

WYROK

z dnia 8 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Kasztanowa 31, 97-300 Piotrków Trybunalski,**

przy udziale wykonawcy **ASA Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przez:

- wykreślenie z ogłoszenia i SIWZ obowiązku posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowalnych lub niesegregowalnych oraz obowiązku przedłożenia wraz z ofertą zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów wydanego w drodze decyzji administracyjnej przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania bądź przetwarzania odpadów, a w przypadku braku decyzji na przetwarzanie odpadów, umowę z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowalnych lub niesegregowalnych,
- wykreślenie z ogłoszenia i SIWZ wymogu dysponowania i przedłożenia wraz z ofertą zezwolenia na zbieranie odpadów,
- wykreślenie z ogłoszenia i SIWZ postanowienia: „w takim przypadku w pisemnym zobowiązaniu podmiot oddający do dyspozycji wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie

zamówienia, swoją wiedzę i doświadczenie musi zadeklarować swój udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca przez zawarcie tego faktu w pisemnym zobowiązaniu (zgodnie z wzorem zobowiązania do udostępnienia zasobów przygotowanym przez Zamawiającego) oraz wypełnieniu pkt 13 Formularza Oferty”;

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Kasztanowa 31, 97-300 Piotrków Trybunalski** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Kasztanowa 31, 97-300 Piotrków Trybunalski** na rzecz **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu miasta Piotrkowa Trybunalskiego z nieruchomości, na których zamieszkują w całości i częściowo mieszkańcy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 kwietnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 073-122116.

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

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 w zw. art. 7 Pzp 1 art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez wprowadzenie obowiązku, iż podmiot oddający do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, swoją wiedzę i doświadczenie musi zadeklarować swój udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca;
- 3) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 4) art. 353¹ k.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji

treści ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

1. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu - posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności.

Odwołujący podniósł, że formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający winien kierować się celem, jakimże zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być również precyzyjny i jednoznaczny, tak, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli jasność, co do tego, czy spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Sporządzenie opisu spełniania warunków w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, prowadzi, bowiem w efekcie do dowolności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uniemożliwia wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty.

Zdaniem Odwołującego, warunek, aby wykonawca na dzień składania ofert posiadał zezwolenie na przetwarzanie odpadów, a w przypadku braku decyzji na przetwarzanie odpadów, posiadał umowę z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych już na etapie składania ofert, jest warunkiem nadmiernie rygorystycznym i w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję. Zgodnie bowiem z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 91), dalej „ucpg”, prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę m.in. na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych. Skoro istnieje ustawowy obowiązek, to wymaganie, aby już na etapie składania ofert wykonawca posiadał umowy z takim podmiotami jest niczym nieuzasadniony.

Ponadto żądanie od wykonawców zezwolenia na zbieranie odpadów nie znajduje uzasadnienia w kontekście wymagań określonych w SIWZ. Biorąc bowiem pod uwagę zakres obowiązków określony w SIWZ, wykonawca nie jest zobowiązany do prowadzenia czynności, które należy zakwalifikować jako „zbieranie” odpadów. Wykonawca bowiem po odebraniu odpadów komunalnych od mieszkańców ma obowiązek przetransportować je do określonych instalacji przetwarzania odpadów. Jednakże czynność odbierania zmieszanych odpadów komunalnych wykonawca może realizować na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej i taki wpis jest jednym wymogiem określonym przez przepisy warunkującym czynności odbierania. Postawienie przez Zamawiającego wymogu posiadania przez wykonawców zezwolenia na zbieranie nie wynika z przepisów a ma na

celu wyłącznie ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom, którzy są w stanie zrealizować zamówienie.

Wobec tego, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez wykreślenie obowiązku posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych oraz obowiązku przedłożenia wraz z ofertą zezwolenia na zbieranie, transport i przetwarzanie odpadów wydanego w drodze decyzji administracyjnej przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania bądź przetwarzania odpadów, a w przypadku braku decyzji na przetwarzanie odpadów umowy z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych.
- b) wykreślenia pkt 7 Formularza ofertowego;
- c) wykreślenia z ogłoszenia i SIWZ wymogu dysponowania i przedłożenia wraz z ofertą zezwolenia na zbieranie odpadów.

II. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu – dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym.

Odwołujący wyjaśnił, iż w przypadku składania przez wykonawcę oferty na więcej niż jedną część, wykonawca musi potwierdzić posiadanie odpowiedniej ilości sprzętu dla każdego z sektorów osobno. Zdaniem Odwołującego, sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym jest nadmierny i nieuzasadniony. Brak jest bowiem uzasadnienia merytorycznego dla wymogu posiadania przez wykonawcę, który składa ofertę na więcej niż jeden sektor, więcej niż jednej legalizowanej najazdowej wagi samochodowej na terenie magazynowania odpadów. Nawet w przypadku świadczenia usług w ramach trzech sektorów dla należytego wykonania zamówienia wystarczającym jest dysponowanie przez wykonawcę tylko jedną tego typu wagą.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przez wykreślenie obowiązku posiadania przez wykonawcę odpowiedniej ilości legalizowanych najazdowych wag samochodowych na terenie magazynowania odpadów, dla każdego z sektorów osobno w przypadku składania oferty na więcej niż jeden sektor.

III. Zarzuty dotyczące udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie.

Odwołujący zakwestionował wymóg, aby w pisemnym zobowiązaniu podmiot oddający do dyspozycji wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia swoją

wiedzę i doświadczenie, musiał zadeklarować swój udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Zdaniem Odwołującego, przedmiotowy wymóg pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Po pierwsze, zgodnie z powołanym przepisem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Po drugie, podmiot trzeci udostępniający wykonawcy zasoby nie musi brać udziału w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, bowiem powołanie się na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia nie zawsze wiąże się z koniecznością powierzenia temu podmiotowi wykonania części zamówienia. Udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia może bowiem następować przez przekazanie know-how, konsultacje lub doradztwo, co może z kolei wiązać się z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, jednak nie koniecznie w charakterze podwykonawcy. Podmiot ten może bowiem występować jako doradca lub konsultant.

Wobec tego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ następującego postanowienia: *„W takim przypadku w pisemnym zobowiązaniu podmiot oddający do dyspozycji Wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, swoją wiedzę i doświadczenie musi zadeklarować swój udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca poprzez zawarcie tego faktu w pisemnym zobowiązaniu (zgodnie z wzorem zobowiązania do udostępnienia zasobów przygotowanym przez Zamawiającego) oraz wypełnieniu pkt. 13 Formularza oferty”*.

IV. Zarzuty dotyczące projektu umowy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze umowy (tom II SIWZ projekt umowy wraz z załącznikami) zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ k.c. w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp:

a) wynagrodzenie:

W opinii Odwołującego, postanowienia § 3 ust. 11 wzoru umowy oraz pkt 10.8 SIWZ wprowadzają nadmierną nierówność stron, gdyż w przypadku zwiększenia ilości odpadów o

więcej niż 40% w stosunku do prognozowanych ilości odpadów, a zatem nawet w przypadku zwiększenia tej ilości o 80% (czego nie można wykluczyć, biorąc pod uwagę, że podane przez Zamawiającego ilości są jedynie ilościami szacunkowymi) wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie jedynie w wysokości 5% łącznej wartości zamówienia brutto. Biorąc pod uwagę, że wynagrodzenie należne wykonawcy ma charakter ryczałtowy nie jest możliwym uwzględnienie w nim ryzyka związanego z tak znacznym zwiększeniem ilości odpadów.

b) *utworzenie PSZOK:*

Zdaniem Odwołującego, określenie w sposób sztywny daty utworzenia przez wykonawcę PSZOK jest nieuzasadnione, gdyż nie sposób przewidzieć, kiedy zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, a zatem, od kiedy będzie możliwe podjęcie przez wykonawcę działań zmierzających do utworzenia PSZOK. Czas pozostały pomiędzy datą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego a datą rozpoczęcia funkcjonowania punktu selektywnej zbiórki odpadów może się okazać okresem obiektywnie zbyt krótkim na uruchomienie punktu spełniającego wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ, a tym samym zobowiązaniem niemożliwym. Zaś utworzenie i uruchomienie punktu selektywnej zbiórki odpadów przed uzyskaniem zamówienia jest nieuzasadnione i niesie za sobą znaczne ryzyko ekonomiczne. Zamawiający bowiem nie może już na etapie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagać od wykonawców zrealizowania jej części.

Odwołujący zwrócił uwagę, że utworzenie i uruchomienie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów (PSZOK) wymaga podjęcia szeregu czasochłonnych czynności, oraz uwzględnienia następujących czynników:

- uzyskanie tytułu prawnego do nieruchomości:

Podmiot, który zamierza prowadzić PSZOK musi znaleźć nieruchomość odpowiednią do prowadzenia tego typu działalności. Nieruchomość ta musi być zlokalizowana w obrębie wskazanego przez Zamawiającego obszaru. Stosownie do przepisu art. 3 ust. 2 pkt 6 ucpg PSZOK muszą być tworzone w taki sposób by zapewnić łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy. Jednocześnie, lokalizacja PSZOK powinna być dobrana w taki sposób by maksymalnie zminimalizować oddziaływanie punktu na otoczenie. Po znalezieniu odpowiedniej nieruchomości, wykonawca musi uzyskać do niej tytuł prawny, co jest z kolei warunkiem niezbędnym do uzyskania stosownych zgód, pozwoleń czy decyzji oraz do prowadzenia działalności.

- decyzja środowiskowa:

W przypadku tworzenia PSZOK koniecznym może okazać się uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

- przygotowanie nieruchomości do utworzenia na niej punktu selektywnej zbiórki odpadów:

Teren nieruchomości, na której będzie zlokalizowany PSZOK musi być odpowiednio zabezpieczony (zarówno przed dostępem osób trzecich, jak i przed ewentualnym oddziaływaniem składowanych odpadów na środowisko), co może wiązać się z koniecznością instalacji określonych urządzeń (np. separatorów – urządzeń zabezpieczających wody gruntowe), czy wykonania prac takich jak budowa ogrodzenia, oświetlenia utwardzenie terenu.

Co więcej, PSZOK musi być wyposażony w kontenery lub pojemniki oraz odpowiednio wydzielone miejsca służące do czasowego gromadzenia odpadów.

- zezwolenie na zbieranie odpadów:

Prowadzona przez PSZOK działalność, w zakresie gromadzenia odpadów, musi być uznana za zbieranie odpadów (zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach). Zgodnie zaś z art. 41 ustawy o odpadach, prowadzenie zbierania wymaga uzyskania zezwolenia. Zezwolenie to wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów. Z reguły (poza sytuacjami szczególnymi) organem tym jest właściwy starosta. Zezwolenie na zbieranie odpadów wydaje się na wniosek posiadacza odpadów (czyli w przedmiotowym przypadku, podmiotu, który będzie zarządzał PSZOK). W toku postępowania organ administracji zobowiązany jest dokonać weryfikacji wniosku, w szczególności pod kątem zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzi lub dla środowiska, zgodności z planami gospodarki odpadami i zgodności z przepisami prawa miejscowego.

Odwołujący wskazuje, iż rozpoczęcie działalności w zakresie zbierania odpadów może się rozpocząć dopiero po uzyskaniu zezwolenia na zbieranie, co biorąc pod uwagę, iż wyżej opisane działania (z zakresu uwarunkowań środowiskowych, prawa budowlanego, wodnego etc.) muszą poprzedzać złożenie wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów, powoduje konieczność poświęcenia znacznego nakładu czasu na zorganizowanie PSZOK.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z projektu umowy postanowień obligujących wykonawcę do utworzenia i prowadzenia stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych lub modyfikację wzoru umowy poprzez wskazanie, iż utworzenie PSZOK nastąpi w ciągu 3 miesięcy do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

c) *poziomy recyklingu.*

W § 6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający określił, iż wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło wyliczanych zgodnie z

rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. 2012, poz. 645). Osiągnięcie określonych poziomów jest wymagane w każdym kwartale danego roku.

Co więcej, stosownie do pkt 10 formularza ofertowego wykonawca zobowiązuje się w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zapłacić Zamawiającemu kary umowne zgodnie z postanowieniami umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w przywołanym przez Zamawiającego rozporządzeniu poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia określonych frakcji odpadów zostały określone w poszczególnych latach do dnia 31 grudnia 2020 r., nie zaś w odniesieniu do każdego kwartału danego roku. Wymóg zobowiązania się przez wykonawcę do osiągania wymaganych przez Zamawiającego poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło w okresie kwartalnym należy zatem uznać za nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 3b ust. 1 ucpq, gminy są obowiązane osiągnąć do dnia 31 grudnia 2020 r.:

- 1) poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50% wagowo;
- 2) poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych w wysokości co najmniej 70% wagowo.

Stosownie z kolei do art. 9z ust. 2 powołanej ustawy gmina, która nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 3b lub art. 3c, podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami lub ograniczenia odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Wobec tego, za nieuzasadnione należy również uznać przerzucenie na wykonawcę ryzyka osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu. Jest to działanie nieuzasadnione, gdyż jak wynika z przepisu art. 3b ust. 1 ucpq obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu obciąża gminę (Zamawiającego) a nie wykonawcę. W kontekście powyższego za nieuprawnione należy uznać także przerzucenie na wykonawcę kar, do których zapłaty jest zobowiązana gmina w związku z niewywiązaniem się z obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

modyfikacji wzoru umowy poprzez wskazanie, że osiągnięcie poziomów recyklingu określonych w § 6 ust. 1 wzoru umowy, jest wymagane w każdym roku.

- d) *Kary umowne.*
- e) *Zarzut braku procedury reklamacyjnej.*
- f) *Odstąpienie od umowy.*

V. *Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.*

Odwołujący wskazuje, że z treści przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Opis zakresu zamówienia zawarty w tomie III Opis przedmiotu zamówienia jest bowiem niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z pkt. 3.4.12 tom III OPZ, Zamawiający nie dopuszcza, aby odbieranie odpadów zbieranych w sposób selektywny następowało przy użyciu tych samych pojazdów, którymi w okresie trwania umowy odbierane są odpady komunalne zmieszane. Wymóg ten nie znajduje uzasadnienia merytorycznego. Wobec tego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia przedmiotowego postanowienia.

Stosownie z kolei do pkt 3.4.17 tom III OPZ, Wykonawca nie może mieszać odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkałych z odpadami odebranymi z nieruchomości niezamieszkałych. Zdaniem Odwołującego, również przedmiotowy wymóg nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a co więcej brak jest przeciwwskazań do mieszania określonych typów odpadów z różnych rodzajów nieruchomości. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia przedmiotowego postanowienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności.

Zgodnie z pkt 7.2.1 SIWZ „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej

działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w celu potwierdzenia spełniania tego warunku Wykonawca musi przedstawić dokumenty potwierdzające, że:

- jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;*
- jest wpisany do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska (wymagany zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużyтым sprzęcie elektrycznym i elektronicznym);*
- posiada zezwolenie na zbieranie odpadów;*
- posiada zezwolenie na transport odpadów;*
- posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub umowę z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych.*

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku Wykonawca do oferty musi załączyć:

- Aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Wójta, Burmistrza lub Prezydenta Miasta właściwego ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;*
- Aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny;*
- Zezwolenie na: zbieranie, transport i przetwarzanie odpadów wydane w drodze decyzji administracyjnej przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania bądź przetwarzania odpadów, a w przypadku braku decyzji na przetwarzanie odpadów umowę z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych;”*

Zgodnie z pkt 7 formularza ofertowego, wykonawca winien złożyć następujące oświadczenie: „Zobowiązujemy się dysponować lub posiadać zawartą umowę z RIPOK/instalacją zastępczą RIPOK do przetwarzania odpadów komunalnych spełniającą wymagania najlepszej dostępnej techniki i technologii, o której mowa w art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska do przetwarzania odpadów komunalnych o mocy przerobowej wystarczającej do przyjęcia i przetworzenia odbieranych odpadów komunalnych oraz dysponować linią sortowniczą na odpady selektywnie zbierane u źródła, kompostownię i kwaterę / kwatery do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych o pojemności pozwalającej na przyjmowanie odpadów

przez okres nie krótszy niż czas trwania zamówienia w ilości nie mniejszej niż powstająca w instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych”.

W ocenie Izby, warunek udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, dotyczący obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów oraz zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych jest nadmierny i ogranicza uczciwą konkurencję.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów (art. 41 ust. 2 ustawy o odpadach). Organem właściwym jest marszałek województwa lub starosta (art. 41 ust. 3 ustawy o odpadach). Z przedmiotowej regulacji wynika dla podmiotu zbierającego lub przetwarzającego odpady na danym terenie obowiązek uzyskania zezwolenia. W sytuacji, w której zezwolenie jest ograniczone do danego terytorium, a wykonawca składający ofertę dopiero ubiega się o uzyskanie zamówienia - świadczenia określonej usługi na danym terenie, w ocenie Izby, żądanie spornych zezwoleń na etapie składania ofert jest nieuzasadnione. Oznaczałoby to konieczność podjęcia działań zmierzających do uzyskania spornych zezwoleń i podjęcia czynności w istocie związanych z podjęciem działalności w tym przedmiocie, przez podmiot, który nie uzyskał jeszcze zamówienia a ma jedynie status podmiotu ubiegającego się o zamówienie. Wymaganie rzeczonych zezwoleń na dzień składania ofert od podmiotu, który nie prowadzi działalności na danym terenie a ma jedynie taki zamiar, w sposób oczywisty stawia w uprzywilejowanej sytuacji podmioty działające już na danym terenie, co stanowi zaprzeczenie zasady proporcjonalności, obowiązującej przy opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności należy zauważyć, iż podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do: 1) przekazywania odbieranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach; 2) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (art. 9e ucp). Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest zobowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub

pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi (art. 91 ustawy o odpadach). Jednocześnie wójt burmistrz lub prezydent miasta zwraca się do przedsiębiorcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, wybranym w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1, umowę na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 6f ucpg).

Powołane przepisy ustanawiają dla podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na terenie danej gminy obowiązek przekazywania odebranych odpadów do określonych instalacji. Jednakże obowiązek przekazania rzeczonych odpadów, a co za tym idzie obowiązek zawarcia umowy przez podmiot prowadzący odpowiednią instalację aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której wykonawca uzyskuje status podmiotu odbierającego odpady komunalne, a więc podmiotu, który uzyskał zamówienie w tym przedmiocie. Żądanie więc na etapie składania ofert spornych zezwoleń również w świetle powołanej regulacji nie znajduje uzasadnienia. Wykonawca, który ubiega się o zamówienie nie jest zobowiązany do posiadania przedmiotowych zezwoleń, również podmiot prowadzący instalację nie ma obowiązku zawrzeć umowy z takim podmiotem na zagospodarowanie odpadów. Brak również jakichkolwiek możliwości, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa i swobodę kontraktowania, zawarcia, jak wskazuje Zamawiający, umowy przedwstępnej czy też pod warunkiem rozwiązującym. Powyższe zaś prowadzi do stworzenia uprzywilejowanej sytuacji dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w tym przedmiocie na danym terenie.

Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego w zakresie zezwolenia na transport odpadów. Zarzut został sformułowany w sposób ogólny i pozbawiony jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, co powoduje, że nie poddaje się ocenie i z tych przyczyn nie zasługiwał na uwzględnienie. Jednocześnie zauważyć należy, że zezwolenia na transport odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych zachowują ważność na czas, na jaki zostały wydane, nie dłużej jednak niż do czasu upływu terminu do złożenia wniosku o wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, lub z dniem uzyskania wpisu do tego rejestru, w przypadku, gdy wpis nastąpił w terminie wcześniejszym (art. 233 ust. 1 ustawy o odpadach). Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że jako podmiot prowadzący działalność w przedmiotowym zakresie nie legitymuje się spornym zezwoleniem, co w świetle powołanego przepisu, nie wydaje się możliwe. Podkreślenia wymaga, że żądanie usunięcia określonego wymogu z SIWZ nie jest wystarczające dla jego uwzględnienia. Zaniechanie jakiegokolwiek inicjatywy ze strony Odwołującego, zmierzającej do uzasadnienia

sformułowanego żądania, obciąża, zgodnie z przepisem art. 6 k.c., podmiot, który z określonych twierdzeń wywodzi skutki prawne.

Izba nie dostrzega również podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego w przedmiocie wykreślenia pkt 7 formularza ofertowego. Obowiązek zawarcia w treści przedmiotowego formularza oświadczenia, mocą którego wykonawca zobowiązuje się do dysponowania lub posiadania umowy, zwartej z RIPOK lub z podmiotem prowadzącym instalację zastępczą znajduje uzasadnienie, w wyżej powołanych przepisach prawa. Jednocześnie z przedmiotowym oświadczeniem nie należy wiązać obowiązku przedstawienia umowy, bo ten, jest nieuzasadniony. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że ciężar tego oświadczenia nie ogranicza się do dysponowania czy posiadania umowy z odpowiednią instalacją, ale dotyczy również szczegółowych wymagań rzeczowej instalacji. Co do obowiązku dysponowania linią sortowniczą, kompostownią i kwaterą do składowania odpadów, to oczywistym jest, że Odwołujący kwestionując obowiązek posiadania określonego rodzaju zezwoleń, a więc warunki udziału w postępowaniu, nie może domagać się uwzględnienia zarzutów niepozostających w związku z warunkami udziału w postępowaniu, a przynajmniej na taką zależność Odwołujący nie wskazał, i pozbawionych jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego. Zarzuty te dotyczą przedmiotu zamówienia a ten w przywołanym zakresie nie został przez Odwołującego zakwestionowany.

Reasumując, stwierdzić należy, że wobec nieuprawnionego wymogu legitymowania się przez wykonawcę zezwoleniem na zbieranie odpadów i przetwarzanie odpadów lub umową z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych, zarzut naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany jest zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przez wykreślenie przedmiotowych wymogów. Jednocześnie zauważyć należy, iż zrozumiałe jest dla Izby, że żądanie przedmiotowych zezwoleń ma na celu zabezpieczenie interesu Zamawiającego, w związku z powyższym przeniesienie wymogu legitymowania się rzeczonymi zezwoleniami na etap zawarcia umowy lub jej realizacji wydaje się być uzasadnione.

II. Dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym.

W pkt 7.2.3 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym. Zamawiający postanowił, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest dysponować w każdym sektorze legalizowaną najazdową wagą samochodową na terenie magazynowania odpadów. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że w przypadku składania przez wykonawcę oferty na

więcej niż jedną część wykonawca musi potwierdzić posiadanie odpowiedniej ilości sprzętu dla każdego z sektorów osobno w przypadku składania oferty na więcej niż jeden sektor.

Odwołujący w przedmiocie powołanego wymogu stoi na stanowisku, iż jest on nadmierny i nieuzasadniony, stwierdzając, że dla wykonania zamówienia w ramach wszystkich sektorów wystarczające jest posiadanie jednej wagi. Jednakże twierdzenia Odwołującego nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy, a przynajmniej Odwołujący na takie nie wskazał. Skoro zaś Odwołujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia faktu, z którego wywodzi skutki prawne, to brak podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż powoływane przez Zamawiającego względy celowościowe należy uznać na uzasadniające sporny wymóg.

III. Udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci.

Zgodnie z pkt 7.2.2 SIWZ w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, „wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu), a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zadań polegających na: Odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z nieruchomości na których zamieszkują lub częściowo zamieszkują mieszkańcy realizowanych na podstawie umów cywilnoprawnych, których łączna wartość nie może być mniejsza niż: sektor I - 1.500.000,00 zł, sektor II – 1.000.000,00 zł, sektor III – 1.000.000,00 zł”.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W takim przypadku w pisemnym zobowiązaniu podmiot oddający do dyspozycji Wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, swoją wiedzę i doświadczenie musi zadeklarować swój udział w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca poprzez zawarcie tego faktu w pisemnym zobowiązaniu (zgodnie z wzorem ZOBOWIĄZANIA DO UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW przygotowanym przez Zamawiającego) oraz wypełnieniu pkt. 13 Formularza oferty”.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania

zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika uprawnienie dla wykonawcy skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, w sytuacji, gdy samodzielnie nie zdołałby spełnić warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego, a jednocześnie obowiązek wspomnianego wykonawcy udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania określonymi zasobami przez czas realizacji zamówienia w celu jego wykonania.

Reasumując stwierdzić należy, iż skoro wykonawca nie dysponuje potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Jednakże przyjęcie takiego rozwiązania nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania (udowodnienia) istnienia zobowiązania, będącego podstawą do żądania określonego świadczenia. Źródłem tego zobowiązania co do zasady jest umowa, kreująca zobowiązanie, którego wykonanie zapewni wykonawcy dysponowanie potrzebnym potencjałem w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby, co do zasady wykonawca i podmiot trzeci określają charakter i rodzaj łączącego ich stosunku prawnego i nie stoi temu na przeszkodzie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przepis art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Przedmiotowa dyrektywa nie formułuje wymagań w zakresie stosunków prawnych, łączących wykonawcę i podmiot trzeci. Istotne jest natomiast to, czy zdarzenie prawne, będące źródłem zobowiązania, kreuje tego rodzaju zobowiązanie, iż obowiązek udostępnienia określonego rodzaju potencjału jest realny. Ocena w tym względzie należy do Zamawiającego, który tym sposobem sprawuje kontrolę i uzyskuje narzędzie, pozwalające przeciwdziałać powoływanym przez Zamawiającego negatywnym zjawiskom, jakim jest „handel referencjami”.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że jedynie udział podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy zapewnia realność wykorzystania wiedzy i doświadczenia udostępniającego przez wykonawcę. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż w okolicznościach niniejszej sprawy potrzeba skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego w tym przedmiocie w istocie wynika z konieczności wylegitymowania się określonym doświadczeniem ze względu na wartość. W tym okolicznościach trudno sobie wyobrazić, aby wykonawca, który dysponuje określonym potencjałem technicznym, osobowym, finansowym i ekonomicznym, jedynie z tej przyczyny, że nie zrealizował zamówień o wartości wymaganej przez

Zamawiającego jest zobowiązany zapewnić udział podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy.

W ocenie Izby, również charakter potencjału, jakim jest wiedza i doświadczenie nie uzasadnia, w okolicznościach niniejszej sprawy, udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. Wiedza i doświadczenie może być przekazana również w innej formie.

Co do argumentu, iż doświadczenie nie może być przedmiotem samodzielnego obrotu ze względu na ograniczenia, wynikające z k.c., zauważyć należy, iż k.c. znajduje zastosowanie, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z powyższych względów powołany przez Zamawiającego argument należy uznać za nietrafny.

Wobec powyższego, uznać należy, że znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający zatem zobowiązany jest do zmiany ogłoszenia i SIWZ i wykreślenia z ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ kwestionowanego postanowienia, ustanawiającego obowiązek udziału podmiotu trzeciego, udostępniającego wykonawcy wiedzę i doświadczenie, w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

IV. Projekt umowy.

- wynagrodzenie:

Zgodnie z pkt 10.1 SIWZ, „Wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, powinien w cenie oferty ująć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia w tym w szczególności: prognozowany strumień odpadów podany przez Zamawiającego, z możliwymi odchyleniami wynikającymi ze wzrostu ilości odbieranych odpadów i wzrostu ilości nieruchomości zabudowanych; wymagania w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu; funkcjonowania PSZOK, wyposażenia Zamawiającego w oprogramowanie niezbędne do monitorowania i zapisywania położenia pojazdów przeznaczonych od odbioru odpadów; rodzajów odbieranych frakcji; wymagane zaplecze techniczne, jak również koszty towarzyszące, takie jak: koszty ubezpieczenia, koszty zatrudnienia personelu, itp., niezbędne dla kompletnego i prawidłowego wykonania zamówienia”.

„Wynagrodzenie należne Wykonawcy z tytułu realizacji usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia może ulec zmianie w przypadku zwiększenia ilości odpadów o więcej niż 40% w stosunku do prognozowanych ilości odpadów określonych w tabeli 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartego w Tomie III. W takim przypadku Wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 5% łącznej wartości zamówienia brutto. W/w wynagrodzenie będzie płatne po zakończeniu umowy na podstawie odrębnej dodatkowej faktury VAT złożonej Zamawiającemu łącznie z fakturą za ostatni miesiąc świadczenia usługi” (pkt 10.8 SIWZ, § 3 ust. 11 projektu umowy).

„Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i częściowo zamieszkują mieszkańcy na terenie Miasta Piotrków Trybunalski - gromadzonych w sposób selektywny jak i zmieszany, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Krajowego Planu Gospodarki Odpadami, Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami” (pkt 1.1. OPZ).

Na tle postanowienia § 3 ust. 11 projektu umowy Odwołujący formułuje twierdzenie o ustanowieniu nadmiernej nierówności stron. Stanowisko powyższe nie zasługuje na aprobatę. Odwołujący zadaje się zapominać po pierwsze, iż wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, po drugie zaś, przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują i częściowo zamieszkują mieszkańcy na terenie miasta Piotrków Trybunalski. Oznacza to, że przedmiotem zamówienia jest określona usługa i obejmuje ona całość odpadów wytworzonych przez mieszkańców miasta Piotrków Trybunalski, niezależnie od prognozowanego strumienia odpadów, podanego przez Zamawiającego i ilości mieszkańców. Powyższe rodzi dla wykonawcy obowiązek oszacowania i skalkulowania zamówienia niezależnie od rozmiaru i kosztów prac, co z kolei stanowi istotę instytucji wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 k.c.).

Skoro zatem wykonawca ma świadczyć usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie miasta Piotrków Trybunalski i godzi się na wynagrodzenie ryczałtowe to nie może jednocześnie kwestionować regulacji dotyczącej możliwości podwyższenia wynagrodzenia, w określonych okolicznościach, jeśli ryzyko oszacowania zamówienia obciąża wykonawcę i to nawet w sytuacji barku możliwości określenia rozmiaru i kosztów elementów cenotwórczych zamówienia.

Kwestionowana regulacja, ze względu na regulację przepisu art. 632 § 1 k.c. nie może być oceniana w aspekcie nieekwiwalentności świadczeń, wręcz przeciwnie, stanowi pewien wyłom od zasady, ustanowionej w przepisie art. 632 § 2 k.c. i jest korzystna dla wykonawcy. Nie można bowiem zapominać, że podwyższenia ryczałtu, w braku odmiennych postanowień, można domagać się jedynie przed sądem i to w ściśle wskazanych okolicznościach.

- utworzenie PSZOK:

Zgodnie z pkt 15 formularza ofertowego wykonawca zobowiązuje się m.in. do zorganizowania, prowadzenia a po upływie terminu realizacji umowy likwidacji Punktu

Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK). Stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy do obowiązków wykonawcy należy wykonanie umowy z zachowaniem należytej staranności wymaganej od profesjonalisty oraz zgodnie z przepisami obowiązującymi w zakresie objętym niniejszą umową, a w szczególności utworzenie najpóźniej do 30 września 2013 r. Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) jego utrzymywanie, obsługa i likwidacja.

W ocenie Odwołującego, wskazanie terminu, do którego należy utworzyć PSZOK jest nieuzasadnione, bowiem nie wiadomo, kiedy zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego i czy w konsekwencji czas pozostały na utworzenie PSZOK będzie wystarczający. Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, że utworzenie PSZOK wymaga podjęcia szeregu czynności, to po pierwsze, Odwołujący nie wskazuje na obowiązek dokonania konkretnych czynności w okolicznościach niniejszej sprawy, posługując się sformułowaniem, że „koniecznym może okazać się” chociażby w odniesieniu do decyzji środowiskowej. Po drugie, Odwołujący nie wykazał, że utworzenie PSZOK zajmuje przynajmniej 3 miesiące. Nie przedstawił w tym przedmiocie żadnych dowodów, nie powołał się na doświadczenie profesjonalnego wykonawcy, uprawdopodabiając określone twierdzenia. Z tych względów brak podstaw do przyjęcia, że wskazany termin jest niemożliwy do dotrzymania. Jednocześnie biorąc pod uwagę, iż Odwołujący formułując żądania w pierwszej kolejności domaga się usunięcia z przedmiotu zamówienia rzeczzonego obowiązku, należy dojść do przekonania, że Odwołujący nie tyle kwestionuje datę utworzenia PSZOK, ile sam obowiązek, a przynajmniej stara się opóźnić wykonanie przedmiotowego obowiązku w ramach realizacji zamówienia. Powyższe zaś nie zasługuje na aprobatę.

- *poziomy recyklingu:*

Zgodnie z § 6 ust. 1 projektu umowy, *„Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło wyliczanych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. 2012, poz. 645). Wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło wynoszą: a) w roku 2013 – co najmniej 12%, b) w roku 2014 – co najmniej 14 %, c) w roku 2015 – co najmniej 16 %. Osiągnięcie poziomów, o których mowa w ust. 2 jest wymagane w każdym kwartale danego roku”*.

W pkt 10 formularza ofertowego Zamawiający zawarł następujące oświadczenie: *„Zobowiązujemy się w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu,*

przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zapłacić Zamawiającemu kary umowne zgodnie z postanowieniami umowy”.

Jednocześnie zgodnie z art. 3b ucpg gminy są obowiązane osiągnąć do dnia 31 grudnia 2020 r.:

- 1) poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50% wagowo;
- 2) poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych w wysokości co najmniej 70% wagowo.

Stosownie zaś do przepisu art. 9z ust. 2 ucpg, gmina, która nie wykonuje obowiązku, o którym mowa w art. 3b lub art. 3c - podlega karze pieniężnej.

Odwołujący kwestionuje wymóg osiągnięcia wskazanych przez Zamawiającego poziomów recyklingu w odniesieniu do każdego z kwartałów danego roku, wskazując na poziomy i okresy ustalone w rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych z dnia 29 maja 2012 r. W tym miejscu należy zauważyć, że regulacje powołanego rozporządzenia, jak i ucpg ustanawiają pewne minimalne poziomy recyklingu w określonym przedziale czasowym. Nie istnieje jednocześnie obowiązek ich recypowania w ramach danego zamówienia. Jeśli wolą Zamawiającego jest osiągnięcie odzysku odpadów na wyższym poziomie to inicjatywy tej, ze wszech miar pożądanej, nie należy kwestionować. Sam Odwołujący zaś nie wskazał, że powyższe wymogi ograniczają uczciwą konkurencję.

Nie znajduje również uzasadnienia stanowisko Odwołującego, który sprzeciwia się obarczeniu odpowiedzialnością wykonawcy za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Okoliczność, iż mocą art. 3b ucpg odpowiedzialność w tym przedmiocie ponosi gmina nie stoi na przeszkodzie przejęcia tej odpowiedzialności przez wykonawcę. Nie sposób sobie wyobrazić, że w sytuacji, w której odbieranie i zagospodarowanie odpadów należy do obowiązków wykonawcy a nie gminy, częściową odpowiedzialność, związaną z realizacją przedmiotowego zamówienia, poniesie właśnie gmina.

Reasumując, Odwołujący kwestionując postanowienia projektu umowy nie wykazał, że sporne postanowienia naruszają zasady współzycia społecznego i nie gwarantują równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z tych względów zarzutu sformułowane w tym przedmiocie nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące kar umownych, braku procedury reklamacyjnej i przesłanek odstąpienia od umowy nie podlegały rozpoznaniu wobec ich cofnięcia na rozprawie i niepodtrzymania odwołania w tym przedmiocie.

V. Opis przedmiotu zamówienia.

„Zamawiający nie dopuszcza, aby odbieranie odpadów zbieranych w sposób selektywny następowało przy użyciu tych samych pojazdów, którymi w okresie trwania umowy odbierane są odpady komunalne zmieszane” (pkt 3.4.12 tom III OPZ). „Wykonawca nie może mieszać odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkałych z odpadami odebranymi z nieruchomości niezamieszkałych” (pkt 3.4.17 tom III OPZ).

Wobec przytoczonych postanowień SIWZ Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jednakże Odwołujący nie wskazał, w czym upatruje brak ich jednoznaczności i z jakich względów sporne postanowienia uważa za niewyczerpujące.

Jeśli idzie o pierwszy z wymogów Odwołujący wskazał jedynie, że nie znajduje uzasadnienia merytorycznego. Jakkolwiek zarzut ten nie poddaje się ocenie, to trafnie Zamawiający wywodzi, że skoro w § pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, przewidziano wymóg posiadania odrębnego taboru do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych i selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, to ustanowienie przedmiotowego obowiązku znajduje uzasadnienie.

Co do drugiego z wymogów nie należy również podzielić stanowiska Odwołującego, iż wymóg ten nie ma uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Odwołujący pomija, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest zbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych lub częściowo zamieszkałych, stąd też Zamawiający może żądać, chociażby ze względu na uprawnienia kontrolne w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, aby odpady związane z przedmiotem zamówienia były zbierane niezależnie od tych, które takiego związku nie mają. Nadto, nie należy zapominać, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania, a tym samym uprawnionym do wyartykułowania swoich potrzeb.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

.....