

Sygn. akt: KIO 786/13

**WYROK**  
z dnia 19 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**  
**Członkowie: Paweł Trojan**  
**Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych EKO GAB s.c. G..... K....., D..... P....., Kowale Pańskie Kolonia 11a, 62-704 Kawęczyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miejska Turek, ul. Kaliska 59, 62-700 Turek**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Gminie Miejskiej Turek zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący umożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez:
  - 1) dookreślenie ilości pojemników wymaganych przez zamawiającego co do nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych,
  - 2) dookreślenie pojemności pojemników co do nieruchomości wielorodzinnych na poziomie od 0,6 do 7 m<sup>3</sup>,
  - 3) dookreślanie wielkości strumienia odpadów w podziale na odpady segregowane i zmieszane, określając jednocześnie ich maksymalną wielkość,
  - 4) dookreślenie - w zakresie bezpłatności udostępnienia pojemników właścicielom nieruchomości - konieczności skalkulowania przez wykonawców kosztów z tym związanych w cenie ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Turek, ul. Kaliska 59, 62-700 Turek** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych EKOGAB s.c. G..... K....., D..... P....., Kowale Pańskie Kolonia 11a, 62-704 Kawęczyn** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Gminy Miejskiej Turek, ul. Kaliska 59, 62-700 Turek** na rzecz **Zakładu Usług Komunalnych EKOGAB s.c. G..... K....., D..... P....., Kowale Pańskie Kolonia 11a, 62-704 Kawęczyn** 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. Nr 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 **Koninie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** : .....

.....

## Uzasadnienie

Gmina Miejska Turek (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Miejskiej Turek”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 26 marca 2013 r. pod nr 2013/S 060-100734.

W postępowaniu tym wykonawca Zakład Usług Komunalnych EKOGAB s.c. G..... K....., D..... P..... z siedzibą w Kowalach Pańskich Kolonia poczta Kawęczyn (dalej: „Odwołujący”) w dniu 5 kwietnia 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 5 kwietnia 2013 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 18 kwietnia 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ w zakresie:

- 1) opisu przedmiotu zamówienia w punktach 3.1.3, 3.1.4, 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.2.3)c) 3.2.5.C, 3.3.6, 3.3.4., 3.4.18 SIWZ
- 2) warunków udziału w postępowaniu w punkcie 14.1.3) SIWZ
- 3) postanowień wzoru umowy (załącznika nr 7 do SIWZ)

Zaskarżonym postanowieniom SIWZ zarzucił:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zaskarżonym zakresie, w sposób niejednoznaczny i sprzeczny, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
2. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez postawienie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, i ograniczający dostęp wykonawców do wykonania zamówienia;
3. naruszenie art. 473 § 1 ustawy kodeks cywilny w zw. z art. 5 kc. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę w § 2 ust.3 pkt 1) wzoru umowy obowiązku odbioru każdej ilości wystawionych odpadów komunalnych bez względu na warunki atmosferyczne w sytuacji, gdy wykonawca nie odpowiada za właściwe utrzymanie zimowe dróg;
4. naruszenie art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w § 2 ust.3 pkt 2) wzoru umowy wymogu bezpłatnego wyposażenia miejsc gromadzenia odpadów komunalnych jako sprzecznego z właściwością (naturą) stosunku prawnego;
5. naruszenie art. 5 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (t.j. Dz. U. 2012, poz. 391 ze zm. ) oraz § 6 Załącznika nr 1 do Uchwały Rady Miejskiej Turku w sprawie przyjęcia regulaminu czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek poprzez nałożenie na Wykonawcę w punkcie 3.2.2.3)b) i c) SIWZ obowiązku dostarczenia pojemników służących do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywania ich w należyтым stanie technicznym i sanitarnym, w sytuacji gdy nie podjęto uchwały Rady, o której mowa w art. 6r ust. 3 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania.
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
  - a) zmiany postanowień sekcji II.1.5. Ogłoszenia o zamówieniu oraz punktu 3.1.4, 3.2.1 i 3.2.3 SIWZ poprzez uchylenie wymogu odbioru każdej ilości odpadów bez względu na warunki atmosferyczne oraz uchylenie wymogu bezpłatnego wyposażenia miejsc gromadzenia odpadów komunalnych
  - b) zmiany postanowień punktu 3.1.3 i 3.3.4 SIWZ poprzez określenie liczby pojemników dla zabudowy jednorodzinnej wraz ze wskazaniem ich pojemności

c) zmiany postanowień punktu 3.2.2 SIWZ poprzez uchylenie zobowiązania wykonawcy do zawarcia umowy użyczenia pojemnika z właścicielem nieruchomości i określenie górnej granicy liczby pojemników objętych zamówieniem podstawowym.

d) zmianę postanowień punktu 3.2.2. B.2) 3.2.2.3) b) i c) ,3.2.5.C, 3.3.6, 3.4.18 SIWZ, poprzez ich skreślenie lub modyfikację w sposób nie faworyzujący żadnego z wykonawców

e) zmiany postanowień sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz punktu 14.1.3 SIWZ poprzez zmianę opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób:

„3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to znaczy: warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje dla celów realizacji przedmiotowego zamówienia:

- minimum dwoma pojazdami specjalistycznymi (śmieciarki) przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych zbieranych w pojemnikach,
- minimum dwoma pojazdami przystosowanymi do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych,
- minimum dwoma pojazdami specjalistycznymi przystosowanymi do wywozu odpadów komunalnych zbieranych w pojemnikach kontenerowych,
- minimum jednym pojazdem wyposażonym w urządzenie do odbioru odpadów komunalnych z pojemników do selektywnej zbiórki odpadów np. typu „dzwon”,
- minimum jednym pojazdem ciężarowym o ładowności minimalnej 3,5 Mg, przeznaczonym do odbioru komunalnych odpadów wielkogabarytowych.

Pojazdy muszą być wyposażone w system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarne, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o miejscach położenia pojazdu i miejscach postojów oraz czujniki zapisujące dane o miejscach wyładunku odpadów.

- bazą magazynowo-transportową, na terenie której powinny znajdować się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc, przetworzenia,

- średnio minimum 18 osobami do wykonywania czynności składających się na realizację przedmiotu zamówienia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie."

f) zmiany postanowień wzoru umowy poprzez usunięcie § 2 ust.3 pkt 1) 2) i 3) wzoru umowy

3) Przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dość rozbudowanym punkcie 3 SIWZ dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, w żadnym miejscu nie określa rozmiaru świadczenia potencjalnego wykonawcy, który stanowiłby podstawę do rzetelnego oszacowania ceny za świadczone na rzecz Zamawiającego usługi. Głównymi składnikami ceny przy określaniu rozmiaru i wartości świadczenia wykonawcy są po pierwsze dane dotyczące liczby strumienia odpadów, w poszczególnych frakcjach, które przekładają się na opłatę ponoszoną z tytułu składowania odpadów uiszczaną przez podmiot (wykonawcę) zbierający odpady i przekazujący je do składowania do Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych, a po drugie określenie rodzaju i liczby pojemników, jakie mają być dostarczone przez wykonawcę w ramach świadczenia.

Podkreślił, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, a także w SIWZ wielokrotnie posługuje się sformułowaniem „bezpłatne” lub „w każdej ilości” przerzucając ryzyko niewłaściwego oszacowania przedmiotu zamówienia na wykonawcę, pomimo ciężącym na nim obowiązku jasnego określenia co jest przedmiotem zamówienia i w jakim rozmiarze.

Podniósł, że Zamawiający nie określa w ogóle w SIWZ liczby pojemników, które mają być dostarczone przez wykonawcę, a ogranicza się jedynie do stwierdzenia „*Wykonawca do dnia 24 czerwca 2013 r., wyposaży bezpłatnie właścicieli nieruchomości zamieszkałych w worki do selektywnej zbiórki poszczególnych frakcji odpadów segregowanych, a także, na wniosek właściciela nieruchomości w pojemniki na odpady niesegregowane (zmieszane), w tym wypadku, Wykonawca zawrze stosowną umowę użyczenia pojemnika z właścicielem nieruchomości.*” Również punkt 3.4 SIWZ nie zawiera jasnych co do tego wskazówek, bowiem nie podejmuje nawet szacunku zapotrzebowania na pojemniki o pojemności 0,1 m<sup>3</sup> w zabudowie jednorodzinnej. Zamawiający nie podał także w SIWZ liczby wniosków złożonych przez właścicieli o wyposażenie nieruchomości w pojemniki. W tej sytuacji wykonawca nie może prawidłowo obliczyć ceny oferty.

Wskazane zapisy – zdaniem Odwołującego - zasługiwałyby na aprobatę, pod warunkiem, że istniałyby jasno określony, mierzalny zakres świadczenia wykonawcy w postaci górnej granicy strumienia odpadów, jaki wykonawca zobowiązany byłby odebrać i zagospodarować, a także górna granica liczby pojemników określonego rodzaju, jakie w ramach zamówienia podstawowego wykonawca zobowiązany jest dostarczyć. Wskazał na możliwość skorzystania przez Zamawiającego z instrumentu jak przewidywalność udzielania zamówień uzupełniających, z których to możliwości Zamawiający nie skorzystał.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję. Podniósł, że wskazanie w punkcie 3.2.2.B.2) SIWZ w maksymalnej wielkości pojemników tj. 1,1 m<sup>3</sup> - 2,5 m<sup>3</sup> według niego faworyzuje spółkę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Turku sp. z o.o. bowiem tylko to przedsiębiorstwo stosuje te pojemniki na terenie miasta do zbierania

odpadów komunalnych w zabudowie wielorodzinnej. Również określenie wymaganej kolorystyki według niego wskazuje jedynie na rodzaj pojemników jakie znajdują się w zasobach PGKiM sp. z o.o. w Turku. Podkreślił, że pojemniki o objętości 5 m<sup>3</sup> są pojemnikami o wyższych walorach użytkowych, gdyż przyspieszają załadunek odpadów oraz zmniejszają ryzyko wystąpienia awarii umożliwiając obniżenie kosztów działalności. Wskazał również, że Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek nie ogranicza rozmiarów pojemników służących do zbierania odpadów komunalnych w zabudowie wielorodzinnej do wielkości 2,5 m<sup>3</sup>.

Odwołujący podkreślił, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także osób zdolnych do wykonywania przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, i ograniczający dostęp wykonawców do wykonania zamówienia, o czym świadczy zestawienie minimalnych wymagań co do sprzętu w porównaniu z wymaganiami co do osób zatrudnionych u wykonawcy. Z wyliczeń dotyczących maksymalnej liczby osób obsługujących pojazdy stanowiące wymagania minimalne (a więc możliwe do obsługi przedmiotu zamówienia) zdaniem Odwołującego wynika, że konieczne jest zapewnienie 18 osób. Podkreślił, że należy przyjąć, że tych 18 osób zajmuje się wyłącznie jednym zamówieniem - jedną gminą przez 365 dni w roku, co nie odpowiada rzeczywistości gospodarczej. Tymczasem we wskazanym okresie 3 lat Odwołujący obsługiwał i nadal obsługuje teren 14 gmin w promieniu ok 45 km od siedziby firmy, zapewniając odbiór odpadów komunalnych z terenu 6 309 nieruchomości zamieszkałych w zabudowie jednorodzinnej (co po przemnożeniu liczby mieszkańców średnio 3,7 mieszkańca na nieruchomość daje liczbę ok 23 400 osób) oraz od ok. 8 843 osób z terenu zabudowy wielorodzinnej. Tymczasem dla obsługi obszaru wielokrotnie większego niż teren miasta, w którym dominuje zwarta zabudowa wielorodzinna, Odwołujący zatrudnia średniorocznie, w całej firmie, w ok. 22 pracowników, z czego 2 etaty zajmują osoby wykonujące czynności mechaników. Wskazał również, że dysponuje sprzętem i pojazdami przewyższającymi wymagania minimalne stawiane przez Zamawiającego, w tym 3 uniwersalnymi pojazdami specjalistycznymi przystosowanymi do załadunku pojemników o pojemności od 0,6 m<sup>3</sup> do 7m<sup>3</sup> oraz 5 pojazdami specjalistycznymi przystosowanymi do załadunku pojemników o pojemności 1,1 m<sup>3</sup>. Podniósł również, że wskazanie tego warunku jest bezpośrednio wymierzone w Odwołującego, który obok PGKiM sp. z o.o. jest największym podmiotem zajmującym się zbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych na terenie powiatu tureckiego. PGKiM sp. z o.o. stanowiący własność Gminy Miejskiej Turek, nie będzie miał problemów w spełnieniu przedmiotowego, dyskryminującego i ograniczającego konkurencję, warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że we wzorze umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek przeniesiony z SIWZ polegający na odbieraniu odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (tzw. nieruchomości zamieszkałe stale i czasowo), z zastrzeżeniem, że wykonawca odbierze każdą ilość wystawionych odpadów komunalnych bez względu na warunki atmosferyczne. Warunek ten – zdaniem Odwołującego - narusza art. 473 § 1 ustawy kodeks cywilny w zw. z art. 5 kc. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż obciąża odpowiedzialnością wykonawcę za okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi w sposób, który narusza zasady współżycia społecznego. Podkreślił, że przy ryczałtowy charakterze wynagrodzenia i przy braku określenia zakresu świadczenia na podstawie SIWZ Zamawiający przyznaje sobie prawo do nieograniczonego zwiększenia zakresu świadczenia wykonawcy z wyłączeniem możliwości przyznania z tego tytułu odpowiedniego wynagrodzenia, co narusza zasady współżycia społecznego. Wskazał, iż umowa cywilna zakłada równowagę jej stron, a zatem niedopuszczalne jest takie skonstruowanie jej postanowień, które gwarantowałyby jedynie zamawiającemu możliwość określenia, co ma stanowić przedmiot zamówienia i przerzuciłoby całkowicie ryzyko gospodarcze zawartej umowy na wykonawcę.

Niedopuszczalne, w opinii Odwołującego, jest również obciążanie wykonawcy usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych obowiązkami związanymi z bieżącym utrzymaniem dróg bowiem w kontekście odbioru każdej ilości wystawionych odpadów komunalnych bez względu na warunki atmosferyczne. Podkreślił, że zaniechanie przez Zamawiającego lub podmiot działający w jego imieniu, obowiązkowi utrzymania infrastruktury drogowej w odpowiednim czasie i w odpowiedniej jakości, spowoduje w konsekwencji uniemożliwienie wypełnianie świadczenia wykonawcy oraz zgodnie z zapisami wzoru umowy powoduje stan zwłoki. W rezultacie Zamawiający przerzuca na wykonawcę obowiązek np. odśnieżenia drogi dojazdowej do posesji. Tak określone świadczenie wykonawcy stanowi - według niego - akt nadużycia prawa przez Zamawiającego.

Zamawiający - w ocenie Odwołującego - naruszył także art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w § 2 ust.3 pkt 2) wzoru umowy wymogu bezpłatnego wyposażenia miejsc gromadzenia odpadów komunalnych jako sprzecznego z właściwością (naturą) stosunku prawnego. Co prawda regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek zawiera podobne uregulowanie, jednakże w ocenie Odwołującego przepis ten kierowany jest do mieszkańców, a nie do wykonawców. Stosunki o charakterze zobowiązaniowym charakteryzują się ekwiwalentnością i równością formalną podmiotów. W myśl tego paragrafu wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia pojemników nieodpłatnie. Nie wchodzi to zatem w zakres świadczenia, a jednocześnie Zamawiający w SIWZ stawia wymagania co do konieczności zapewnienia pojemników z jednoczesnym narzuceniem obowiązku zawarcia umowy użyczenia pojemnika z



właścicielem nieruchomości i utrzymania ich w należyтым stanie technicznym i sanitarnym. Zamawiający i właściciel nieruchomości są według niego pozbawieni jakiegokolwiek odpowiedzialności za wykonywanie przedmiotu zamówienia, narażając wykonawcę na ponoszenie strat związanych z nieograniczonym uzupełnianiem pojemników, w każdej określonej przez Zamawiającego liczbie w okresie trwania umowy, bez żadnego wynagrodzenia.

Zamawiający - w ocenie Odwołującego - naruszył art. 5 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (t.j. Dz. U. 2012, poz. 391 ze zm.) oraz § 6 Załącznika nr 1 do Uchwały Rady Miejskiej Turku w sprawie przyjęcia regulaminu czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek poprzez nałożenie na wykonawcę w punkcie 3.2.2.3) b) i c) SIWZ obowiązku dostarczenia pojemników służących do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywania ich w należyтым stanie technicznym i sanitarnym, w sytuacji gdy nie podjęto uchwały Rady, o której mowa w art. 6r ust. 3 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Wskazał, że obowiązujące Uchwały Rady Miejskiej Turku nie zawierają takich postanowień. Podkreślił, że do dnia złożenia odwołania nie została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Województwa Wielkopolskiego żadna uchwała Rady Miejskiej Turku w tym zakresie. Jako dowody w sprawie przedłożył:

- wykaz obsługiwanych miast i gmin wraz z odległościami oraz liczbą gospodarstw domowych oraz osób w budownictwie wielorodzinnym wraz z oświadczeniami Zarządców Nieruchomości.
- wykaz obsługiwanych firm wraz z miejscami gromadzenia nieczystości
- oświadczenie o Rocznych Jednostkach Roboczych w latach 2010 – 2012.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Dodatkowo w związku z modyfikacją przez Zamawiającego postanowień SIWZ i zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu co do kwestionowanych przez niego warunków udziału w postępowaniu podkreślił, że choćby powyższe potwierdza zasadność jego odwołania.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania;
- 2) orzeczenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania;
- 3) dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci wyciągu z raportu firmy DS. Consulting sp. z o.o. dotyczącego oszacowania kosztów funkcjonowania nowego modelu

gospodarowania odpadami u Zamawiającego;

- 4) dopuszczenie dowodu z przesłuchania strony - Zamawiającego, na okoliczność funkcjonowania dotychczasowego i nowego modelu odbierania odpadów w mieście oraz opisu przedmiotu zamówienia i sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający podniósł, że zarzuty Odwołującego są bezpodstawne i żądania odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Po pierwsze Zamawiający podniósł, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty przeciwko czynności Zamawiającego wobec treści ogłoszenia i postanowień SIWZ, oparte o zarzuty naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego i ustawy Pzp, w istocie nie wykazują związku między zarzucaną wadliwością zapisów ogłoszenia i specyfikacji a ich wpływem na pozyskanie zamówienia, co wskazuje na brak interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu z pkt. 1. dotyczącego wadliwego opisu przedmiotu zamówienia

Zamawiający wyjaśnił, że sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3 SIWZ) zawiera dane niezbędne z punktu widzenia wymagań, złożoności i potrzeb Zamawiającego. Określenie przedmiotu zamówienia według niego nastąpiło z zachowaniem terminologii wynikającej z przepisów prawa, w tym prawa miejscowego oraz określeń zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w branży będącej przedmiotem zamówienia (odbierania i zagospodarowywania odpadów) i nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

Co do zarzutu postawienia nadmiernych (nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia) warunków dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, Zamawiający wskazał, że intencje jakie nim kierowały to przede wszystkim charakter przedmiotu zamówienia - wymagania, złożoność i potrzeby Zamawiającego. Wskazał też na doniosłość społeczną prawidłowo zorganizowanego procesu odbierania i zagospodarowania odpadów oraz kwestie bezpieczeństwa zdrowotnego mieszkańców miasta z tym związane, a także znany powszechnie fakt braku doświadczenia gmin (miast) w organizowaniu nowego podejścia Państwa do problemów śmieci. Zamawiający przyjął, że wskazany potencjał kadrowy, obok potencjału technicznego, jest miernikiem dającym rękojmię realizacji zleconego zamówienia. Wskazał też na okres realizacji umowy obejmujący 1 lipca 2013 r. - 30 czerwca 2014 r., co pozwoli na nabycie Zamawiającemu doświadczenia co do funkcjonowania nowego systemu odbierania i zagospodarowania odpadów na następne okresy. Zamawiający zwrócił też uwagę, że SIWZ została zmieniona przez Zamawiającego w pkt. 14.1.3 tiret 6 SWIZ (str. 21), a więc zarzut w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy.

Odnosnie zarzutów dotyczących naruszenia we wzorach umowy art. 473 §1 w zw. z art. 5 kc poprzez nałożenia na wykonawcę obowiązku odbioru każdej ilości odpadów bez względu na warunki atmosferyczne; art. 353<sup>1</sup> § 1 kc poprzez wprowadzeniu wymogu

bezpłatnego wyposażenia miejsc gromadzenia odpadów komunalnych, jako sprzecznego z naturą stosunku prawnego; a także naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy 13 września 1996 r, o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., poz. 391 ze zm.) oraz § 6 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek, Zamawiający stwierdził, że zarzuty są bezpodstawne w świetle przepisów prawa miejscowego.

Zamawiający umieścił w przedmiotowej SIWZ wymagania dotyczące odbioru każdej ilości odpadów komunalnych zebranych przez właścicieli nieruchomości, które to wymagania również obejmują punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK), do którego prowadzenia jest zobowiązany podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt K § 3 ust. 3 i 4 uchwały Nr XXIIJ/200/12 Rady Miejskiej Turku z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dn. 28 stycznia 2013 r. poz. 905), wydanej na podstawie art. 6r ust. 2 pkt 2, ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.).

Podobnie Zamawiający umieścił w przedmiotowej SIWZ wymagania dotyczące bezpłatnego wyposażenia miejsc gromadzenia odpadów przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zgodnie z § 7 ust. 5 i § 8 ust. 2 Załącznika nr 1 do uchwały Nr XXIII/196/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dn. 25 stycznia 2013 r. poz. 819), wydanego na podstawie art. 4 ust. 1 i 3, art. 6v ust 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.).

Zamawiający podkreślił, że nie jest uprawniony do samodzielnej zmiany wymagań przyjętej koncepcji Sytemu Gospodarki Odpadami Komunalnymi (SGOK) na terenie Gminy Miejskiej Turek, która wynika z przepisów prawa, w tym aktów ww. aktów prawa miejscowego nakładających m.in. obowiązki w zakresie odebrania każdej ilości odpadów komunalnych zebranych przez właścicieli nieruchomości, w tym również odebrania każdej ilości odpadów komunalnych przez PSZOK oraz bezpłatnego udostępnienia pojemników zarówno do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych jak i do gromadzenia pozostałych odpadów komunalnych (niesegregowanych) przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. To nowo ustanowiony SGOK na terenie Gminy Miejskiej Turek, w drodze ww. aktów prawa miejscowego, przewiduje, że to podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany m.in. do:

- odebrania każdej ilości odpadów komunalnych,
- prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów, w tym również odebrania (przyjęcia)

każdej ilości odpadów komunalnych zebranych w sposób selektywny,

- bezpłatnego udostępnienia pojemników do selektywnej zbiórki i pojemników na niesegregowane odpady komunalne.

Tak określone obowiązki (wymagania) w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi dotyczą zarówno Zamawiającego, mieszkańców gminy, jak i potencjalnego wykonawcy, które to podmioty będą zobowiązane je realizować od dnia 1 lipca 2013 r. Zamawiający podkreślił, że na etapie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości jego samodzielnej zmiany, jest nimi związany, jak każdy kto znajduje się w obszarze obowiązywania prawa miejscowego.

Co do wykładni pojęcia „bez względu na warunki atmosferyczne” w kontekście obowiązku odbioru każdej ilości odpadów, wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a także w § 2 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że jego intencją było potoczne znaczenie tego zwrotu i zwrócenie uwagi wykonawcy na specyfikę świadczonej usługi (przedmiotu zamówienia), która powinna być zrealizowana bez względu na pogodę (zarówno gdy jest gorąco, zimno lub pada deszcz, śnieg...). Podniesienie tego zarzutu w tych okolicznościach według niego nie może być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (których zresztą Odwołujący nie precyzuje). Zwrócił też uwagę na brak związku między ewentualnym naruszeniem przepisów a wpływem tego naruszenia na wynik postępowania, a kwestie te mogą być ewentualnie oceniane w razie sporu sądowego na tle realizacji umowy.

Zamawiający podkreślił, że umieścił w SIWZ szczegółowe dane charakteryzujące zamówienie, którymi dysponował. Nie posiadał on danych, które mogą w sposób jeszcze bardziej precyzyjny przedstawić zapotrzebowanie na pojemniki o określonej pojemności i ilość dla poszczególnej kategorii odpadów (segregowane, niesegregowane) oraz dla poszczególnego rodzaju zabudowy, tj. nieruchomości zamieszkałe (jednorodzinne, wielorodzinne). Podkreślił, że brak bardziej precyzyjnych danych w tym zakresie po stronie Zamawiającego wynika z faktu, iż gospodarowanie odpadami komunalnymi na terenie Gminy Miejskiej Turek odbywało się dotychczas w inny sposób tzn.:

- gospodarowanie odpadami komunalnymi odbywało się w podziale na odpadu „suche” i „mokre” przy którym są wykorzystywane zupełnie inne pojemniki zarówno co do rodzaju, pojemności jak i ilości,

- gospodarowanie odpadami komunalnymi nie było prowadzone w podziale na nieruchomości niezamieszkałe i zamieszkałe (jednorodzinnej, wielorodzinnej) przy którym są wykorzystywane zupełnie inne pojemniki zarówno co do rodzaju, pojemności jak i ilości, gospodarowanie odpadami komunalnymi było realizowane przez sześć podmiotów, z których każdy posiada inne zasoby, jeżeli chodzi o rodzaj, wielkość i ilość pojemników, na temat który Zamawiający nie posiada informacji.

Opracowując nowy SGOK Zamawiający wyjaśnił, że opierał się na wymaganiach przepisów prawa powszechnie obowiązującego, które zakładają pewien model gospodarowania odpadami komunalnymi. W modelu tym szczególną wagę przykładają do gromadzenia odpadów „u źródła” w sposób selektywny z podziałem na frakcje, gdzie wykorzystuje się w zabudowie jednorodzinnej worki i pojemniki, a w zabudowie wielorodzinnej tylko pojemniki.

Co do danych pozwalających na określenie rozmiaru świadczenia wykonawcy i ustalenia ceny (złożenia oferty) Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie przyjętego modelu SGOPK Zamawiający korzystając z pomocy podmiotu zewnętrznego (DS CONSULTING sp. z o. o., z siedzibą w Gdańsku), który specjalizuje się w analizach finansowych szacujących wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, wykonał w październiku 2012 r., stosowny raport, który był wykonany na podstawie danych, które Zamawiający przekazał ww. podmiotowi zewnętrznemu. Te same dane, które były przekazane podmiotowi zewnętrznemu do opracowania wspomnianego raportu oraz dodatkowo dane uzyskane od tego podmiotu, Zamawiający umieścił w przedmiotowej SIWZ. Podniósł, że skoro podmiot zewnętrzny na podstawie przekazanych przez Zamawiającego danych był w stanie oszacować koszty funkcjonowania nowego SGOK na terenie Gminy Miejskiej Turek i określić stawki opłaty, to również Odwołujący, skoro zna specyfikę przedmiotu zamówienia, ma możliwość na ich podstawie oszacować rozmiar i cenę za świadczone na rzecz Zamawiającego usług.

Zamawiający wyjaśnił również, że zamieścił w SIWZ dane m.in. dotyczące przeznaczenia i pojemności pojemników na odpady komunalne zbieranie selektywnie oraz na pozostałe odpady komunalne (niesegregowane), w tym w zabudowie jednorodzinnej, zgodnie z § 7 ust. 1 i § 8 ust. 2 ust. 3 pkt 1 - Załącznika nr 1 do uchwały Nr XXIII/196/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dn. 25 stycznia 2013 r. poz. 819), wydanej na podstawie art. 4 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.). Wśród danych umieszczonych w przedmiotowej SIWZ są również dane dotyczące szacunkowej wielkości i ilości pojemników oraz worków niezbędnych do realizacji zamówienia, które zostały oszacowane przez podmiot zewnętrzny - pkt 3.3.4. SIWZ.

Zamawiający wskazał, że umieścił w SIWZ (pkt 3.2.2) zobowiązanie dotyczące wykonawcy w zakresie zawarcia stosownej umowy użyczenia z właścicielem nieruchomości na terenie zabudowy jednorodzinnej oraz z właścicielem albo zarządcą budynku na terenie zabudowy wielorodzinnej. Podkreślił, że takie zobowiązanie nałożone na wykonawcę w przedmiotowym SIWZ jest konsekwencją wymagań bezpłatnego wyposażenia miejsc

gromadzenia odpadów przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości przyjętych w § 7 ust. 5 i § 8 ust. 2 Załącznika nr 1 do uchwały Nr XXIII/196/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dn. 25 stycznia 2013 r. poz. 819) wydanej na podstawie art. 4 ust. 1 i 3, art. 6r ust 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.).

Wskazał, że nowy SGOK ustanawia zasadę, że Gmina Miejska Turek z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi pokrywa również koszty wyposażenia nieruchomości w pojemniki i worki do zbierania odpadów komunalnych oraz koszty utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym. Z tego powodu Zamawiający w przedmiotowej SIWZ zawarł zapisy zobowiązujące wykonawcę do zakupu i bezpłatnego udostępnienia właścicielom nieruchomości pojemników i worków, co umożliwi uwzględnienie tego kosztu w ofercie.

Odnośnie wymogu zawarcia umowy użyczenia, Zamawiający wyjaśnił, że w celu wywiązania się z postanowień ww. aktów prawnych w zakresie przejętego obowiązku bezpłatnego wyposażenia miejsc gromadzenia odpadów komunalnych, wykorzystał jedną z umów nazwanych przewidzianą w art. 710 k.c. tj. umowę użyczenia. Przewidziane zobowiązanie w przedmiotowej SIWZ, tj. zawarcie przez wykonawcę umowa użyczenia pojemników na odpady komunalne z właścicielem albo zarządcą budynku jest powszechnie stosowaną czynnością prawną w tego rodzaju stosunkach prawnych. Tego rodzaju umowa uprawnienia właścicieli nieruchomości albo zarządców budynków, do korzystania z pojemników na odpady komunalne bez ponoszenia dodatkowej opłaty, która została w kalkulowana w opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

Wskazał również, że w procesie realizacji nowego SGOK na terenie Gminy Miejskiej Turek w Załączniku Nr 1 -DO-1 Deklaracja o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi do uchwały nr XXIII/199/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie określenia wzoru deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz informacji o terminie i miejscu składania deklaracji (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dnia 9 stycznia 2013 r. poz. 298), przewidziano w deklaracji w polach G1, G2 również miejsce na wniosek (deklarację) właściciela nieruchomości (jednorodzinnej i wielorodzinnej) w zakresie zapotrzebowania (rodzaj poj. i ilość szt.) na pojemniki do gromadzenia odpadów niesegregowanych (zmieszanych). Dlatego też zawarcie tego rodzaju umowy użyczenia jest elementem niezbędnym nowego SGOK, który daje możliwość m.in, sprawdzenia przez Zamawiającego czy wykonawca wywiązał się z obowiązku bezpłatnego wyposażenie miejsc gromadzenia odpadów komunalnych w pojemniki, a tym samym czy SGOK jest należycie realizowany przez wykonawcę.

Co do zapisu pkt 3.2.2.B.2 SIWZ wskazał, że został umieszczony przez Zamawiającego zgodnie z § 7 ust. 1 i 2 - Załącznika nr 1 do uchwały Nr XXITT/196/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dn. 25 stycznia 2013 r. poz. 819) wydanej na podstawie art. 4 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r, poz. 391 z późn. zm.).

Ze względu na to, iż powyższe zapisy wynikają z ww. aktu prawa miejscowego, Zamawiający podkreślił, że nie ma możliwości zmiany postanowień punktu 3.2.2.B.2) przedmiotowej SIWZ poprzez jego skreślenie lub modyfikację. Z tego samego powodu zapis w przedmiotowej SIWZ nie może być uznany, za sposób faworyzowania któregoś z wykonawców, ponieważ jest on obowiązujący w równym stopniu dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

Wskazał, że założeniem nowego SGOK jest to, iż w opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi ponoszona przez właścicieli nieruchomości albo zarządców budynków wielorodzinnych zostało w kalkulowane uprawnienia do bezpłatnego korzystania z pojemników i worków na odpady komunalne (segregowane, niesegregowane) bez ponoszenia dodatkowej opłaty. To oznacza, że obowiązek wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w pojemniki i worki przejęła Gmina Miejska Turek, która poprzez zapisy przedmiotowej SIWZ powierzy jego realizację wykonawcy.

Pkt 3.2.2.3.b) i c) SIWZ został umieszczony przez Zamawiającego zgodnie z § 8 ust. 1 i 2 Załącznika nr 1 do uchwały Nr XX111/196/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dn. 25 stycznia 2013 r. poz. 819), wydanej na podstawie art. 4 ust. 1 i 3, art. 6r ust 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r. poz, 391 z późn. zm.). Także w Załączniku Nr 1 - DO-1 Deklaracja o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi do uchwały nr XXII1/199/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie określenia wzoru deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz informacji o terminie i miejscu składania deklaracji (Dz. Urz. Woj. Wlkp. z dn. 9 stycznia 2013 r. poz, 298), przewidziano m.in. w polach G1, G2 również miejsce na wniosek (deklaracje) właściciela nieruchomości (jednorodzinnej i wielorodzinnej) w zakresie zapotrzebowania (rodzaj poj. i ilość szt.) na pojemniki do gromadzenia odpadów niesegregowanych (zmieszanych).

Zapis pkt 3.2.5.C SIWZ z kolei został umieszczony przez Zamawiającego w związku z art. 3 ust. 2. pkt 10, art. 9q ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.). Zamawiający

kierował się tym, że rzetelne dane oraz dokumenty źródłowe w ww. zakresie będzie posiadał Wykonawca, który bezpośrednio będzie realizował nowy SGOK na terenie Gminy Miejskiej Turek. Ponadto przedmiotowy zapis spowoduje, iż Wykonawca będzie przykładał należytą wagę do gromadzenia i przekazywania faktycznych danych na temat nowego SGOK. Na umieszczenie tego wymogu wpływ miało również doświadczenie Zamawiającego w zakresie dotychczasowego nie precyzyjnego przekazywania sprawozdań i informacji przez podmioty gospodarujące odpadami na terenie Gminy Miejskiej Turek.

Treść pkt 3.3.6 SIWZ została umieszczona przez Zamawiającego po analizie i ocenie danych z należytą starannością, w oparciu o dane przekazane przez podmiot zewnętrzny (DS CONSULTING sp. z o. o., z siedzibą w Gdańsku), który na rzecz Gminy Miejskiej Turek wykonał w październiku 2012 r. analizę finansową systemu gospodarki odpadami i kalkulację opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

Co do pkt 3.4.18 został umieszczony w SIWZ ze wskazaniem treści o charakterze fakultatywnym.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, które w jego ocenie utrudniają mu dostęp do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w dostateczny sposób wykazał swój uszczerbek w uzyskaniu zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaskarżone czynności Zamawiającego bowiem w sposób pośredni pozbawiały Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.



Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za zasadne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Zamawiający opisał wskazany warunek udziału w postępowaniu w pkt 14.1 ppkt 3 SIWZ w sposób nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia i w sposób wskazujący na ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Powyższe znalazło zresztą potwierdzenie u samego Zamawiającego, który w dniu 17 kwietnia 2013 r., w toku postępowania odwoławczego, zmienił wskazany warunek, modyfikując treść SIWZ oraz zmieniając treść ogłoszenia o zamówieniu. Dokonana modyfikacja – jak potwierdził w toku rozprawy Odwołujący – była dla niego satysfakcjonująca. Z tych też względów Izba uznała zarzut za zasadny. Powyższe jednak – z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – nie stało się podstawą do uwzględnienia odwołania. Przywołany przepis ustawy Pzp wskazuje bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro wskazane naruszenie przepisów ustawy Pzp zostało przed wydaniem wyroku w przedmiotowej sprawie naprawione w drodze dopuszczalnych w świetle przepisów ustawy Pzp czynności Zamawiającego, Izba w tym zakresie nie mogłaby Zamawiającemu nakazać jakichkolwiek czynności naprawczych.

Niezależnie od powyższego Izba rozpoznała pozostałe zarzuty odwołania i w tym zakresie stwierdziła, że doszło do naruszenia określonych przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie ma wpływ na wynik postępowania – tj. bezpośrednio na możliwość złożenia oferty przez Odwołującego w postępowaniu, a w sposób pośredni także na wybór oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję w postępowaniu, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

W tym zakresie Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia co do:

- 1) dookreślenie ilości pojemników wymaganych przez Zamawiającego co do nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych,
- 2) dookreślenie pojemności pojemników co do nieruchomości wielorodzinnych na poziomie od 0,6 do 7 m<sup>3</sup>,

- 3) dookreślanie wielkości strumienia odpadów w podziale na odpady segregowane i zmieszane, określając jednocześnie ich maksymalną wielkość,
- 4) dookreślenie - w zakresie bezpłatności udostępnienia pojemników właścicielom nieruchomości - konieczności skalkulowania przez wykonawców kosztów z tym związanych w cenie ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że zapisy zawarte w SIWZ co do ilości pojemników wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, a których wartość powinna być skalkulowana przez wykonawców w ich ofertach, są na tyle nieprecyzyjne, że powyższe znacznie utrudnia a wręcz uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert. W efekcie powyższe może też prowadzić do nieporównywalności ofert, które miałyby być złożone przez wykonawców w oparciu o takie postanowienia SIWZ.

Zamawiający wskazywał, że ilość wymaganych pojemników na odpady określił w pkt 3.3 oraz 3.4 SIWZ. Wskazać należy, że w przywołanych punktach SIWZ przywołano jedynie dane dotyczące ilości pojemników dla nieruchomości wielorodzinnych ze wskazaniem, że są to dane obecne (pkt 3.3.2 SIWZ). Zamawiający w sposób wyraźny nie stwierdził, że te dane powinny stanowić podstawę wyceny przyszłego świadczenia wybranego w postępowaniu wykonawcy i że w tym zakresie ten fragment przedmiotu świadczenia (dostawa pojemników) będzie stanowił zakres tego świadczenia, objętego umową w sprawie zamówienia publicznego. Dane te nie są również niejednoznaczne, ponieważ w innym miejscu SIWZ Zamawiający określa dla nieruchomości wielorodzinnych dane co do ilości pojemników, używając określenia: „razem obecne dane” (pkt 3.3.3 SIWZ) i nie korelując tego z danymi zawartymi w pkt 3.3.2 SIWZ. Analogicznie Zamawiający zawał określone dane w pkt 3.3.4, gdzie także wskazuje ilość pojemników, określając ich liczbę na ok. 660 szt. oraz ok. 95 000 szt. jeśli chodzi o worki, nie wskazując czy ta ilość pojemników obejmuje nieruchomości jednorodzinne, wielorodzinne czy jest to łączna ilość wymaganych pojemników. Przywołane zapisy są nieczytelne i mogą prowadzi do różnych wniosków każdego z wykonawców ubiegających się o zamówienie. Pojemniki, które mają zostać udostępnione mieszkańcom w sposób bezpłatny – zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – stanowią istotny element zakresu przedmiotu zamówienia, który podlega wycenie przez wykonawców, co także w sposób niewątpliwy nie zostało określone w postanowieniach SIWZ. Niezależnie od wymogu zawierania umów użyczenia z mieszkańcami na udostępnienie im pojemników przez wykonawcę w ramach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, Zamawiający powinien w SIWZ w sposób wyraźny określić odpłatność pojemników na rzecz wykonawcy, a więc powinien przewidzieć obowiązek uwzględnienia wyceny określonej ilości pojemników oczekiwanych od wykonawców w postępowaniu w ich cenie ofertowej. Zamawiający również, jeżeli będzie

przewidywał dostarczenie dodatkowych pojemników dla mieszkańców, powinien w tym zakresie dookreślić wykonawcom choćby szacunkową, ale maksymalną ilość tych pojemników, które wykonawcy powinni przyjąć przy wycenie swoich ofert i które będą objęte przedmiotem świadczenia, tak aby w trakcie realizacji zamówienia można było określić w którym momencie nastąpi przekroczenia przedmiotu świadczenia.

Z tych też względów zapisy SIWZ w tym zakresie powinny być jednoznaczne i wyczerpujące. Powyższe w tym postępowaniu ma tym większe znaczenie, że Zamawiający przyjął do oceny ofert jak i do rozliczenia z wykonawcą za przedmiot zamówienia ryczałtową cenę ofertową (odpłatność za jeden miesiąc oddzielnie dla nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych).

Zapis dotyczący ilości wymaganych pojemników powinien określać konkretną – maksymalną ilość pojemników wymaganych w niniejszym postępowaniu dla nieruchomości wielorodzinnych. Podobna jest sytuacja, jeśli chodzi o nieruchomości jednorodzinne, co do których wątpliwości są jeszcze większe. Sam zresztą Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że nie posiada w tym zakresie wiedzy, ile pojemników będzie koniecznych do dostarczenia w ramach przedmiotu świadczenia. Podkreślił, że wiedzę tę pozyska dopiero po złożeniu i analizie deklaracji składanych przez mieszkańców Gminy. Wyjaśnił też, że wówczas, jeszcze przed otwarciem ofert, poda te dane wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie. Powyższe potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia nie został na tym etapie postępowania sporządzony przez Zamawiającego prawidłowo, a zatem wymaga istotnej zmiany, która umożliwi wykonawcom właściwą wycenę swojej oferty, a Zamawiającemu da porównywalne oferty w trakcie czynności ich badania i oceny.

Izba uwzględniła również zarzut odwołania odnoszący się do dookreślenia pojemności pojemników co do nieruchomości wielorodzinnych. Izba uznała, że niezasadnym było ograniczenie wielkości pojemników w stosunku do postanowień aktu prawa miejscowego, mianowicie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek stanowiącego załącznik nr 1 do Uchwały Nr XXIII/196/12 Rady Miejskiej Turek z dnia 6 grudnia 2012 r. (Dz. Urz. Woj. Wlkp., poz. 819), do postanowień którego to Regulaminu odwołuje się SIWZ w pkt 3.1.4. W § 8 ust. 1 tego Regulaminu Zamawiający przyjął pojemność pojemników do odbioru pozostałych odpadów komunalnych niesegregowanych na poziomie od 0,6 – 7 m<sup>3</sup>. W postanowieniach SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w sposób znaczący ograniczył minimalną wielkość pojemników, czym naruszył w sposób nieuzasadniony konkurencję. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodną argumentację Odwołującego o preferowaniu konkretnego wykonawcy, który dysponuje określonej wielkości pojemnikami na odbiór odpadów, co jest tym bardziej nieuzasadnione, że akt prawa miejscowego daje podstawę zastosowanie także

pojemników o mniejszej pojemności - na poziomie od 0,6 do 7 m<sup>3</sup>. Z tych też względów Izba także w tym zakresie nakazała Zamawiającemu określoną modyfikację postanowień SIWZ.

Izba nie uznała natomiast za zasadne nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ co do wymaganej kolorystyki pojemników na odpady, uznając, że w tym zakresie Zamawiający – uwzględniając również określony stopień estetyki – ma uprawnienie do określenia tego parametru. Powyższe nie utrudnia wykonawcom możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, a argumentacja o dysponowaniu pojemnikami przez Odwołującego o innej kolorystyce niż wymagana przez Zamawiającego nie uzasadnia naruszenia czy też utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Kolejną istotną kwestią, która legła u podstaw uwzględniania odwołania, był brak określenia wielkości strumienia odpadów, które będą podlegały odbiorowi i zagospodarowaniu przez wykonawcę wybranego w wyniku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywistym jest, nie tylko dla Zamawiającego, że materia objęta przedmiotem niniejszego zamówienia stanowi pewną nowość dla gmin. Oczywistym jest także, że materia ta stanowi szczególną i skomplikowaną materię. Powyższe jednak okoliczności nie upoważniają Zamawiającego do odstąpienia od opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający mając możliwość korzystania z różnych technik ustalenia zakresu przyszłego świadczenia (szczegółowe obliczenie, szacunek w oparciu o określone dane), powinien w sposób jednoznaczny i precyzyjny opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby możliwe było dokonanie jego wyceny. Analiza, na którą powołuje się Zamawiający, sporządzoną przez firmę zewnętrzną, której ustalenia znalazły się w postanowieniach SIWZ zawartych w pkt 3.3.6 w formie tabelarycznych zestawień, stanowi także pewną technikę i możliwość ustalenia wielkości strumienia przyszłej, szacunkowej ilości odpadów. Zaprezentowane jednak wyniki tej analizy są nieprecyzyjne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Z jednej strony bowiem Zamawiający nie określił, jaki charakter mają podane tam wielkości odpadów – minimalny, czy maksymalny. Z drugiej zaś strony Zamawiający, określając wielkość strumienia odpadów, przyjął podział na rodzaje odpadów nieadekwatny do tego rodzaju odpadów, jakie należy przyjąć do odbioru i zagospodarowania w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Strumień wielkości odpadów powinien bowiem – uwzględniając przepisy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - podlegać dookreśleniu ich maksymalnej wielkości w podziale na odpady segregowane i zmieszane.

Izba nie uwzględniła zarzutów odwołania odnoszących się do postanowień SIWZ (§ 2 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy) - konieczności odbioru każdej ilości odpadów komunalnych bez

względu na warunki atmosferyczne. Argumentację Odwołującego, iż nie może ponosić odpowiedzialności na nieodprowadzenie odpadów, w sytuacji trudnych warunków atmosferycznych, kiedy ewentualnie nie będzie przez Gminę zapewnione właściwe utrzymanie dróg, Izba uznała za nieprzekonującą. Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia i różnego rodzaju warunki, w tym atmosferyczne, w których dane zamówienie będzie realizowane, wykonawcy powinni wziąć pod uwagę i uwzględnić w granicach przyjętego ryzyka realizacji przedmiotu świadczenia. Zauważyć także należy, że sytuacje związane z obiektywną niemożnością spełnienia świadczenia odnoszą się do etapu realizacji zamówienia publicznego i uregulowane są przepisami kodeksu cywilnego.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach oraz naruszenia § 6 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Turek, co do wymogu dostarczenia i utrzymania pojemników do odbioru odpadów komunalnych i utrzymywania ich w należyłym stanie technicznym i sanitarnym w związku z brakiem podjęcia uchwały Rady Gminy, o której mowa w art. 6r ust. 3 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Odwołujący w tym zakresie nie wskazuje na naruszenie jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp. Stosownie zaś do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca w odwołaniu musi wykazać naruszenie przepisów ustawy Pzp przy dokonaniu określonych, kwestionowanych przez wykonawcę czynności czy zaniechań, których opuścił się zamawiający. Skoro takiego naruszenia Odwołujący we wskazanym zakresie nie wykazał, opierają się wyłącznie na wykazaniu naruszenia przepisów innej ustawy niż Pzp – ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - czy też wykazaniu naruszenia przepisów prawa miejscowego – zarzut nie mógł być przez Izbę uwzględniony.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp – uznając, że stwierdzone przez izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne (kształt zapisów SIWZ ma znaczenie dla możliwości złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej) - orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie :** .....

.....