wodorem lub hybrydowym, których obecnie nie posiadają.

Kolejno Izba odniosła się do sposobu punktacji w kryterium środowiskowym, który został przez Zamawiającego opisany w pkt 27.3 SIWZ. Izba nie znalazła żadnego uzasadnienia dla decyzji Zamawiającego, który w treści SIWZ sprecyzował, że: „Każdy wykonawca w odniesieniu do każdego Zadania może otrzymać maksymalnie ( $P\dot{S}=20,00$  pkt) punktów, z zastrzeżeniem, że punkty są naliczane tylko wtedy, gdy liczba punktów ( $S\dot{S}_i$ ) uzyskanych przez badaną ofertę w kryterium środowiskowym jest nie mniejsza, niż 10 (Jeżeli  $S\dot{S}_i < 10$  pkt to  $P\dot{S} = 0$  pkt)”. Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i w toku rozprawy nie wykazał, aby owo wymaganie wynikało z jakichkolwiek uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Co więcej, zgodzić się należy z Odwołującym, że treść powyższego postanowienia specyfikacji może mieć skutek ograniczający konkurencję w

postępowaniu. Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że ww. opis przyznawania punktów jest wadliwy i powinien zostać wyeliminowany z treści kryterium.

Zauważyć także należy, że ukształtowany przez Zamawiającego sposób punktacji, zawarty w pkt 27.3, który został przytoczony powyżej, również nie służy osiągnięciu celu zamierzonego przez Zamawiającego w kryterium środowiskowym. Izba pojmując i podziela intencję Zamawiającego w premiowaniu wykonawców, którzy będą chcieli wprowadzić do realizacji zamówienia pojazdy oparte o rozwiązania sprzyjające ograniczeniu negatywnego wpływu na środowisko jednak uznaje, że przyjęte przez Zamawiającego rozwiązania w zakresie punktacji nie gwarantują osiągnięcia zamierzonego celu. Wykorzystując skonstruowany przez Zamawiającego wzór do obliczania liczby punktów stwierdzić należy, że zasada przyznawania punktów w istocie nie przyczynia się realizacji celów środowiskowych, a będzie powodować premiowanie niektórych wykonawców. Powyższą kwestię należy również osadzić w ramach wcześniejszych rozważań Izby, odnoszących się do braku możliwości uzyskania punktów przez wykonawców, którzy będą chcieli skierować do realizacji pojazdy zasilane gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem etanolem, wodorem lub hybrydowym, których obecnie nie posiadają. W takiej sytuacji znaczenia nabiera argumentacja wykonawcy BYŚ, który wskazywał, że powszechną wiedzą jest, że tylko jeden wykonawca działający na rynku warszawskim, tj. MPO Sp. z o.o. dysponuje pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6 zasilanych gazem ziemnym. Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, że wykonawcy, którzy „wpiszą” się we wzór Zamawiającego, nawet jeśli w danym zadaniu będą korzystał z dwóch pojazdów z normą emisji spalin EURO 6 i zasilaniem gazem (choć ich konkurent mógłby wykorzystać np. 4 pojazdy z tą samą normą spalin, ale innym zasilaniem) mogą zaoferować ceną nawet o kilka milionów wyższą, bowiem dzięki punktom w kryterium środowiskowym będą mogli zostać i tak uznani za wykonawcę z najkorzystniejszą ofertą.

Nie sposób również pominąć argumentacji Przystępujących LEKARO oraz Remondis, którzy zgodnie twierdzili, że sposób punktacji przewidziany przez Zamawiającego dopuszcza sytuację, w której wykonawca oferując np. 4 pojazdy gazowe, a pozostałe spełniające jedynie wymagania normy Euro 4 otrzyma maksymalną liczbę punktów w sytuacji, gdy wykonawca konkurencyjny, który zaoferuje większość ilość pojazdów spełniających wymagania normy Euro 5 i Euro 6 (które nie będą zasilane gazem) znajduje się w oczywiście gorszej pozycji konkurencyjnej, pomimo tego, że jego flota samochodowa ogółem będzie miała wyższy standard z punktu widzenia emisji zanieczyszczeń.

Izba uznała, że przedstawione argumenty przesądzają o tym, że Zamawiający poprzez takie ukształtowanie treści kryterium środowiskowego nie jest w stanie osiągnąć zamierzonego celu w postaci ograniczenia negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne. Ograniczenie to obejmuje emisję szkodliwych substancji takich jak tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także ograniczenie hałasu. Za takim poglądem przemawia po pierwsze to, że wykonawcy, którzy nie dysponują obecnie określonymi pojazdami, pożądanymi przez Zamawiającego nie są w stanie wprowadzić ich do realizacji, otrzymawszy wcześniej dodatkowe punkty w tym zakresie. Po drugie, przewidziany przez Zamawiającego sposób punktacji może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca może zaoferować jedynie kilka pojazdów gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem, etanolem, wodorem lub hybrydowy, spełniających normę emisji

spalin EURO 6 lub wyższą albo elektrycznych, zaś pozostała reszta może spełniać wymagania jedynie normy Euro 4.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że skonstruowane przez Zamawiającego kryterium środowiskowe w zakreślonych powyżej ramach jest wadliwe, co przesądza o zasadności zgłoszonych zarzutów i konieczności zmiany specyfikacji w pkt 27.3 kryterium środowiskowe, przez zmianę opisu przyznawania punktów, umożliwiającą Zamawiającemu osiągnięcie zamierzonego celu ograniczenia negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne i jednocześnie gwarantującą możliwość uzyskania punktów wykonawcom, którzy będą chcieli skierować do realizacji pojazdy zasilane gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem etanolem, wodorem lub hybrydowym, których obecnie nie posiadają.

b) Kryterium jakościowe

Treścią pkt 27.4 SIWZ Zamawiający wprowadził kryterium oceny ofert tj. kryterium jakościowe o wadze 20%. Zamawiający podał, że: „Celem wprowadzenia tego kryterium pozacenowego jest uzyskanie przez Zamawiającego na jak najwcześniejszym etapie realizacji zamówienia pełnego oczekiwanego zakresu informacji o odbieranych odpadach komunalnych. Dane zbierane za pomocą systemów pokładowych pojazdów umożliwiają Zamawiającemu prowadzenie efektywnej kontroli świadczonej usługi. Dodatkowo dane te są niezbędne m. in. do prawidłowej oceny selektywnej zbiórki odpadów przez wykonawcę, wywiązywania się mieszkańców z nałożonych na nich przepisami prawa obowiązków w zakresie segregacji odpadów i składania deklaracji, realizacji przez wykonawcę harmonogramu odbioru odpadów właściwymi pojazdami. Dane te umożliwiają przypisanie informacji o ilości i jakości odpadów do konkretnego punktu odbioru i posłużą do sporządzania analiz systemowych oraz oceny kierunków rozwoju systemu gospodarowania odpadami. Są także podstawą rozliczeń, które zamawiający uznaje za najdokładniejsze.

Kryterium odnosi się do oczekiwanego wysokiego poziomu świadczenia usługi. Zamawiający oczekuje, że wszystkie pojazdy używane przez wykonawcę do realizacji usługi najpóźniej w ciągu 9 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi zostaną wyposażone we wszystkie elementy wskazane w §§ 11-16 OPZ. Oznacza to, że Zamawiający oczekuje, że wszyscy wykonawcy będą świadczyć usługę z zapewnieniem wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze najpóźniej od pierwszego dnia dziesiątego miesiąca świadczenia usługi.

Jeżeli wykonawca zadeklaruje w ofercie osiągnięcie oczekiwanego wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze od 10 miesiąca otrzyma w tym kryterium zero punktów. Jeżeli wykonawca zadeklaruje w ofercie osiągnięcie oczekiwanego wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze w późniejszym terminie, jego oferta zostanie odrzucona. (...)

Wykonawca w ofercie deklaruje, czy w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia lub wskazanym późniejszym terminie ale najpóźniej od pierwszego dnia dziesiątego miesiąca liczonego od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi będzie dysponował wszystkimi pojazdami przeznaczonymi do realizacji zamówienia zgodnie z §§ 11-16 OPZ.



Zamawiający przyznaje dodatkowe punkty wykonawcom, którzy już od pierwszego dnia świadczenia usługi będą oferowali oczekiwany wysoki poziom jakości usługi. Wykonawcy, którzy zaoferują świadczenie usługi w późniejszym terminie, ale przed upływem 9 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, otrzymają punkty obliczone proporcjonalnie do deklarowanego okresu.

Ocena będzie przyznawana tylko za pełne miesiące kalendarzowe świadczenia usługi zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ, to jest tylko wówczas, gdy usługa będzie świadczona od pierwszego do ostatniego dnia danego miesiąca z zapewnieniem wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze.

W związku z tym zamawiający przewiduje przyznanie maksymalnej liczby punktów (20) jeżeli wykonawca od pierwszego miesiąca świadczenia usługi będzie wykonywał zamówienie wszystkimi pojazdami spełniającymi wymagania określone w §§ 11-16 OPZ.

Ocena zostanie dokonana według wzoru:

Jeżeli wykonawca zadeklaruje świadczenie usługi od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usługi otrzyma 20 punktów:

$$PJ = 20$$

gdzie:

PJ - liczba punktów uzyskanych w kryterium „Kryterium jakościowe ”

Jeżeli wykonawca zadeklaruje świadczenie usługi od pierwszego dnia drugiego lub kolejnego miesiąca świadczenia usługi ale nie później niż od pierwszego dnia dziewiątego miesiąca od rozpoczęcia świadczenia usługi zostaną przyznane mu punkty według poniższego wzoru:

$$PJ = n/8 \times 15$$

gdzie:

PJ - liczba punktów uzyskanych w kryterium „Zapewnienie wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze ”

n - liczba miesięcy świadczenia usługi przy spełnieniu wymogów wskazanych §§ 11-16 OPZ.

Wykonawca zadeklaruje w ofercie, przez jaki czas w pełnych miesiącach kalendarzowych będzie świadczył usługę ze spełnieniem wymagań określonych w §§ 11-16 OPZ.

Na przykład, jeżeli wykonawca zadeklaruje osiągnięcie wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze od drugiego miesiąca świadczenia usługi, za n podstawiona zostanie liczba 8 (9-1=8); jeżeli wykonawca zadeklaruje osiągnięcie wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze od piątego miesiąca świadczenia usługi, za n podstawiona zostanie liczba 5 (9-4=5); jeżeli wykonawca zadeklaruje osiągnięcie wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze od ósmego miesiąca świadczenia usługi, za n zostanie podstawiona liczba 2 (9-7=2).

Wykonawca może w opisanym przypadku otrzymać maksymalnie 15 punktów jeżeli zadeklaruje osiągnięcie wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze od drugiego miesiąca świadczenia usługi. Punkty zaokrągla się zgodnie z zasadami matematyki do drugiego miejsca po przecinku”.

Zamawiający w dniu 28 września dokonał modyfikacji specyfikacji w pkt 27.4 siwz, polegającej na zmianie sposobu punktacji. W toku rozprawy, na pytanie Zamawiającego zadane za pośrednictwem

Izby, odnoszące się do ww. zmian SIWZ Odwołujący oświadczył, że nadal kwestionuje dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wskazując, że jest to wymaganie nadmierne, a tym samym nieprawidłowe w jego ocenie jest również określenie kryterium, które się odnosi do OPZ w zakresie systemu monitoringu.

Po przeprowadzeniu analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za niepotwierdzony. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, aby ustanowione przez Zamawiającego kryterium było wadliwe i nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Izba uznała za wiarygodne i przekonywujące wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego, który w pkt 27.4 SIWZ jednoznacznie wyjaśnił powód wprowadzenia kryterium jakościowego, tj.: „Celem wprowadzenia tego kryterium pozacenowego jest uzyskanie przez Zamawiającego na jak najwcześniejszym etapie realizacji zamówienia pełnego oczekiwanego zakresu informacji o odbieranych odpadach komunalnych. Dane zbierane za pomocą systemów pokładowych pojazdów umożliwiają Zamawiającemu prowadzenie efektywnej kontroli świadczonej usługi. Dodatkowo dane te są niezbędne m. in. do prawidłowej oceny selektywnej zbiórki odpadów przez wykonawcę, wywiązywania się mieszkańców z nałożonych na nich przepisami prawa obowiązków w zakresie segregacji odpadów i składania deklaracji, realizacji przez wykonawcę harmonogramu odbioru odpadów właściwymi pojazdami. Dane te umożliwiają przypisanie informacji o ilości i jakości odpadów do konkretnego punktu odbioru i posłużą do sporządzania analiz systemowych oraz oceny kierunków rozwoju systemu gospodarowania odpadami. Są także podstawą rozliczeń, które zamawiający uznaje za najdokładniejsze”.

Izba nie dopatryła się w ustanowionym kryterium jakościowym postanowień dyskryminujących, co znajduje równocześnie potwierdzenie w twierdzeniach Odwołującego oraz Przystępującego Remondis, którzy zgodnie twierdzili, że według ich wiedzy, w Polsce zamawiany przez Zamawiającego system nie był do tej pory stosowany w odniesieniu do pojazdów odbierających odpady. W związku z tym opisane kryterium w jednakowy sposób traktuje wszystkich potencjalnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym nie sposób mówić o tym, że ww. kryterium preferuje wykonawców dotychczas realizujących zamówienie.

### **3. Opis przedmiotu zamówienia**

Następnie Izba rozpoznała grupę zarzutów odwołania, odnoszących się do OPZ, sporządzonego przez Zamawiającego, w których wykonawca BYŚ wskazywał na naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp. Izba uznała, że zarzuty w części potwierdziły się.

#### **a) Termin realizacji zamówienia**

Izba uznała, że w omawianym zakresie zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z § 5 OPZ, Zamawiający przewiduje realizację umowy w następujących terminach:

1. Okres przygotowawczy - od dnia zawarcia Umowy do ostatniego dnia miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu zawarcia Umowy :

- 1) Zawarcie przez Wykonawcę Porozumienia.
  - 2) Przekazanie przez Zamawiającego danych dotyczących MGO: nie później niż na 1 miesiąc przed rozpoczęciem realizacji zamówienia.
  - 3) Zgłoszenie przez Wykonawcę pojazdów, dla których chciałby przeprowadzić testy gotowości - nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy.
  - 4) Przeprowadzenie przez Wykonawcę wspólnie z Zamawiającym testów gotowości.
  - 5) Przeprowadzenie testów obsługi zgłoszeń w systemie Warszawa 19115.
  - 6) Przekazanie przez Wykonawcę danych podstawowych, o których mowa w Załączniku nr 1 do OPZ oraz dokumentów, o których mowa w § 34 oraz 42 OPZ - nie później jednak niż 3 dni robocze przed dniem rozpoczęcia realizacji zamówienia.
  - 7) Rozpoznanie przez Wykonawcę warunków lokalnych świadczenia usług, w tym również w zakresie ewentualnych utrudnień i specyficznych warunków nieruchomości.
  - 8) Dostawa przez Wykonawcę pojemników i „zestawów początkowych worków” wymaganych do zbierania odpadów komunalnych w poszczególnych MGO.
2. Okres realizacji zamówienia - od 1 stycznia 2019 r., nie wcześniej jednak niż od 1. dnia miesiąca kalendarzowego, następującego po miesiącu, w którym Wykonawca realizował czynności, o których mowa w ust. 1, przez okres kolejnych 36 miesięcy kalendarzowych, nie dłużej jednak niż do wyczerpania kwoty, o której mowa w § 6 ust. 1 Umowy, z uwzględnieniem § 15 ust. 6 Umowy: (...)."

W odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie procesowym Zamawiający wskazywał, że dokonał modyfikacji SIWZ, polegającej na zmianie sposobu naliczania kar związanych z nienależytym przygotowaniem się do realizacji zamówienia, wprowadzając § 8 ust. 8 Umowy, zgodnie z którym kary umowne naliczane przez Zamawiającego za okres pierwszych 3 miesięcy realizacji przedmiotu Umowy, jednak nie dłuższy niż do daty spełnienia przez wykonawcę kryterium jakościowego, pomniejszone zostaną przez Zamawiającego wg. następujących współczynników:

- 1) za pierwszy tydzień realizacji przedmiotu umowy – o 99%;
- 2) za drugi tydzień realizacji przedmiotu umowy – o 90%;
- 3) za trzeci tydzień realizacji przedmiotu umowy – o 80%;
- 4) za czwarty tydzień realizacji przedmiotu umowy – o 70%;
- 5) za drugi miesiąc realizacji przedmiotu umowy – o 60%;
- 6) za trzeci miesiąc realizacji przedmiotu umowy – o 50%.

W toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

1. oferta handlowa z dnia 25 września 2018 r., w której wskazano warunki handlowe dotyczące zakupu pojemników;

2. oferta handlowa z dnia 28 września 2018 r., w której wskazano warunki handlowe dotyczące zakupu pojemników;
3. korespondencja e-mail z dnia 28 września 2018 r. zawierająca ofertę handlową dotyczącą zakupu pojemników;
4. wyciąg z modyfikowanej SIWZ z 18 lipca 2013 r. dotycząca „Odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy” wraz z wyciągami z umów, które w ramach ww. postępowania zostały zawarte przez Zamawiającego odpowiednio z wykonawcami: MPO oraz LEKARO.

Nie było sporne między stronami, że tzw. okres przygotowawczy (w zależności od daty, w jakiej będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego) będzie trwał od niespełna dwóch miesięcy (przy zawarciu umowy w ostatnich dniach miesiąca kalendarzowego) do miesiąca. Przyjmując najbardziej niekorzystny wariant terminu realizacji zamówienia okres przygotowawczy wiążący wykonawcę może wynosić jeden miesiąc.

Biorąc pod uwagę powyższe, rozstrzygnięcie omawianego zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy okres jednego miesiąca jest okresem wystarczającym na prawidłowe przeprowadzenie przez wykonawcę czynności, przewidzianych dla okresu przygotowawczego określonego w § 5 ust. 1 OPZ ? Izba doszła do przekonania, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Na wstępie rozpoznawanego zarzutu należy zwrócić uwagę na zakres czynności wchodzących w skład okresu przygotowawczego. W treści § 5 ust. 1 OPZ przewidziano nie tylko czynności formalne takie jak: zawarcie przez wykonawcę porozumienia czy zgłoszenie przez wykonawcę pojazdów ale również cały szereg skomplikowanych czynności, które charakteryzują się czasochłonnością. Bez wątplenia należy do nich zaliczyć: rozpoznanie przez wykonawcę warunków lokalnych świadczenia usług, w tym również utrudnień i specyficznych warunków nieruchomości (pkt 7) a także dostawę przez wykonawcę pojemników i „zestawów początkowych worków”, wymaganych do zbierania odpadów komunalnych w poszczególnych MGO (pkt 8). Zestawienie zakresu czynności jakie musi zrealizować wykonawca w celu rozpoczęcia świadczenia usług w zestawieniu z czasem przewidzianym na przygotowanie do realizacji przedmiotu zamówienia doprowadziło Izbę do wniosku, że Zamawiający zakreślił zbyt krótki tzw. „okres przygotowawczy”, co w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawców obecnie świadczących usługi na rzecz Zamawiającego, ponieważ tylko Ci wykonawcy będą bowiem w stanie dotrzymać wyznaczonego przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usług, gdyż nie będą musieli m.in. dokonywać szeregu czasochłonnych czynności związanych z rozstawieniem pojemników. Zgodzić się należy z Przystępującym Remondis, że każdy nowy wykonawca będzie musiał w ciągu miesiąca rozpoznać warunki lokalne świadczenia usług a także dostarczyć określoną ilość pojemników i „zestawów początkowych worków” do poszczególnych MGO. Przy tak ogromnej skali zamówienia z jaką mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie już samo rozpoznanie warunków lokalnych może zająć kilka tygodni.

Izba wskazuje, że nowy wykonawca będzie zobligowany pozyskać pojemniki na potrzeby niniejszego postępowania, bądź w drodze zakupu nowych pojemników lub też przez odkupienie „używanych” od dotychczasowego wykonawcy realizującego zamówienie. Rację ma Odwołujący

twierdząc, że oba sposoby pozyskania pojemników są czynnościami wymagającymi czasu dłuższego niż miesiąc. Zaprezentowane twierdzenia znajdują oparcie w materiale dowodowym w postaci ofert handlowych, przedstawionych przez Odwołującego. Z ich treści jednoznacznie wynika, że zakup nawet przybliżonej ilości pojemników jakiej wymaga realizacja zamówienia przekracza okres jednego miesiąca, a w niektórych przypadkach sięga nawet 20-22 tygodni. Istotnym jest, że niezależnie od tego czy są to pojemniki nowe, czy pojemniki używane to muszą one spełniać wymagania SIWZ, a więc posiadać odpowiednie oznakowanie. Uwzględniając zakres przedmiotowego zamówienia za czasochłonny należy uznać także sam proces rozstawienia odpowiednich pojemników w MGO z czym wiąże się konieczność ich dostarczenia i odpowiedniego rozmieszczenia w każdym z MGO.

Za chybioną Izba uznała argumentację Zamawiającego, zasadzającą się na tym, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, polegającej na zmianie sposobu naliczania kar związanych z nienależytym przygotowaniem się do realizacji zamówienia, wprowadzając § 8 ust. 8 umowy według, którego kary umowne naliczane przez Zamawiającego za okres pierwszych 3 miesięcy realizacji przedmiotu umowy, jednak nie dłuższy niż do daty spełnienia przez wykonawcę kryterium jakościowego zostaną pomniejszone w przedziale od 99% do 50%. Izba zgadza się z Odwołującym, że wybrany przez Zamawiającego sposób należy uznać za błędny, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie wykonawcy odpowiedniego czasu na przeprowadzenie czynności, przewidzianych w okresie przygotowawczym bez konieczności ponoszenia kar umownych, nawet jeśli będą się one mieściły w przedziale kilku procent.

Izba odniosła się również do wniosku Zamawiającego w zakresie pominięcia dowodów, złożonych przez Odwołującego, z uwagi na to, że wykonawca wyłączył z ich treści oznaczenie podmiotów je wydających, skutkiem czego Zamawiający nie mając oznaczenia danego podmiotu nie miał możliwości weryfikacji danych zawarty w tych dokumentach. Izba oddaliła złożony wniosek uznając złożone dokumenty za wiarygodne. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie wskazywał na fałszywość dokumentów, a jedynie na brak możliwości weryfikacji ich treści w kontekście podmiotu je wystawiającego. W tym miejscu należy przywołać wyjaśnienia Odwołującego, który tłumaczył wyłączenie z treści dokumentu nazwy firmy powołując się na tajemnicę handlową. Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sytuacji brak oznaczenia podmiotu, będącego autorem oferty handlowej nie przesądza o tym, że ww. dokument nie może stanowić wiarygodnego dowodu.

Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut jest zasadny, a zatem podlega uwzględnieniu. Konsekwencją powyższego uznania było nakazanie modyfikacji SIWZ w § 5 ust. 1 OPZ, polegającej na zagwarantowaniu, że okres przygotowawczy, niezależnie od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie trwał nie krócej niż 3 miesiące.

#### b) Pojemniki

- Zgodnie z § 19 ust. 1 OPZ „Liczba pojemników i ich dostarczenie” Zamawiający sprecyzował:
4. Przed rozpoczęciem odbioru odpadów Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia pojemników do wszystkich MGO, z których odbieranie odpadów komunalnych objęte jest przedmiotem zamówienia.

5. Do poszczególnych MGO należy dostarczyć odpowiednią liczbę pojemników odpowiedniego rodzaju i pojemności, uwzględniającą przekazane przez Zamawiającego wymagania nieruchomości w 2018 r. i frakcje odpadów komunalnych odbieranych w 2019 r.
6. MGO przynależne do nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi należy wyposażać w co najmniej jeden pojemnik przeznaczony do zbierania „odpadów zmieszanych” o pojemności co najmniej 120 litrów. Sposób zbierania pozostałych frakcji odpadów (w workach czy pojemnikach, z wyłączeniem odpadów zielonych, które są zbierane zawsze w workach) zależy od preferencji właściciela nieruchomości; informację w tym zakresie Wykonawca otrzyma poprzez system Warszawa19115 lub bezpośrednio od tego właściciela.
7. Zamawiający wskazuje, że wprowadzenie w 2019 r. nowych frakcji odpadów komunalnych zbieranych selektywnie oraz nowych zasad dotyczących dopuszczalnych dla poszczególnych typów nieruchomości wielkości pojemników i możliwości stosowania systemu workowego spowoduje prawdopodobnie w początkowym okresie świadczenia usługi konieczność dopasowywania liczby i wielkości pojemników dostarczonych do MGO oraz zmiany sposobu zbierania odpadów zbieranych selektywnie z systemu workowego na system pojemnikowy.
8. Powyższe zasady stosują się zarówno do MGO i do MGO utworzonych po tym terminie.

W piśmie procesowym Zamawiający wskazał, że przekazał w ramach OPZ posiadane przez siebie informacje o MGO i przypisanych do nich harmonogramach odbioru odpadów. Ponadto Zamawiający 28 września 2018 r. wprowadził zmiany w treści OPZ, które dodatkowo doprecyzowały przedmiot zamówienia, co przesądza, że zarzut wykonawcy jest bezzasadny. W ocenie Zamawiającego informacje te są wystarczające do przygotowania oferty.

Nie było sporu co do tego, że Zamawiający podał co prawda w OPZ szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości, nigdzie w OPZ nie określił jednak maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

Istota rozstrzyganego zarzutu sprowadza się do rozwikłania kwestii, związanej z wypełnieniem przez Zamawiającego przesłanek zawartych w art. 29 ust. 1 Pzp, a także odpowiedzią na pytanie, czy informacje podane przez Zamawiającego w specyfikacji, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości spełniają wymagania art. 29 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Istotność opisu przedmiotu zamówienia jako obligatoryjnego element każdej specyfikacji wynika z jego wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawia się

w tym, że to na podstawie jego treści wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia przygotowują oferty. W związku z tym Zamawiający jako podmiot zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia powinien sporządzić go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp oznacza to, że na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie wystarczająco precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych określeń. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać pełen katalog informacji w zakresie rzeczowego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację, ponieważ jest on podstawą służącą obliczenia ceny za wykonanie zamówienia.

Powtarzając za M. Jaworską<sup>1</sup> stwierdzić należy, że: „Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 Pzp i stanowi podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania. W jednym z wyroków KIO wskazała, że obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO z 18.5.2015 r., KIO 897/15, Legalis)”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający podał co prawda w OPZ szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości, jednak nigdzie w OPZ nie określił maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Bez wątpienia informacja w zakresie maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia jest informacją niezwykle istotną z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, z uwagi na jej znaczący wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a także może prowadzić do nieporównywalności ofert. Konsekwencją powyższego jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

---

<sup>1</sup> M. Jaworska, [D. Grześkowiak-Stojek](#), [J. Jarnicka](#), [A. Matusiak](#), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, komentarz do art. 29, Legalis.

Zgodzić się należy z Odwołującym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości mogą stanowić zaledwie pewną wskazówkę przy kalkulacji ceny ofertowej jednak nie ograniczają ryzyka wykonawcy, polegającego na przyjęciu do oferty niewłaściwej danych. Nie stanowi usprawiedliwienia dla Zamawiającego wprowadzenie zmian w zakresie systemu selektywnej zbiórki w m. st. Warszawie, tj., że z nieruchomości będą odbierane dodatkowe frakcje odpadów zbieranych w sposób selektywny, czy też wprowadzenie rozwiązania, opartego na preferencji właściciela nieruchomości, którą to informację wykonawca otrzyma dopiero przez system Warszawa19115 lub bezpośrednio od tego właściciela. Co istotne, w takiej sytuacji wykonawca, nie znając preferencji właścicieli nieruchomości i nadto w sytuacji, gdy preferencje te mogą w toku wykonywania zamówienia ulec zmianie, nie posiada żadnych możliwości, aby na obecnym etapie ustalić, jakie pojemniki i w jakiej ilości będzie musiał zakupić na potrzeby realizacji zamówienia.

Izba dostrzega trudne położenie Zamawiającego związane z koniecznością wprowadzenia ww. zmian jednak tego rodzaju okoliczności nie zwalniają Zamawiającego z prawidłowego, tj. pełnego opisu przedmiotu zamówienia, a także nie mogą stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego, związanego z realizacją zamówienia. Podkreślenia wymaga również fakt, że Zamawiający w § 11 wzoru umowy, nie przewidział możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w toku rozprawy Zamawiający wielokrotnie odwoływał się do prowadzonych analiz, również tych uwzględniających, opisywane powyżej zmiany. Nie sposób również nie zauważyć, że Zamawiający jest podmiotem który ma najszerszą wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia, która jest poparta doświadczeniem z lat ubiegłych. Tym samym Izba uznała, że na gruncie rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie powinien poprzestać jedynie na podaniu wykonawcom w OPZ danych szacunkowych w ujęciu historycznym ale powinien szczegółowo określić maksymalną liczbę oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Izba dostrzegła również konieczność zmiany § 11 wzoru umowy w zakresie możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady.

#### c) Legalizacja wag

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 1 OPZ „Definicje i skróty” zdefiniował pojęcie dokumentu potwierdzającego legalizację wag stwierdzając, że pod pojęciem tym rozumie „świadcstwo legalizacji wag samochodowych i najazdowych lub uwierzytelniona przez Wykonawcę fotografia cechy legalizacji umieszczonej na przyrządzie pomiarowym; dokumentu potwierdzającego dokonanie oceny zgodności nie uznaje się za dokument potwierdzający legalizację wag nawet wtedy, gdy termin do dokonania legalizacji ponownej jeszcze nie upłynął”.

W toku rozprawy przedłożono Izbie następujące dowody:



- wydruk ze strony internetowej Głównego Urzędu Miar „Ogólne informacje o dyrektywie MID i jej wdrażaniu”;
- wydruk ze strony internetowej pt. „Dyrektywa MID (Measuring Instruments Directive)” <http://www.promac.com.pl/aparatura-pomiarowa/dyrektywa-mid-liczniki/>.

Izba zwraca uwagę, że w zakresie przyrządów pomiarowych należy rozróżnić pojęcie legalizacji pierwotnej od legalizacji ponownej.

Według art. 8 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach (t.j. z 30 stycznia 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 376) prawna kontrola metrologiczna przyrządów pomiarowych jest wykonywana przez:

- 2) legalizację pierwotną albo legalizację jednostkową - przed wprowadzeniem danego egzemplarza przyrządu pomiarowego do obrotu lub użytkowania, a także
- 3) legalizację ponowną - w stosunku do przyrządów pomiarowych wprowadzonych do obrotu lub użytkowania.

Wyjaśnić należy, że Odwołujący w treści zarzutu odwołał się do legalizacji pierwotnej. Świadczy o tym przede wszystkim stwierdzenie w treści odwołania, gdzie Odwołujący wprost podał: „A contrario, wagi automatyczne wprowadzone do obrotu na podstawie dokonanej oceny zgodności, nie wymagają dodatkowej legalizacji pierwotnej. Wykonawca może więc w sposób zgodny z prawem użytkować wagę, która poddana została wyłącznie ocenie zgodności. W tej sytuacji nie zrozumie i nie mające uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa jest wymaganie przez Zamawiającego, by w każdym przypadku wykonawca dysponował świadectwem legalizacji wagi”.

W ocenie Izby zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny. W omawianym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację Zamawiającego wyrażoną w piśmie procesowym, w którym Zamawiający wyjaśniał, że: „na podstawie doświadczenia zdobytego w trakcie realizacji obecnych umów uważa, że inne dokumenty niż dokumenty określone w OPZ mogą nie zawierać wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji. Na przykład z doświadczenia Zamawiającego wynika, że certyfikat zgodności nie zawiera parametrów związanych z ważeniem masy towaru, natomiast dokument legalizacji ponownej te parametry określa. Dodatkowo, dokument potwierdzający legalizację urządzenia ma ten walor, że badanie poprzedzające jego wydanie następuje po instalacji urządzenia pomiarowego na pojeździe, a zatem potwierdza jego prawidłowe działanie w miejscu ważenia (na pojeździe). Jednocześnie, wykorzystywanie legalizowanego urządzenia pomiarowego zmodyfikowanego w sposób wpływający na jego działanie jest wykroczeniem, o którym mowa w ustawie - Prawo o miarach (art. 26 ust. 1 pkt 3). Nie jest prawdą, że użytkownik wagi automatycznej lub nieautomatycznej może dysponować w odniesieniu do ww. przyrządów pomiarowych wyłącznie oceną zgodności. W myśl art. 8k ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo o miarach, przyrząd pomiarowy powinien być zgłoszony do legalizacji ponownej przed upływem, określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 9 pkt 4, terminu od dokonania oceny zgodności. Na podstawie delegacji ustawowej wymienionej w ww. przepisie ustawy (art. 9 pkt 4), zostało wydane rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 kwietnia 2017 r. w sprawie prawnej kontroli metrologicznej przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2017 r., poz. 969). W załączniku nr

5 pkt 2 stanowi, że „Terminy, w których przyrządy pomiarowe wprowadzone do obrotu lub użytkowania po dokonaniu oceny zgodności powinny być zgłaszane do legalizacji ponownej, określa tabela nr 2”. Wiersz 10 pkt 1 (wagi automatyczne dla pojedynczych ładunków) oraz wiersz 11 (wagi nieautomatyczne) tabeli stanowią 0 3-letnim terminie zgłoszenia przyrządu pomiarowego po raz pierwszy do legalizacji ponownej po dokonaniu oceny zgodności”.

Powyższe stanowisko zostało przez Zamawiającego uzupełnione wyjaśnieniami w złożonych w toku rozprawy, w których Zamawiający podkreślał, że certyfikat zgodności oraz świadectwo legalizacji ponownej to dokumenty, które zawierają inne informacje pod względem jakościowym. Ponadto Zamawiający podnosił, że obawia się, iż urządzenie zamontowane na pojeździe wykonawcy utraci dokładność producenta. Natomiast świadectwo legalizacji ponownej potwierdza prawidłowość montażu oraz rzetelne wskazanie wagi.

Izba po analizie doszła do przekonania, że wymaganie Zamawiającego, opisane w OPZ w zakresie dokumentu dotyczącego legalizacji wag jest dopuszczalne i uzasadnione jego potrzebami. Jest to szczególnie istotne z uwagi na to, że jak twierdził Zamawiający rozliczenia pomiędzy nim a wykonawcą będą dokonywane w systemie tzw. „za określoną masę odpadów”. W związku z tym niezwykle istotne jest prawidłowe ustalenie wagi odpadów odebranych przez wykonawcę, gdyż jest to związane zapłatą konkretnej kwoty wynagrodzenia. Nie sposób również pominąć wyjaśnień Zamawiającego, który podnosił, że nie posiada on żadnych instrumentów za pomocą których mógłby uzyskać informację o nieprawidłowym działaniu wagi, dlatego też proces legalizacji wagi pozwala Zamawiającemu uzyskać pewność w tym zakresie.

d) System monitorowania położenia pojazdu

Zamawiający w § 11 OPZ „System monitoringu położenia pojazdu” zawarł wymagania dotyczące systemu monitoringu położenia pojazdów:

- ust. 3 pkt 3 „Zamawiający wymaga, aby system monitoringu lokalizacji pojazdu: rejestrował chwilowy błąd wyznaczenia lokalizacji wyrażony w metrach (ang. accuracy)”;
- ust. 3 pkt 4 lit. a, b, c, d „Zamawiający wymaga, aby system monitoringu lokalizacji pojazdu: był wyposażony w odbiorniki sygnału GNSS umożliwiające co najmniej:
  - a) odbiór pseudolosowego kodu C/A na kanale L1 w systemie GPS-NAVSTAR,
  - b) pracę w trybie pomiarów różnicowych DGPS (ang. Differential Global Positioning System),
  - c) odbiór poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) z systemów GBAS (ang. Ground Based Augmentation System) lub systemów SBAS (ang. Satellite Based Augmentation System),
  - d) inicjalizację pomiarów różnicowych DGPS nazywaną „on-the-fly”.
- ust. 5 „Zamawiający dopuszcza stosowanie poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) dla metody kinematycznej w systemie post-processingu przed przekazaniem danych Zamawiającemu”;

- ust. 6 „Zamawiający zaleca stosowanie wyposażenia w odbiorniki sygnału GNSS umożliwiające jednoczesny odbiór pseudolosowego kodu C/A i P na częstotliwościach L1 i L2 w systemie GPS-NA VSTAR”;
- ust. 7 „Zamawiający zaleca stosowanie poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) z systemu równolegle pracujących naziemnych stacji referencyjnych ASG-EUPOS dla metody kinematycznej w serwisie czasu rzeczywistego”.

Zamawiający w dniu 28 września 2018 r. dokonał modyfikacji § 11 OPZ, podając ww. opis w następującym brzmieniu:

1. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia pojazdów służących do:
  - 1) dostarczania pojemników,
  - 2) odbierania pojemników,
  - 3) odbierania pojemników z odpadami,
  - 4) odbierania odpadów,
  - 5) mycia pojemników, w system monitoringu położenia pojazdu umożliwiający identyfikację i rejestrację lokalizacji pojazdu, oparty o dowolną z dostępnych usług nawigacji satelitarnej GNSS (ang. Global Navigation Satellite System).
2. Zamawiający zaleca stosowanie systemu nawigacji satelitarnej wykorzystującego kombinację kilku z dostępnych usług nawigacji satelitarnej dostępnych nad obszarem realizacji usługi.
3. Zamawiający wymaga, aby system monitoringu lokalizacji pojazdu:
  - 1) rejestrował lokalizację pojazdu nie rzadziej niż co 50 metrów i 15 sekund,
  - 2) rejestrował datę i czas pomiaru położenia pojazdu w sposób zgodny z uniwersalnym czasem koordynowanym UTC(PL),
  - 3) rejestrował wyrażoną w metrach dokładność wyznaczenia lokalizacji (ang. accuracy) każdego zarejestrowanego pomiaru lokalizacji,
  - 4) był wyposażony w odbiorniki sygnału GNSS umożliwiające co najmniej:
    - a) odbiór pseudolosowego kodu C/A na kanale L1 w systemie GPS-NAVSTAR lub równoważnego podstawowego sygnału dla innego systemu GNSS;
    - b) pracę w trybie pomiarów różnicowych DGPS (ang. Differential Global Positioning System);
    - c) odbiór poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) z systemów GBAS (ang. Ground Based Augmentation System) lub systemów SBAS (ang. Satellite Based Augmentation System);

- d) inicjalizację odbiornika sygnału GNSS nazywaną „on-the-fly” oraz wykorzystanie technologii A-GPS.
4. Zamawiający wymaga zastosowania poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) względem danych lokalizacyjnych z systemów GBAS lub systemów SBAS.
  5. Zamawiający dopuszcza stosowanie poprawek różnicowych dla metody różnicowej DGPS jak i metody kinematycznej GPS w systemie post-processingu przed przekazaniem danych Zamawiającemu. W takim przypadku Zamawiający dopuszcza odbiorniki sygnału GNSS nie spełniające wymagań określonych w ust. 3 pkt 4 lit. b i c.
  6. Zamawiający zaleca stosowanie wyposażenia w odbiorniki sygnału GNSS umożliwiające jednoczesny odbiór pseudolosowego kodu C/A i P na częstotliwościach L1 i L2 w systemie GPS-NAVSTAR.
  7. Zamawiający zaleca stosowanie poprawek różnicowych (danych korekcyjnych) z systemu równoległe pracujących naziemnych stacji referencyjnych ASG-EUPOS dla metody kinematycznej w serwisie czasu rzeczywistego lub równorzędnych innych systemów GBAS lub SBAS.
  8. Zamawiający wymaga przekazywania danych dotyczących całego przejazdu pojazdu. Niedopełnienie tego obowiązku stanowi Uchybienie.
  9. Zamawiający nie dopuszcza wyłączania systemu monitoringu położenia pojazdu lub spowodowania zaprzestania jego pracy podczas realizacji trasy.
  10. Działanie lub zaniechanie Wykonawcy skutkujące ukrywaniem drogi przejazdu pojazdu stanowi Uchybienie.
  11. Zamawiający dopuszcza nieprzekazanie danych dla czynności niezwiązanych z przedmiotem zamówienia, wykonywanych przez pojazd zgłoszony do obsługi Zadania.
  12. Zamawiający dopuszcza brak rejestracji aktualnego położenia pojazdu w przypadku braku widoczności satelitów GNSS wywołanego przeszkodami terenowymi lub konstrukcjami budowlanymi, z tym, że w takiej sytuacji zdarzającym specjalnym, rejestrowanym zgodnie z pkt. C.10 Załącznika nr 1 do OPZ należy przypisać koordynaty ostatniego dobrze określonego położenia pojazdu, a po wyjechaniu poza przeszkodę system monitoringu pojazdu Wykonawcy niezwłocznie w czasie nie dłuższym niż 3 minuty wznowi prawidłową pracę w zakresie lokalizacji.
  13. Alternatywnie, odnosząc się do przypadków opisanych w ust. 12, Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązania opartego na technologii GSM: A-GPS. W takiej sytuacji, zapisy ust. 1-10 stosuje się odpowiednio.

14. W przypadkach spornych Zamawiający będzie weryfikował możliwość wystąpienia problemów widoczności satelitów przy użyciu powszechnie dostępnego urządzenia lokalizującego - np. telefonu typu smartfon.

W toku rozprawy przedłożono następujące dowody:

1. korespondencja e-mail z dnia 24 września 2018 r. przesyłana pomiędzy firmą Ituran Europe Sp. z o.o. a wykonawcą BYŚ;
2. korespondencja e-mail z dnia 24-25 września 2018 r. przesyłana pomiędzy firmą SIGEN a wykonawcą BYŚ;
3. korespondencja e-mail z dnia 24 września 2018 r. przesyłana pomiędzy firmą SATIS GPS Sp. z o.o. a wykonawcą BYŚ;
4. korespondencja e-mail z dnia 24 i 28 września 2018 r. przesyłana pomiędzy firmą ELTE GPS GROUP a wykonawcą BYŚ.

Analiza materiały dowodowego zgromadzonego w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że opisywane wymagania Zamawiającego w zakresie systemu monitorowania położenia pojazdu są uzasadnione jego potrzebami, związanymi z koniecznością uszczelnienia systemu związanego z odbiorem odpadów. Dane zebrane za pomocą systemów pokładowych pojazdów przyczyniają się niewątpliwie do zwiększenia efektywności kontroli świadczonej usługi, np. ustaleniu, czy odpady są odbierane z terenu Warszawy i czy pojazd nie wyjeżdża do realizacji innych zadań, a także, czy usługa jest realizowana pojazdami zadeklarowanymi do jej realizacji. Izba uznała również za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Zamawiającego, który twierdził, że dane te posłużą również do sporządzania analiz systemowych oraz oceny kierunków rozwoju systemu gospodarowania odpadami. Istotnym jest także, że dane są również podstawą rozliczeń, które Zamawiający uznał za najdokładniejsze. Zamawiający będzie czerpał wiedzę o tym, jaka frakcja jest odbierana i o jakiej wadze. W ocenie Izby zaprezentowana argumentacja pozwala na stwierdzenie, że wymagania Zamawiającego względem systemu monitorowania położenia pojazdu nie są nadmiarowe, bowiem są w pełni uzasadnione jego potrzebami.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy niezwykle istotnym jest, że rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego jest rozwiązaniem, które do tej pory w kraju nie było stosowane przy odbiorze odpadów. Jednak z dowodów przedłożonych przez Odwołującego wynika, że nie jest to rozwiązanie niemożliwe do zastosowania. W treści korespondencji e-mail, odnoszącej się zapytań ofertowych od potencjalnych dostawców ww. rozwiązania jednoznacznie wskazano, m. in., że:

„na dzień dzisiejszy nie posiadamy w ofercie naszego systemu monitorowania pojazdów lokalizatorów z odbiornikami DGPS. Funkcjonalność taka może zostać zaimplementowana (...),”

czy też:

„W odpowiedzi na Państwa zapytanie, informujemy, że urządzenia GPS z odbiornikami DGPS nie są standardowo wykorzystywane do monitorowania pojazdów w związku z czym tego typu urządzenia

produkowane są na indywidualne zamówienie. (...) Termin realizacji zamówienia jest zależny od ilości zamawianych urządzeń oraz od terminu w jakim zamówienie do nas wpłynie. (...)

Izba stanęła na stanowisku, że z przedstawionych dowodów wynika, że co prawda wskazane przez Zamawiającego rozwiązanie nie jest rozwiązaniem standardowym w zakresie zamawianej usługi to jednak jak najbardziej możliwym do zrealizowania. Brak jest też informacji o jakichś szczególnych utrudnieniach związanych z procesem implementacji, czy też konieczności wykonywania dodatkowych testów. Wobec tego Izba we wskazywanym zakresie uznała za niepotwierdzoną argumentację prezentowaną przez Odwołującego oraz Przystępujących.

Odnosząc się zaś do kwestii kosztów, związanych z koniecznością wdrożenia opisanego powyżej rozwiązania to wydaje się oczywistym, że koszt rozwiązania, które ma być dopiero implementowane będzie kosztem większym niż koszt wskazywany dla rozwiązań standardowych. Jednak w toku rozprawy Odwołujący nie wykazał, aby owe koszty były kosztami mającymi istotny wpływ na kształt ceny oferty Odwołującego. Wręcz przeciwnie. Strony zgodnie twierdziły, że nie posiadają wiedzy, aby w kraju jakkolwiek wykonawca posiadał wdrożone tego typu rozwiązania w obszarze odbioru odpadów. Tym samym nie można mówić o przywilejowaniu w tym zakresie jakiegokolwiek grupy wykonawców.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut stawiany przez Odwołującego, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dokonania opisu wymogów dotyczących systemu monitoringu położenia pojazdów w sposób, który wskazuje na konkretne rozwiązania techniczne, w tym konkretny system monitoringu i dostawców systemów niezbędnych do jego prawidłowego funkcjonowania.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że opisane powyżej naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wyniki postępowania dlatego na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji wskazaną treścią sentencji wyroku.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

#### **KIO 1879/18**

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 14 Pzp przez brak jednoznacznego wskazania, czy w stosunku do nieruchomości zabudowanych

budynkiem jednorodzinny wykonawca ma obowiązek zapewnić pojemniki czy worki do gromadzenia odpadów selektywnie zbieranych.

Izba uznała, że zgłoszony zarzut należy uznać za zasadny.

Nie było sporne między stronami, że Regulamin dopuszcza dwa sposoby gromadzenia odpadów selektywnie zebranych na terenie nieruchomości zabudowanych budynkiem jednorodzinny tj. odpady te mogą być zbierane zarówno w workach, jak i pojemnikach. Strony również były zgodne co do tego, że Zamawiający zdecydował w OPZ, że w odniesieniu do nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzienny sposób zbierania odpadów o frakcjach innych niż zmieszane odpady komunalne i odpady zielone (a więc sposób zbierania wszystkich selektywnie zebranych frakcji odpadów poza frakcją zieloną), zależy od „preferencji właściciela nieruchomości”. Informację o „preferencji” właściciela wykonawca otrzymać ma poprzez „system Warszawa 19115 lub bezpośrednio od tego właściciela”, a więc już po zawarciu umowy o realizację zamówienia.

Przedmiotem zarzutu był kwestia związana z tym, że wykonawca w chwili składania oferty nie wie i nie może wiedzieć, jakie decyzje będą podejmowane przez właścicieli nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzienny co do wyboru sposobu gromadzenia ww. frakcji odpadów.

Izba wskazuje, że wraz z pismem procesowym Odwołujący złożył m. in. opracowania własne w postaci: kalkulację kosztów wyposażenia nieruchomości jednorodzienny w pojemniki i worki do zbiórki selektywnej dla zadania 6, kalkulację ilości pojemników do podstawienia w oparciu o OPZ dla zadania nr 6, kalkulację ilości pojemników do podstawienia w oparciu o OPZ dla zadania nr 8 wraz z materiałem źródłowy.

Po dokonaniu analizy zasadności zgłoszonego zarzutu Izba uznała, że rację ma Odwołujący, który twierdził, że na podstawie tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia wykonawca kalkulując cenę składanej oferty nie posiada wiedzy i nie jest w stanie przewidzieć, jakie decyzje będą podejmowane przez właścicieli nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzienny co do wyboru sposobu gromadzenia określonych frakcji odpadów. Izba stanęła na stanowisku, że w tym zakresie istotne znaczenie należy przypisać ilości pojemników w zabudowie jednorodzinnej może okazać się wielokrotnie większa lub mniejsza niż ta, podawana przez Zamawiającego. W omawianym zakresie Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia Odwołującego, zarówno te zawarte w odwołaniu oraz w piśmie procesowym, jak również te, prezentowane w toku rozprawy, które zostały wsparte opracowaniami własnymi wykonawcy. Odwołujący podnosił, że koszty związane z pojemnikami (koszty podstawienia, umycia każdego pojemnika co najmniej 12 razy w trakcie realizacji zamówienia, oklejenia pojemników naklejkami opisującymi frakcje, wyposażenia pojemników w transpondery RFID, utrzymywania ich w należyty stanie techniczny oraz ewentualnego ich zabrania) stanowią bardzo istotną pozycję kosztową, wpływającą bezpośrednio na finalną wysokość ceny oferty. Tym samym Izba stwierdziła, że treść OPZ w tym zakresie jest niepełna i powoduje, że wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z zapewnieniem pojemników co skutkuje brakiem możliwości przygotowania przez wykonawcę rzetelnej oferty.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Izba dostrzega okoliczność związaną z tym, że powołana treść Regulaminu zezwala właścicielom nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzienny na dokonanie stosownego wyboru pomiędzy workami a pojemnikami w zakresie

zbierania określonej frakcji odpadów nie mniej jednak nie sposób nie zauważyć, że Regulamin został wprowadzony uchwałą nr LXI/1631/2018 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 8 lutego 2018 r. W związku z tym za trafną należy uznać argumentację wykonawcy Remondis, który wskazywał, że Zamawiający znając dużo wcześniej jego treść mógł podjąć odpowiednie kroki celem ustalenia kierunku preferencji właścicieli nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi, które następnie powinny zostać przełożone na właściwy i pełny opis przedmiotu zamówienia. Podkreślenia również wymaga, że w toku rozprawy Zamawiający przedstawiając argumenty na poparcie zasadności prezentowanego stanowiska odwoływał się właśnie do posiadanego doświadczenia na podstawie, którego sporządzał określoną analizę, przyjmując w stosunku do zbieranych odpadów przez właścicieli nieruchomości jednorodzinnych określone proporcje pojemników do worków. W aspekcie powyższego Izba stwierdziła, że to nie na kim innym, jak na Zamawiającym, jako gospodarzu postępowania, ciąży obowiązek właściwego, tzn. pełnego opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby sporządzony przez Zamawiającego opis przez brak jednoznacznego wskazania, czy w stosunku do nieruchomości zabudowanych budynkiem jednorodzinym wykonawca ma obowiązek zapewnić pojemniki czy worki do gromadzenia odpadów selektywnie zbieranych narusza przepis art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ uniemożliwia wykonawcy dokonanie rzetelnej wyceny oferty. Naturalną konsekwencją powyższego będzie również brak porównywalności składanych ofert, kolejno skutkującą naruszeniem przez Zamawiającego obowiązku zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany specyfikacji przez doprecyzowanie informacji w § 19 ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym zbierania pozostałych frakcji odpadów, tj. w workach czy w pojemnikach, z wyłączeniem odpadów zielonych, które zawsze są zbierane w workach.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 14 Pzp przez brak wskazania maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów oraz maksymalnej ilości MGO.

Izba uznała zgłoszone zarzuty za uzasadnione.

W zakresie zarzutu dotyczącego brak wskazania maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów argumentacja Izby, która legła u podstaw uwzględnienia omawianego zarzutu jest tożsama z tą, przedstawioną przez Izbę w zakresie analogicznego zarzutu zgłoszonego przez wykonawcę BYŚ w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt KIO 1878/18 (uzasadnienia wyroku pkt 3 lit. b) Pojemniki).

Jeśli chodzi o zarzut odnoszący się do brak wskazania maksymalnej ilości MGO, które mają być obsługiwane przez wykonawcę to Izba zwraca uwagę, na podobieństwo sytuacji z zarzutem braku wskazania maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów, który został opisany powyżej. Wobec tego Izba na jej podstawie doszła do przekonania, że zarzut dotyczący braku wskazania maksymalnej ilości MGO, które mają być obsługiwane przez wykonawcę podlega uwzględnieniu, skutkiem czego było nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ przez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia maksymalnej ilości nowych miejsc MGO, z których w ramach wynagrodzenia



umownego wykonawca zobowiązany jest odbierać odpady wraz z wprowadzeniem w § 11 ust. 2 wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości MGO ponad maksymalne ilości.

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1 Pzp przez opis przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnił niezbędnych częstotliwości odbioru odpadów papieru oraz metali i tworzyw sztucznych z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi wielolokalowymi.

W § 28 ust. 4 pkt. 2 lit. a) i b) OPZ Zamawiający podał, że wykonawca zobowiązany jest odbierać odpady komunalne frakcji papieru oraz metali i tworzyw sztucznych ze wszystkich MGO położonych na terenie nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi nie rzadziej niż co dwa tygodnie.

Odwolujący twierdził, że powyższa częstotliwość bez wątpienia będzie niewystarczająca dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu odbioru odpadów. Natomiast Zamawiający wyjaśniał, że wskazana przez niego częstotliwość odbioru odpadów wynika wprost z uchwały nr XIV/293/2015 Rady Miast Stołecznego Warszawy z dnia 9 lipca 2015 r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w m. st. Warszawie i zagospodarowania tych odpadów (Dziennik Urzędowy Województwa Mazowieckiego z 30.07.2015 r. poz. 6698).

W zakresie rozpoznawanego zarzutu za istotne należy uznać wyjaśnienia Odwołującego składane w toku rozprawy, w których podnosił, że: „obecnie świadczy usługi na wybranych zadaniach i niektórych miejscach tego rodzaju odpady są odbierane cztery razy w tygodniu, a w niektórych dwa lub trzy razy. Wynika to z doświadczeń nie tylko Odwołującego, ale MPO – wykonawcy w innych zadaniach. Ponadto z jego doświadczeń wynika, że ilość odpadów niektórych nieruchomości jest o 1/3 wyższa niż przewidywana. Dlatego też uznaje za błędne wprowadzenie minimalnego wymogu odbierania odpadów raz w tygodniu”. Zamawiający, odnosząc się do tych twierdzeń, wskazywał, że liczy się z tym, że nie we wszystkich miejscach ilość ta będzie wystarczająca, ale wówczas wykonawca może postawić dodatkowe pojemniki, natomiast, gdy nie będzie możliwości podstawienia dodatkowych pojemników, to wówczas ostatecznie wykonawca może zwiększyć częstotliwość odbioru, co jest jednocześnie skorelowane w zapłatą wynagrodzenia, gdyż Zamawiający płaci za odbiór tony odpadów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że takie ukształtowanie postanowień OPZ w zderzeniu z dużym prawdopodobieństwem wystąpieniem konieczności częstszego, niż raz na dwa tygodnie, dobierania odpadów komunalnych we frakcji papieru oraz metali i tworzyw sztucznych ze wszystkich MGO, położonych na terenie nieruchomości, zabudowanych budynkami wielolokalowymi (czemu Zamawiający nie zaprzeczył, a wręcz wskazał, że taka możliwość może wystąpić) może wprowadzać w błąd innych wykonawców. Skutkiem czego będzie przyjęcia przez poszczególnych wykonawców odmiennych założeń do kalkulacji oferty, co w konsekwencji będzie miało przełożenie na porównywalność ofert złożonych w ramach prowadzonego postępowania.

Wobec tego Izba stwierdziła, że zarzut należy uznać za uzasadniony, a następstwem tego było nakazanie przez Izbę Zamawiającemu urealnienia podanych danych przez modyfikację specyfikacji zmianę § 28 ust. 4 pkt 2 lit. a) i b) opisu przedmiotu zamówienia

przez wprowadzenie minimalnej częstotliwości odbioru odpadów: „nie rzadziej niż co tydzień” - w odniesieniu do frakcji „papier” oraz odpowiednio frakcji „metale i tworzywa sztuczne” z nieruchomości zabudowanych budynkami mieszkalnymi wielolokalowymi.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że opisane powyżej naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wyniki postępowania dlatego na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji wskazaną treścią sentencji wyroku.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

## **KIO 1880/18**

### **1. Zarzuty dotyczące kryteriów oceny ofert**

- a) Błędny opis kryterium środowiskowego w aspekcie przepisu art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp jako warunku udziału w postępowaniu

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3 Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

W powołanym przepisie ustawodawca zawarł jednoznaczny zakaz ustalania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, w tym jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej, finansowej. Jednak dostrzec należy, że w art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, jako przykład kryterium wymieniono organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Jednak podkreślić należy, że kwestie te mogą stanowić kryteria, o ile mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Doktryna i orzecznictwo wskazuje na pewną problematyczność związaną z jednoznacznym formułowaniem tego typu kryteriów, która wymaga rozgraniczeniu sytuacji, gdy kryteria dotyczące organizacji, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia będą uznane za dotyczące właściwości wykonawcy, a zatem niezgodne z przepisami Pzp, a kiedy

dopuszczalne – jako mające znaczenie z punktu widzenia jakości wykonania. Zatem istotą omawianego kryterium oceny ofert, w odróżnieniu od warunku udziału w postępowaniu, powinna być ocena zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia, w kontekście w jakim przekłada się to na jakość realizowanych prac.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba uznała zgłoszony zarzut naruszenia art. 91 ust. 3 Pzp Izba uznała za chybiony. W ocenie Izby wskazane przez Zamawiającego kryterium odnosi się nie do właściwości podmiotowych wykonawcy a jedynie do przedmiotu zamówienia.

b) Opis kryterium środowiskowego (pkt 27.3 SIWZ)

W zakresie zarzutu dotyczącego opisu kryterium środowiskowego argumentacja Izby, która legła u podstaw uwzględnienia omawianego zarzutu jest tożsama z tą, przedstawioną przez Izbę w zakresie analogicznego zarzutu zgłoszonego przez wykonawcę BYŚ w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt KIO 1878/18 (uzasadnienia wyroku pkt 2 Kryteria oceny ofert lit. a) Kryterium środowiskowe).

## **2. Zarzuty dotyczące SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia**

a) Krótki okres na przygotowanie do realizacji zamówienia

W zakresie zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego okresu na przygotowanie do realizacji zamówienia argumentacja Izby, która legła u podstaw uwzględnienia omawianego zarzutu jest tożsama z tą, przedstawioną przez Izbę w zakresie zarzutu zgłoszonego przez wykonawcę BYŚ w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt KIO 1878/18 (uzasadnienia wyroku pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia lit. a) Termin realizacji zamówienia).

b) Brak określenia liczby pojemników i worków z podziałem na frakcje

W toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dowody:

1. Oświadczenie firmy ESE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 28 września 2018 r., w którego treści podano m. in., że: „aktualny czas oczekiwania na realizację zamówienia dla ok. 20 tysięcy sztuk pojemników dwukołowych oraz 10 tysięcy pojemników czterołowych wynosi 14 tygodni dla pojemników dwukołowych i 16 tygodni dla pojemników czterołowych od dnia złożenia zamówienia potwierdzenia jego przyjęcia”.
2. Oświadczenie firmy CONTEUR POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu z dnia 28 września 2018 r., w którego treści podano m. in., że: „Średni czas oczekiwania na realizację zamówienia dla 35 tysięcy sztuk pojemników wynosi 24 tygodnie dla pojemników dwukołowych i 27 tygodni dla pojemników czterołowych od dnia złożenia zamówienia i potwierdzenia jego przyjęcia”.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku określenia liczby pojemników i worków z podziałem na frakcje oraz oceny materiału dowodowego przedłożonego w sprawie dla oceny zasadności zgłoszonego zarzutu argumentacja Izby, która legła u podstaw uwzględnienia omawianego zarzutu jest tożsama z tą, przedstawioną przez Izbę w zakresie zarzutu zgłoszonego przez wykonawcę BYŚ w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt KIO 1878/18 (uzasadnienia wyroku pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia lit. b) Pojemniki).

c) Zadaszone i niezadaszone MGO

W zakresie zarzutu odwołania, polegającego na naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim Zamawiający nie określił liczby zadaszonych i niezadaszonych MGO, Izba potwierdziła jego niezasadność.

W omawianym zakresie Izba w pełni przyznała rację Zamawiającemu, który w piśmie procesowym wskazywał, że: „Uchwała Nr 1/1631/2018 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy w § 16 określa warunki utrzymania pojemników i worków w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym. Warunki te obejmują także wyposażenie pojemników w klapy. Natomiast z ust. 4 przywołanego przepisy wynika, że pojemniki powinny być zabezpieczone przed wiatrem i deszczem. Kolejno - ust. 5 i 6 - regulują kwestie związane z wyposażeniem pojemników w pokrywy oraz obowiązkiem zamykania pokryw. Na podstawie powyższego można przyjąć, że przepisy przywołanej uchwały stanowią o obowiązku wyposażenia pojemników w klapy. Zamawiający na podstawie analizy rynku pojemników na odpady komunalne oraz po analizie norm (por. np. PN-EN 840-1:2005 lub PN-EN 840-2:2013-05) uznaje, że należy przyjąć, że na rynku dostępne są pojemniki spełniające wymogi tych norm co do pojemności, konstrukcji i wytrzymałości oraz że są one wyposażone standardowo w klapy. Niezależnie od powyższego, różnica w koszcie pomiędzy pojemnikami z klapą i bez klapy, uwzględniając daleko ograniczone możliwości zastosowania pojemników bez klapy, jest marginalna. Brak wskazania liczby MGO zadaszonych i niezadaszonych nie uniemożliwia ani nawet nie utrudnia przygotowania wykonawcy oferty”.

Jedynie dodatkowo Izba dodaje, że uznaje za przekonywujące stanowisko prezentowane w toku rozprawy, w którym wskazywano, że kwestia niezadaszonych pojemników dotyczy w zasadzie jedynie odpadów wielkogabarytowych, a te wykonawca jest w stanie bez problemu określić. W związku z tym Izba uznała Izba uznała zgłoszony zarzut za nieuzasadniony.

d) Wyposażenie pojazdów w system GNSS

W zakresie zarzutu dotyczącego braku określenia liczby pojemników i worków z podziałem na frakcje argumentacja Izby, która legła u podstaw uwzględnienia omawianego zarzutu jest tożsama z tą, przedstawioną przez Izbę w zakresie zarzutu zgłoszonego przez wykonawcę BYŚ w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o Sygn. akt KIO 1878/18 (uzasadnienia wyroku pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia lit. d) System monitorowania położenia pojazdu)

### **3. Zarzuty dotyczące wzoru umowy**

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 3531 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji Izba doszła do wniosku, że zarzuty w części potwierdziły się.

#### a) Obowiązek informowania wykonawcy przed podjęciem kontroli

Izba ustaliła, że Zamawiający § 5 ust. 4 wzoru umowy przewidział, że w przypadku kontroli sposobu realizacji przedmiotu Umowy wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej Wykonawcy lub uzyskania dostępu do pojazdów Wykonawcy wykorzystywanych do realizacji przedmiotu Umowy, najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli, poinformuje Wykonawcę lub również podwykonawców, pisemnie lub za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, o zamiarze przeprowadzenia kontroli, przekazując jednocześnie listę osób upoważnionych przez Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli.

W omawianym zakresie Izba uznała, że Zamawiający był uprawniony do takiego ukształtowania treści umowy, jaka w jego ocenie najlepiej będzie odpowiadać świadczonej usłudze, także w kontekście jej należytej realizacji, gdyż właśnie temu służy możliwość weryfikacji jakości jej świadczenia. Rację ma Zamawiający, który słusznie twierdził, że „całkowicie bezzasadne byłoby, w tym przypadku, określenie trybu notyfikacji każdej kontroli prowadzonej u wykonawcy z kilku dniowym wyprzedzeniem. Taka kontrola była by w istocie pozbawiona sensu i byłaby kontrolą pozorną, albowiem Wykonawca chcąc uniknąć odpowiedzialności zawczasu usunąłby wszystkie nieprawidłowości”. Wobec tego Izba zgłoszony zarzut uznała za nieuzasadniony.

#### b) Podwójny system karania wykonawcy za te same zdarzenia w postaci braku zapłaty wynagrodzenia (§ 6 ust. 6 wzoru umowy) i jednoczesnego nałożenia na wykonawcę kary umownej (§ 8 ust. 3 pkt 21, 22, 24, 26, 28 i 32 wzoru umowy)

Nie było sporu między stronami, że Zamawiający przewidział we wzorze umowy za te same zdarzenia jednocześnie braku zapłaty wynagrodzenia (§ 6 ust. 6 wzoru umowy) i oraz nałożenie na wykonawcę kary umownej (§ 8 ust. 3 pkt 21, 22, 24, 26, 28 i 32 wzoru umowy).

W toku rozprawy Odwołujący przedłożył następujące dowody:

1. Oświadczenie firmy ELTE GPS z dnia 28 września 2018 r., w którym podano m. in.: „oświadczam, że w celu dokonania pomiarów masy odpadów zgromadzonych w pojemniku konieczne jest podniesienie pojemnika, jego opróżnienie i następnie ponowne opuszczenie pojemnika. Wynik pomiaru jest dostępny dopiero po ponownym opuszczeniu opróżnionego pojemnika. Nie ma możliwości zweryfikowania masy pojemnika i zgromadzonych w nim odpadów przed podniesieniem pojemnika przez system wagowy”.
2. Procedury ważenia dla dwóch typów urządzeń oraz wydruk ze strony internetowej [www.eltegps.pl](http://www.eltegps.pl), w którym wskazano informacje nt. procesu ważenia.

Izba co do zasady nie sprzeciwia się stanowisku Zamawiającego, wspartemu orzecznictwem Izby, który przewidział za te same zdarzenia jednocześnie brak zapłaty wynagrodzenia oraz nałożenie na wykonawcę kary umownej. Jednak nie można stracić z oczu okoliczności, związanych z ustaleniem, czy wykonawca ma wpływ na wystąpienie danego zdarzenia. Istotnym jest, aby w przypadku braku takiego wpływu wykonawca nie ponosił negatywnych konsekwencji z tym związanych. Wobec tego Izba uznała, że do takiego katalogu zdarzeń należą te, opisane przez Zamawiającego w § 8 ust. 3 pkt 21 i 32 wzoru umowy.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujący dowiódł, że nie może w żadnym wypadku uprzednio ustalić wagi odpadów przekazywanych przez każdego z odbiorców, gdyż w celu dokonania pomiarów masy odpadów zgromadzonych w pojemniku konieczne jest podniesienie pojemnika, jego opróżnienie i następnie ponowne opuszczenie pojemnika. Wynik pomiaru jest dostępny dopiero po ponownym opuszczeniu opróżnionego pojemnika. Wobec tego Izba potwierdziła, że wykonawca nie ma możliwości zweryfikowania masy pojemnika i zgromadzonych w nim odpadów przed podniesieniem pojemnika przez system wagowy. Podobną argumentacją Izba prezentuje w zakresie § 8 ust. 3 pkt 21 wzoru umowy.

W związku z tym Izba uwzględniła zgłoszone zarzuty w części nakazała Zamawiającemu modyfikację specyfikacji przez wykreślenie postanowień § 8 ust. 3 pkt 21 i 32 wzoru umowy.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że opisane powyżej naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wyniki postępowania dlatego na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji wskazaną treścią sentencji wyroku.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....  
.....  
.....