

Sygn. akt: KIO 874/13

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2013 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2013 r. przez **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bielsko - Biała - Urząd Miejski w Bielsku - Białej, pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko - Biała.**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- A. A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10. 41-800 Zabrze,
- B. Sanit - Trans Sp. z o.o., Międzyrzecze Górne 383, 43-392 Międzyrzecze Górne,
- C. Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., ul. Galmany 1, Jaworzno.

orzeka:

1. oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** 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 **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** na rzecz **Gminy Bielsko - Biała - Urząd Miejski w Bielsku - Białej, pl. Ratuszowy 1, 43-300 Bielsko - Biała** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Bielsku- Białej**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Bielsko - Biała - Urząd Miejski w Bielsku - Białej, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Bielsku - Białej i dostarczanie ich do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych - Zakładu Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku - Białej przy ul. Krakowskiej 315 D. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2013 roku pod poz. 2013/ S 066-110730.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2013 roku odwołujący - Remondis Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. art. 7 Pzp i art. 22 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
3. art. 3531 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie projektu umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący, wykazując zachowanie wymogów formalnych i terminu do wniesienia odwołania, a także powołując się na swój interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący sformułował zarzuty odnośnie warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia, postanowień dotyczących podwykonawców, dokumentów dotyczących przynależności do tej samej grupy kapitałowej oraz załącznika nr 1 do siwz Formularz oferty i projektu umowy.

Zamawiający wniósł w dniu 29 kwietnia pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że w zakresie żądania z pkt 1.8 i 1.9 odwołania dokonał stosownej zmiany ogłoszenia o zamówieniu i siwz. Z pozostałymi zarzutami odwołania zamawiający nie zgodził się.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odnosnie podtrzymanych zarzutów, zawartych w treści odwołania, Izba zważyła, co następuje:

I. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

1. W części VI pkt 1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia, może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W postanowieniu tym zamawiający wymienił minimalne wymagania co do sprzętu i wyposażenia, którym winien dysponować wykonawca, wskazując m.in. na:
„(...) d. minimum 6 pojazdów specjalnych z zabudową bezpyłową (tzw. śmieciarka mała), każdy o pojemności skrzyni ładunkowej 6-12 m³.

e. minimum 10 pojazdów specjalnych z zabudową bezpyłową (tzw. śmieciarka duża), każdy o pojemności ładunkowej 16-22m³

f. minimum 2 pojazdy skrzyniowe każdy o ładowności co najmniej 3t,

g. minimum 2 pojazdy skrzyniowe każdy o ładowności co najmniej 3 t z żurawiem HDS. (...)”.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania potencjałem technicznym w sposób nieprecyzyjny, nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny, nie zasługuje na uznanie.

Zamawiający w sposób wystarczający i zupełny wyjaśnił, że pod pojęciem „zabudowa bezpyłowa” rozumie pojazd specjalny do wywozu śmieci, z którego zamkniętej obudowy nic nie pyli i nic nie cieknie. Dodatkowo już w samej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprecyzował, że pojazd specjalny z zabudową bezpyłową to inaczej mówiąc śmieciarka. Podzielić należy stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego, że jest to pojęcie powszechnie używane i doskonale znane w branży zajmującej się wywozem odpadów komunalnych, zatem nie wymaga ono dodatkowego wyjaśnienia.

W toku rozprawy, zamawiający uzasadnił także istnienie obiektywnych potrzeb związanych z koniecznością dysponowania przez wykonawców pojazdami skrzyniowymi, które w jego ocenie są niezbędne do wywozu odpadów wielkogabarytowych. Żądanie odwołującego, aby obok pojazdów skrzyniowych dopuścić także możliwość wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem pojazdami kontenerowymi nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Gołosłowne twierdzenie odwołującego, że zakres zamówienia obejmujący wywóz odpadów wielkogabarytowych jest możliwy do wykonania także przy użyciu pojazdów kontenerowych nie stanowi uzasadnienia do nakazania zamawiającemu wprowadzenia modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To zamawiający jako gospodarz postępowania, ma prawo i obowiązek opisać przedmiot zamówienia i wymagania związane z jego realizacją w sposób, który w jego ocenie jest najbardziej optymalny i jednocześnie nie narusza uczciwej konkurencji i równego traktowania. Tymczasem odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne (art. 6 k.c.) nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego okoliczność, że tak sformułowany wymóg narusza czy choćby utrudnia uczciwą konkurencję. Odwołujący nie wykazał, że wymagania dotyczące potencjału technicznego niezbędnego do realizacji zamówienia są na tyle wygórowane i nadmierne, iż uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty.

2. W części VI pkt 4 siwz, w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający wskazał:

- a. posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000 zł,
- b. posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 10 000 000 zł,
- c. osiągnięcie wskaźnika płynności bieżącej (aktywa obrotowe/zobowiązania bieżące) za każdy zbilansowany rok z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres w wysokości minimalnie 1,15.

Zamawiający wskazał, że: „W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej wykonawców ocena ww. warunku dotyczyć będzie

wszystkich wykonawców łącznie - jeden wykonawca nie musi samodzielnie spełniać powyższych warunków”.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez sporządzenie opisu dokonania oceny spełniania warunków udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, nadmierny oraz niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie zasługuje na uznanie.

Wskazać należy, że badanie wskaźników finansowych, w tym bieżącej płynności finansowej, jest jedną z metod weryfikacji sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy zapewniającej należyte wykonanie zamówienia. Przez płynność finansową rozumie się zdolność wykonawcy do regulowania krótkoterminowych zobowiązań. Sam odwołujący w treści odwołania wskazał, że „niski poziom tego wskaźnika może oznaczać, iż wykonawca ma, lub może mieć, kłopoty z terminowym regulowaniem zobowiązań(...)”. W kontekście powyższego zupełnie nieuzasadnionym jest żądanie odwołującego, sformułowane w treści odwołania, co do wykreślenia postanowień dotyczących tego warunku.

Wskaźnik płynności finansowej należy odnosić do konkretnej branży, w piśmiennictwie ekonomicznym przyjmuje się, że optymalna wartość tego wskaźnika powinna mieścić się w przedziale od 1,2 do 2,0. Wskaźnik poniżej 1 oznacza, że firma ma kłopoty z utrzymaniem płynności finansowej, może mieć problemy z regulowaniem bieżących zobowiązań, co oznacza, że w konsekwencji może doprowadzić ją to nawet do bankructwa. W ocenie Izby, zamawiający w toku rozprawy wykazał, że w branży odpadów komunalnych wskaźnik płynności finansowej oscyluje na poziomie 1,89. Na potwierdzenie tej okoliczności zamawiający złożył do akt sprawy wyciąg z opracowania Głównego Urzędu Statystycznego dotyczące Wyników finansowych podmiotów gospodarczych I-VI 2012. Wydruk ten, jakkolwiek z uwagi na formę w jakiej został złożony, nie może stanowić dowodu w sprawie to jednak jest on źródłem informacji o wynikach finansowych i wskaźnikach podmiotów gospodarczych w różnych branżach. Zarówno odwołujący jaki i przystępujący nie przedstawili żadnego dowodu na okoliczność, że wskaźnik płynności finansowej dla branży odpadów komunalnych określa się na niższym poziomie. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby przyjęcie wskaźnika za ostatnie trzy lata obrotowe na poziomie minimum 1,15 nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia co do żądania, sformułowanego w toku rozprawy dotyczącego zmodyfikowania omawianego warunku w ten sposób, aby ocenie podlegał wskaźnik płynności finansowej wyłącznie za ostatni rok obrotowy. Zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z

dnia 19 lutego 2013, poz. 231), zamawiający ma prawo żądać sprawozdania finansowego za ostatnie trzy lata obrotowe, chyba że okres prowadzenia działalności jest krótszy, zatem badanie wskaźników finansowych, zawartych w tych sprawozdaniach może dotyczyć także trzyletniego okresu.

Izba uznała także za prawidłowe określenie przez zamawiającego w siwz sposobu spełnienia warunku dotyczącego wskaźnika płynności finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcja). Zgodzić się należy z zamawiającym, że w przypadku potwierdzenia osiągnięcia przez wykonawcę wskaźnika płynności finansowej, odmiennie niż w przypadku pozostałych warunków finansowych (np. środków finansowych, zdolności kredytowej czy polisy oc) nie ma możliwości łączenia czy sumowania wyników finansowych uzyskanych przez poszczególnych członków konsorcjum. Celem potwierdzenia warunku płynności finansowej koniecznym jest osiągnięcie wymaganego wskaźnika przynajmniej przez jednego z członków konsorcjum.

II. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

1. Stopień zagęszczenia odpadów.

W części III pkt 4.4 siwz, zamawiający ustalił następujące maksymalne stopnie zagęszczenia odpadów komunalnych w przestrzeni ładunkowej pojazdów z zabudową bezpyłową: odpady mokre 1:4, odpady suche 1:3, zmieszane odpady komunalne 1:3.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że przedmiotowy wymóg jest bezzasadny i niemożliwy do zrealizowania. Przeciwnie, zamawiający w toku rozprawy skutecznie wykazał, że wymóg ten jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego a sposób jego realizacji pozostaje w gestii wykonawcy (ręcznie, automatycznie). Nowoczesne śmieciarki posiadają możliwość automatycznej regulacji stopnia zagęszczenia odpadów, zatem twierdzenia odwołującego, że wymóg stopnia zagęszczenia jest niemożliwy do osiągnięcia są całkowicie bezzasadne. Ponownie podnieść należy, że odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem nie przedstawił żadnych dowodów, potwierdzających okoliczność, że wymóg stopnia zagęszczenia odpadów utrudnia uczciwą konkurencję i uniemożliwia złożenie oferty profesjonalistom w tej branży.

2. Miejsce zagospodarowania odpadów komunalnych, odebranych od właścicieli nieruchomości.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w postępowaniach o zamówienie publiczne, obejmujących wyłącznie usługę odbioru odpadów komunalnych i ich dostarczenia do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, jak to ma miejsce w rozpatrywanym stanie faktycznym, to zamawiający wskazują konkretne instalacje - miejsce

wywozu odpadów. Odmiennie wygląda sytuacja w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest nie tylko odbiór, ale także zagospodarowanie odpadów. Wówczas to w gestii wykonawcy leży wybór odpowiedniej, wskazanej w uchwale sejmiku danego województwa, regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz instalacji zastępczej, do której będzie transportował zebrane odpady komunalne.

Mając na uwadze powyższe, za dopuszczalne Izba uznała, wskazanie przez zamawiającego jedynie na Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej „Master” Sp. z o.o. jako instalacji zastępczej/awaryjnej, do której należy przekazać zebrane odpady, w sytuacji awarii regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych - Zakładu Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku - Białej. Instalacja Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami i Energetyki Odnawialnej „Master” sp. z o.o. została wymieniona jako jedna z instalacji zastępczych dla regionu IV gospodarki odpadami w uchwale IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 roku w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014”.

Odwołujący nie uprawdopodobnił w żaden sposób twierdzenia, że wybór instalacji zastępczej „Master” sp. z o.o. może prowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji czy równego traktowania. W rozpatrywanym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia jest wyłączenie usługi transportu odpadów, śmieci pozostają własnością gminy i to gmina decyduje o wyborze, spośród wskazanych w uchwale sejmiku województwa, instalacji regionalnej i instalacji zastępczej, do której będą transportowane odpady. Ponadto podnieść należy, że w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest wyłącznie transport odpadów nie ma możliwości, aby wykonawca świadczący usługę uzyskiwał przychód z przekazania selektywnie zbieranych odpadów do recyklingu i odzysku.

Zgodnie z art. 9 e ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. nr 132, poz. 622 ze zm.) do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych przekazywane są odebrane od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych. Wskazany przez zamawiającego Zakład Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku- Białej jest dla regionu IV gospodarki odpadami jedyną regionalną instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych, wymienioną w uchwale Sejmiku Województwa Śląskiego, do którego mają być transportowane wszystkie odpady wytworzone na terenie gminy. Zamawiający złożył także do akt sprawy Informację z dnia 19 kwietnia 2013 roku - pismo Zakładu Gospodarki Odpadami S.A. skierowane do zamawiającego - w którym potwierdzono, że instalacja ta spełnia wszelkie wymagania prawne i technologiczne, uprawniające ją do odbioru nie tylko odpadów zmieszanych komunalnych, ale także zielonych, pozostałości z sortowania oraz selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Ponadto w piśmie tym znajduje się informacja o tym, że instalacja ZGO S.A.

posiada stosowne zezwolenie zintegrowane regulujące kompleksowo działalność w zakresie odzysku, zbierania i unieszkodliwiania odpadów, w tym pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów.

3. Tygodniowe raporty o nieprzestrzeganiu selektywnej zbiórki odpadów.

W części III pkt 15 siwz, zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek przekazywania zamawiającemu tygodniowych raportów o właścicielach nieruchomości, którzy mimo zadeklarowania selektywnej zbiórki odpadów, gromadzą odpady komunalne w sposób nieselektywny. Raport musi zawierać następujące dane: adres nieruchomości, datę i godzinę odbioru, liczbę i rodzaj pojemników (worków), w których

Zamawiający uzasadnił, że wymóg ten wynika z jego obiektywnych potrzeb i związany jest z obowiązkiem wynikającym z art. 9 f ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, która nakłada na podmiot odbierający odpady komunalne konieczność poinformowania gminy o nieprzestrzeganiu przez właścicieli nieruchomości selektywnej zbiórki odpadów. Żądanie odwołującego co do sporządzania raportów miesięcznych zamiast tygodniowych, nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Tygodniowy raport ma dotyczyć wyłącznie tych właścicieli nieruchomości, którzy mimo zadeklarowania gromadzą odpady w sposób nieselektywny, w raporcie nie będą ujęci mieszkańcy, którzy stosują się do złożonych deklaracji oraz ci, którzy w danym tygodniu w ogóle nie zgromadzili odpadów. Zatem twierdzenie odwołującego, że wykonanie raportów tygodniowych jest niemożliwe do wykonania z uwagi na to, że nie wiadomo z jaką częstotliwością mieszkańcy będą oddawać odpady jest zupełnie nieuzasadnione. Zamawiający wyjaśnił również, że sprawdzenie, rodzaju odpadów zawartych w workach ma odbyć się wyłącznie wizualnie i jest to jedyna podstawa do sporządzenia raportów o nieprzestrzeganiu selektywnej zbiórki odpadów.

4. Pojemniki, kontenery, kosze uliczne.

W części III pkt 24.1 siwz zamawiający podał minimalne szacunkowe ilości pojemników/kontenerów do wykonania zamówienia:

- pojemniki o pojemności: 0,055m³ (55litrów), 0,06 m³ (60 litrów), 0,08 m³ (80 litrów), 0,11 m³ (110 litrów) - około 800 sztuk,
- pojemnik o pojemności 0,11 m³ (110 litrów) - około 6000 sztuk,
- pojemnik o pojemności 0,12 m³ (120 litrów) - około 25000sztuk,
- pojemnik o pojemności 0,24 m³ (240 litrów) - około 15000 sztuk,
- pojemnik o pojemności 1,1m³ (1100litrów) - około 5500sztuk,
- kontenery - około 400 sztuk.

Mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia oraz okoliczność, że ilość pojemników/kontenerów w trakcie trwania umowy może ulegać ciągłym zmianom ze względu na powstanie kolejnych nieruchomości/obiektów, w ocenie Izby zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ilości kontenerów, koszy ulicznych i pojemników z należytą starannością. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że podane przez zamawiającego szacunkowe, minimalne ilości pojemników i kontenerów nie pozwalają na oszacowanie ceny ofertowej. Każdy z wykonawców, biorących udział w postępowaniu winien przyjąć do wyceny oferty minimalne ilości podane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w kalkulować w cenę oferty ewentualne ryzyko związane z koniecznością zwiększenia lub zmniejszenia ilości pojemników/kontenerów.

5. Stan techniczny oraz czystość.

Zgodnie z częścią III pkt 24. 2 siwz wykonawca jest zobowiązany do naprawy lub wymiany na własny koszt uszkodzonych kontenerów/pojemników/koszy ulicznych, jeżeli ta konieczność wynika ze zużycia pojemnika/kontenera/kosza ulicznego. Jeżeli naprawa lub wymiana pojemnika/kontenera/kosza ulicznego nie wynika z normalnej eksploatacji wtedy wykonawca również jest zobowiązany do jego naprawy lub wymiany na własny koszt, przy czym informuje zamawiającego o takim fakcie. W takim wypadku Zamawiający nie będzie ponosił kosztów wymiany czy naprawy pojemnika/kontenera/kosza ulicznego, natomiast wykonawca może dochodzić swoich praw w tej mierze wobec sprawy zgodnie z przepisami prawa.

W części III pkt 24 siwz, zamawiający zawarł także postanowienie, iż na wniosek właściciela nieruchomości lub z własnej inicjatywy może zwiększyć częstotliwość mycia pojemników, kontenerów na odpady mokre, szczególnie w miesiącach: maj, czerwiec, lipiec, sierpień, wrzesień przy czym uzgodni to z wykonawcą.

Po pierwsze wskazać należy, że zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zapewnienia pojemników, kontenerów oraz worków, w których właściciele nieruchomości będą gromadzić odpady komunalne. Pojemniki, kontenery, kosze uliczne pozostają w czasie realizacji umowy własnością wykonawcy. Nie można zgodzić się z odwołującym, że w tej sytuacji wyłącznie zamawiający jako strona umowy może odpowiadać przed wykonawcą za mienie mu powierzone a wykonawca nie może dochodzić roszczeń od osób trzecich, które nie są stroną umowy. Wykonawca, jako właściciel pojemników, koszy, kontenerów może dochodzić swoich praw i roszczeń od osób trzecich w przypadku konieczności wymiany, naprawy pojemnika, która nie wynika z ich normalnej eksploatacji.

Nie zasługuje także na aprobatę stanowisko odwołującego, że brak doprecyzowania liczby pojemników, które będą podlegały dodatkowemu myciu ponad normę 1 raz na cztery miesiące uniemożliwia wykonawcy prawidłową kalkulację ceny oferty. Z treści przywołanego

postanowienia siwz, wynika, że ewentualne dodatkowe mycie pojemników, koszy ulicznych, kontenerów może się odbyć wyłącznie po wcześniejszym uzgodnieniu wykonania tej czynności z samym wykonawcą. Oczywistym jest, że ilość pojemników, którą zgłosi zamawiający do dodatkowego mycia nie jest na tym etapie postępowania znana, bo mycie takie będzie zlecane wyłącznie w razie potrzeby jedynie w ciągu pięciu wymienionych w siwz miesiącach. Dodatkowe mycie pojemników/kontenerów/koszy ulicznych, o którym mowa w części III. 24.2 siwz jest czynnością, która może ale nie musi być zlecona i nie ma ona wpływu na prawidłową wycenę ceny oferty.

III. Podwykonawstwo.

Zgodnie z częścią XV siwz, zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Zawarcie ważnej umowy z podwykonawcą wymaga zgody Zamawiającego. Wykonawca winien przedłożyć zamawiającemu do akceptacji projekt umowy z podwykonawcą. Ponadto mają zastosowanie w takim przypadku pozostałe wymagania z art. 647¹ kodeksu cywilnego. Zamawiającemu przysługuje prawo do żądania od wykonawcy zmiany podwykonawcy jeżeli ten realizuje roboty w sposób wadliwy lub niezgodny z założeniami kontraktu i przepisami.

Istotnie postanowienia art. 647¹ k.c. znajdują zastosowanie w przypadku umów na roboty budowlane, ale zdaniem Izby nie ma przeszkód, aby powołując się na zasadę swobody umów, przenieść uregulowania w nim zawarte także na grunt zamówień na usługi. Kwestionowane postanowienia nie naruszają, jak wskazuje odwołujący, zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania.

IV. Dokumenty dotyczące przynależności do tej samej grupy kapitałowej

Zgodnie z załącznikiem nr 6 do siwz, zamawiający wymaga złożenia nazw i adresów podmiotów, należących do tej samej grupy kapitałowej.

Po pierwsze wskazać należy, że nieuzasadnionym było żądanie odwołującego zawarte w treści odwołania, że lista wykonawców, należących do tej samej grupy kapitałowej winna obejmować jedynie nazwy podmiotów. Art. 26 ust. 2 d ustawy Pzp, posługuje się pojęciem „lista podmiotów”, nie określając bliżej danych, jakie winny być zawarte na tej liście. W ocenie Izby, danymi, które w wystarczający sposób pozwalają na identyfikację podmiotu są jego nazwa i siedziba i te dane winny znaleźć się na liście wykonawców, wchodzących w skład grupy kapitałowej, o której mowa w art. 26 ust. 2 d ustawy Pzp. W toku rozprawy odwołujący zmienił swoje żądanie w tym zakresie, stwierdzając, że koniecznym jest podanie nie tylko nazwy podmiotu ale także jego siedziby. Żądaniu temu nie sprzeciwił się zamawiający, co powoduje że spór w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy.

Niezależnie do tego wskazać należy, że Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 26 ust. 2 d ustawy Pzp.

V. Załącznik nr 1 do siwz Formularz oferty.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz, zamawiający wymaga podania w tabeli nr 1 całkowitej ceny oferty brutto, stanowiącej iloczyn ceny brutto za 1 miesiąc i 18 miesięcy. Na cenę brutto jednego miesiąca składają się, zgodnie z tabelą nr 2: cena za obsługę mieszkańców, cena za podmioty (cena za jednorazowe opróżnianie pojemnika 55,60,80,110 litrów, cena za jednorazowe opróżnianie pojemnika 120 litrów albo worka, cena za jednorazowe opróżnianie pojemnika 240 litrów, cena za jednorazowe opróżnianie pojemnika 1100 litrów oraz cena za jednorazowe opróżnianie kontenera/prasokontenera) oraz cena za jednorazowe opróżnianie kosza ulicznego. W § 4 podano, że za wykonanie usługi wykonawcy przysługuje ryczałtowe wynagrodzenie miesięczne.

Izba uznała za nieuzasadnione żądanie dokonania modyfikacji formularza oferty przez podanie odrębnych pozycji - cen za opróżnianie kontenerów o różnych pojemnościach: 1,5, 5,7,10,11-20 m³. Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że podanie ilości kontenerów/prasokontenerów z rozbiem na poszczególne pojemności nie jest możliwe, z uwagi na to, że czynności ich opróżniania będą wykonywane sporadycznie i nie wiadomo w jakiej ilości. W formularzu oferty wykonawcy winien przyjąć średnią cenę za opróżnianie kontenera/prasokontenera. Wskazać należy, że podobna sytuacja występuje w pozycji pierwszej, gdzie zamawiający wymaga podania ceny jednostkowej za jednorazowe opróżnianie pojemników o różnych pojemnościach (55, 60, 80, 110 litrów), bez ich rozbięcia na poszczególne ceny zależne od pojemności. Twierdzenie odwołującego, że w tym przypadku różnice cenowe pomiędzy poszczególnymi pojemnościami są znacznie mniejsze niż w przypadku kontenerów o różnych pojemnościach pozostało gołosłowne.

VI. Zarzuty dotyczące projektu umowy

W § 4 ust. 4 wzoru umowy wskazano, że podstawę do wystawienia faktury będzie stanowił miesięczny raport, o którym mowa w § 6 ust. 8 pkt 2, z wykonania usługi w danym miesiącu, zatwierdzony przez zamawiającego, przy czym zamawiający zastrzega sobie prawo odmowy zatwierdzenia raportu oraz zgłoszenia uwag i zastrzeżeń do niego w terminie nie dłuższym niż 21 dni roboczych od dnia otrzymania tego raportu.

Zdaniem Izby, zamawiający przedstawił obiektywne i merytoryczne uzasadnienie co terminu niezbędnego na zatwierdzenie raportu, przedstawionego przez wykonawcę i zawierającego dane o ilości odpadów odebranych i przekazanych do Zakładu Gospodarki Odpadami S.A. w Bielsku - Białej. Termin 21 dniowy jest konieczny w celu weryfikacji raportu i uwzględnieniu

ewentualnych uwag i zastrzeżeń zgłoszonych przez mieszkańców. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił twierdzenia, że kwestionowane przez niego postanowienie umowy narusza dyspozycję art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz 139 ustawy Pzp.

W § 8 ust. 1 pkt 11 projektu umowy, zamawiający przewidział, że wykonawca zapłaci karę umowną w razie zmieszania przez wykonawcę selektywnie zgromadzonych przez właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych w wysokości 10 000 zł za każdy taki przypadek. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że kara umowna określona w przywołanym postanowieniu jest wygórowana i może prowadzić do nadmiernej nierówności stron i naruszenia zasad współżycia społecznego. Przedmiotowa kara umowna, jak również jej wysokość znajduje odzwierciedlenie w treści art. 9x ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, który przewiduje karę umowną w przedziale od 10 000 do 50 000 zł, w sytuacji, gdy przedsiębiorca odbierający odpady komunalne miesza selektywnie zebrane odpady komunalne.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....