

Sygn. akt: KIO 1696/18

WYROK
z dnia 6 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 września 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2018 r. przez **wykonawcę TRANSPRZĘT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Miasto Rzeszów - Urząd Miasta Rzeszowa**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** dokonanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a mianowicie wykreślenie w pkt XIV. „Kryteria oceny ofert oraz znaczenie tych kryteriów i sposobu oceny ofert” pkt 3) „pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów– 10 %” oraz lit. c. „Kryterium pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów (P3) oceniane będzie następująco” zawierającą opis oceny kryterium oraz nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wraz z załącznikami;
- 2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Rzeszów - Urząd Miasta Rzeszowa i**
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę TRANSPRZĘT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku**;
 - 3.2. Zasądza od **zamawiającego Gminy Miasto Rzeszów - Urzędu Miasta Rzeszowa** na rzecz **wykonawcy TRANSPRZĘT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku** 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 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Rzeszów - Urząd Miasta Rzeszowa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Rzeszów, nr postępowania CZ-D.271.59.220.2018*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 sierpnia 2018 r. za numerem 2018/S 151-347127. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

Dnia 20 sierpnia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca TRANSPRZĘT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej również jako „uucg”) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 4 - 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej również jako „uokk”) poprzez uniemożliwienie złożenia w postępowaniu ofert przez wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem:

a) SIWZ i Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) zawiera dyskryminujące, niezasadne i nieuprawnione połączenie w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów,

b) podczas gdy jednocześnie SIWZ i SOPZ zobowiązuje (nakłada wymóg) zorganizowania, wyposażenia przez wykonawcę co najmniej dwóch Punktów Selektynego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) w nieuzasadnionej z góry narzuconej odległości — minimum 5 kilometrów,

2. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 91 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp, poprzez nieprawidłowe sprecyzowanie SIWZ oraz kryteriów oceny ofert, w sposób naruszający zasadę konkurencyjności oraz równości wykonawców albowiem:

a) kryterium zatrudniania przez wykonawcę minimum 50 osób do odbioru odpadów na terenie Gminy uprzywilejowuje większych organizacyjnie wykonawców, którzy są dominujący na rynku, ze szkodą dla mniejszych przedsiębiorców,

b) kryterium zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę nie jest związane z przedmiotem zamówienia i nie decyduje o jakości jego realizacji, co również dyskryminuje mniejszych przedsiębiorców, którzy współpracują przy realizacji działalności gospodarczej np. z przedsiębiorcami prowadzącymi jednoosobowe działalności gospodarcze,

3. art. 22 ust. 1 ustawy pzp i 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wprowadzenie warunków udziału wykonawców odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej w postępowaniu (odbiór odpadów komunalnych od co najmniej 120 000 mieszkańców przez okres 12 miesięcy), które są nieadekwatne dla przedmiotu zamówienia oraz naruszają uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, albowiem:

a) są nadzwyczaj surowsze w porównaniu do organizowanych przez Zamawiającego w ostatnich latach zamówień publicznych tożsamy przedmiotowo, przy niezmiennych warunkach lokalnych (m. in. demograficznych, rynkowych, gospodarczych),

b) nałożenie mniej rygorystycznych warunków również dawałoby przez spełniających je wykonawców rękomię należytego i profesjonalnego wykonania niniejszego zamówienia,

c) wykraczają poza uzasadnione i niezbędne potrzeby Zamawiającego,

4. art. 29 ust 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zawarcie we wzorze umowy; stanowiącego załącznik do SIWZ, zobowiązania wykonawcy do utworzenia i prowadzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (osobistego wykonania zamówienia, które de facto nie stanowi kluczowej jego części), co prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ograniczenia w realizacji zamówienia przez doświadczonych i zdolnych do tego wykonawców; albowiem:

a) kluczową częścią niniejszego zamówienia jest świadczenie odbioru i zagospodarowania określonych odpadów komunalnych, natomiast wprowadzenie do tego zakresu również obowiązków w ramach PSZOK uniemożliwia wykonawcom korzystanie z podwykonawców, którzy realizowaliby zamówienie w zakresie utworzenia i prowadzenia PSZOK,

b) ograniczenie wykonawców w możliwości korzystania z podwykonawców wpływa na jednoczesne uszczuplenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie publiczne,

5. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zawarcie w Opisie Przedmiotu Zamówienia faktycznego przerwania na wykonawcę ciężaru osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu w sposób naruszający i utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności, albowiem:

a) obarcza istotnie zwiększonym ryzykiem (oraz ewentualną odpowiedzialnością) za nieosiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu wykonawców, którzy nie są w posiadaniu instalacji do zagospodarowania odpadów, jednocześnie wprowadzając preferencję wykonawców posiadających tego typu instalacje,

b) umożliwia podmiotom posiadającym rzeczony instalacje do kształtowania polityki cenowej na rynku zagospodarowania odpadów.

6. art. 29 ust. 1 ustawy pzp w z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp, poprzez niekonkurencyjne ustanowienie w ramach zamówienia terminu, który uniemożliwia faktyczne przystąpienie do realizacji zamówienia w terminie z uwagi na zbyt krótki okres od ewentualnego terminu na zawarcie umowy do daty faktycznego rozpoczęcia realizacji zamówienia, albowiem wykonawcy dotychczas niebiorący udziału w adekwatnych uprzednio przeprowadzanych przez Zamawiającego przetargach nie są w stanie w profesjonalnych sposób przygotować się do realizacji zamówienia,

7. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy pzp, poprzez określenie w dokumentacji postępowania niekonkurencyjnych postanowień faworyzujących przedsiębiorców dotychczas realizujących adekwatne zamówienia publiczne na terenie Rzeszowa, albowiem:

a) wykonawcy nierealizujący zamówień w poprzednich latach zobowiązani będą do ponoszenia istotnego ryzyka ekonomicznego związanego z obowiązkiem zakupu tysięcy worków jeszcze przed zawarciem umowy na realizację przedmiotu zamówienia,

b) dokumentacja postępowania określa wynagrodzenie prowizyjne, które jest niedopuszczalne w szczególności w przypadku realizacji zamówienia przez podmiot obsługujący instalację.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania odpowiedniej zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, w sposób szczegółowo opisany i wskazany w uzasadnieniu odwołania, tj. nakazanie Zamawiającemu usunięcia z treści SIWZ i załącznika do SIWZ, tj. SOPZ postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek zorganizowania i wyposażenia PSZOK

w nieuzasadnionej z góry narzuconej odległości — minimum 5 kilometrów; zatrudnienia minimum 50 osób do odbioru odpadów w oparciu o zatrudnienie na podstawie umowy o pracę; zobowiązanie wykonawcy we wzorze umowy do osobistego wykonania zamówienia, które nie stanowi kluczowej części zamówienia;

2) wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z ww. zmianą.

3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów (w tym komunalnych) w szczególności na terenie Miasta Rzeszowa. W związku z tym Odwołujący zainteresowany jest złożeniem ofert, jak również uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Realizacja zamówienia skutkowałaby zapewnieniem Odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności. Dodatkowo wskazał, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodny z przepisami SIWZ utrudnia (w a praktyce uniemożliwia) mu złożenie prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez Zamawiającego oferty. Powyższe prowadzi bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości udziału w postępowaniu, pozyskaniu zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i podjąć działania w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu 1 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający scalając w postępowaniu usługi odbioru i zagospodarowania odpadów oraz zorganizowania i wyposażenia PSZOK naruszył art. 6d ust. 1 uucg w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 4,5 i 6 uokk. Zgodnie z art. 6d ust. 1 uucg - Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6g albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Podkreślił, iż takie sformułowanie przedmiotu zamówienia (pkt III.5 SIWZ) przez Zamawiającego w bezpośredni sposób narusza zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Dodatkowo. uucg przewiduje, iż organ wykonawczy gminy organizuje

przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów, nie zaś na zorganizowanie PSZOK. Powołał się na wyrok KIO sygn. akt KIO 919/13 oraz KIO 749/13. Dodatkowo za nieprawidłowe i naruszające zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami należy uznać sformułowanie przez Zamawiającego obowiązku w postaci zorganizowania wyposażenia i obsługi co najmniej 2 Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w lokalizacjach w odległości nie mniejszej niż 5 km od siebie (pkt 3.2. Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia / SPOZ). Wprowadzenie przez Zamawiającego niczym nieuzasadnionego obowiązku w zakresie odległości pomiędzy PSZOK stanowi w ocenie Odwołującego niczym nieuzasadnione naruszenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, bowiem nie odnosi się do zdolności i możliwości realizacji zamówienia przez wykonawców w zakresie świadczonej usługi odbioru odpadów, która to usługa jest przedmiotem niniejszego zamówienia, a jedynie stanowi o niczym nieuzasadnionym kryterium ograniczającym możliwość złożenia prawidłowej oferty przez niektórych z wykonawców Tym bardziej, że o lokalizacji PSZOK w dużej mierze decydują czynniki związane z możliwościami komunikacyjnymi, dostępem dla mieszkańców, tj. zlokalizowanie w miejscach, które będą umożliwiały szybki i łatwy dostęp dla mieszkańców (węzły komunikacyjne, duże skupiska mieszkańców), a nie odległość wyznaczona w jednostce odległości. Odwołujący zauważył, iż przedmiotowe kryterium będzie mógł spełnić wykonawca, który będzie posiadał dwa PSZOKi w dwóch skrajnych punktach gminy (przy granicy gminy), do których mieszkańcy będą mieli utrudniony dostęp, podczas gdy wykonawca który będzie dysponował dwoma PSZOKami, które będą zlokalizowane w odległości np. 4 km, nawet mimo dobrego dojazdu i dostępu dla mieszkańców, nie będzie spełniał wymogu przewidzianego przez Zamawiającego. Wobec powyższego wprowadzenie przez Zamawiającego ww. wymogu w zakresie z góry narzuconej odległości — minimum 5 km — narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo zauważył, iż istotnym jest również, iż w polskim orzecznictwie oraz poglądach doktryny wskazuje się, że nadużycie pozycji na innym rynku właściwym może mieć miejsce również w tych przypadkach, gdy podmiot dominujący określa zasady funkcjonowania innego rynku, działając jako jego inicjator. Pogląd ten rozwinął się w orzecznictwie w głównej mierze w stosunku do działalności jednostek samorządu terytorialnego (m.in. gmin), które w wielu przypadkach przyjmują na siebie rolę inicjatora określonych rynków lokalnych. Podmioty te podejmując takie absolutne/bezwzględne rozstrzygnięcia mogą zakłócać funkcjonowanie konkurencji na rynkach poddanych ich władczemu oddziaływaniu. W świetle ochrony prawa konkurencji jednymi z najbardziej szkodliwych działań występujących na rynku są transakcje wiązane, w których uzależnia się zawarcie umowy od spełnienia lub przyjęcia przez drugą stronę innego świadczenia.

Przechodząc do zarzutu 2 odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt XIV.C SIWZ (Kryteria oceny ofert oraz znaczenie tych kryteriów i sposobu oceny ofert) wprowadza kryterium by Wykonawca zatrudniał na podstawie umowy o pracę min. 50 osób do odbioru odpadów na terenie Gminy. Zastosowanie przedmiotowego kryterium stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, bowiem kwestionowane kryterium w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje większych organizacyjnie wykonawców, zaś dyskryminuje mniejszych, którzy nie zatrudniają więcej jak 50 pracowników, a jak najbardziej są zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty i z najwyższą starannością. Tylko ten wykonawca uzyska maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium, który jest jednym z dominujących na rynku zagospodarowania odpadów. Natomiast inni wykonawcy, którzy dysponują osobami zatrudnionymi do 50 osób, nie otrzymają w związku z tym żadnych punktów. Ponadto podkreślił, iż zastosowane kryterium pracowników nie jest związane z przedmiotem zamówienia i nie decyduje o jakości i możliwości realizacji zamówienia, bowiem zatrudnienie mniejszej liczby pracowników w wielu przypadkach świadczy o zastosowaniu przez wykonawcę lepszej organizacji pracy, stosowaniu nowocześniejszej technologii, która będzie świadczyła o nawet lepszej możliwości świadczenia usług na rzecz zamawiającego. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający w pkt XIV.C SIWZ określił, iż przez zatrudnienie rozumie wykonywanie pracy na podstawie umowy o pracę. Tym samym w niczym nieuzasadniony sposób wprowadza kryterium dyskryminujące mniejszych wykonawców, którzy współpracują przy realizacji usług np. z podmiotami prowadzącymi jednoosobowe działalności gospodarcze. Zastosowany wymóg w sposób jednoznaczny dyskryminuje wykonawców i utrudnia przedłożenie przez wykonawców oferty na konkurencyjnych warunkach względem dużych podmiotów, które np. wymagają większej liczby pracowników z uwagi na stosowanie przestarzałej technologii lub mało wydajnej organizacji pracy

Uzasadniając zarzut 3 odwołania Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z SIWZ (rozdział V pkt 1.3) Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu i wyraźnie wskazuje, że ma to być co najmniej jedno zamówienie realizowane przez okres 12 miesięcy polegające na odbiorze odpadów komunalnych od co najmniej 120 000 mieszkańców. W orzecznictwie KIO wielokrotnie wskazywano, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą prowadzić do naruszenia zasady równości uczestników postępowania wyrażonej w art. 7 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego wyżej wymieniony warunek udziału

w postępowaniu wyklucza z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawców zdolnych do jego realizacji, ale nie posiadających wymaganego doświadczenia w zakresie świadczenia jednej usługi komunalnej o tak szerokim zasięgu. Poprzez w ten sposób sformułowany warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wiele podmiotów, które realizowały lub realizują usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Zauważył, że w praktyce świadczenie usług o tak obszernym zakresie zdarza się rzadko, a przykładami gmin o liczbie mieszkańców ponad 120 000 są bardzo duże miasta wojewódzkie. Wprowadzenie powyższych wymogów oznacza znaczne utrudnienie dostępu do niniejszego zamówienia a tym samym powoduje faworyzowanie nielicznej grupy podmiotów, która rzeczony warunek udziału w postępowaniu może spełnić. W celu zapewnienia zasad konkurencyjności i równości udziału wykonawców w postępowaniu konieczne jest wprowadzenie proponowanej zmiany. Istotnym jest również to, iż w postępowaniu z 2016 roku Zamawiający wymagał wykazania wykonania usługi odbioru odpadów od co najmniej 80 000 mieszkańców. W niniejszym postępowaniu ani zakres zamówienia, ani jego przedmiot, czy też obszar się nie zmienił, dlatego bezpodstawnym i dyskryminującym jest żądanie przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu spełnienia wykonania usługi odbioru odpadów o 40 000 mieszkańców więcej niż wymagano tego w 2016 r. Tym bardziej, iż żadne okoliczności faktyczne z okresu od 2016 do 2018 roku nie uzasadniają zastosowania przez Zamawiającego podwyższonego warunku względem lat ubiegłych. Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu zasobu potencjału technicznego, kadrowego, doświadczenia, który odnosi się do przedmiotu zamówienia, jego zakresu, nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię wykonania zamówienia nie był pozbawiany prawa złożenia oferty. Opisanie przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu ma niebagatelne znaczenie dla całego postępowania, bowiem częstokroć ma decydujący wpływ na wynik postępowania.

Odnosząc się do zarzutu 4 odwołania Odwołujący zaznaczył, że zgodnie ze wzorem umowy (XXVI SIWZ Załączniki do SIWZ — pkt 2), z § 3 ust. 16 pkt 2) wykonawca

zobowiązany jest do osobistego wykonania zamówienia w kluczowej części zamówienia w zakresie utworzenia i prowadzenia PSZOK. Jak wiadomo z treści SIWZ zasadniczym i głównym przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie oraz odbiór odpadów nie zaś zorganizowanie PSZOK. Kluczowa część, o której mowa w art. 36a ustawy pzp, może oznaczać tyle co najważniejsza z punktu widzenia celu udzielanego zamówienia, taka od której uzależnione jest wykonanie istoty jego przedmiotu. Definiowana jest także jako najbardziej newralgiczne (być może najdroższe) świadczenia czy też elementy będące istotą danego zamówienia. Ponadto kluczowa część zamówienia to ta, która może stanowić podstawę do weryfikacji przez zamawiającego zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Często także część decydująca o rodzaju zamówienia. Rzeczony wymóg zdecydowanie i w istotnym stopniu ogranicza uczciwą konkurencję bowiem uniemożliwia wykonawcom skorzystanie z podwykonawców w zakresie utworzenia i prowadzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, podczas gdy usługa w tym zakresie nie stanowi istotnej części niniejszego zamówienia. Wskazać należy, iż kluczową częścią przedmiotowego zamówienia jest świadczenie odbioru odpadów komunalnych „zmieszanych” i „niepodlegających segregacji” z nieruchomości. Tym samym wskazany zapis stanowi naruszenie ustawy pzp oraz zasady proporcjonalności. W zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach, wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Ograniczenie możliwości podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie publiczne, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań.

W zakresie zarzutu 5 odwołania Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z pkt 4.5.1) lit. c) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, na wykonawcy ciąży odpowiedzialność za zagospodarowanie odebranych odpadów w taki sposób, który zapewni osiągnięcie stosownych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku określonych frakcji odpadów komunalnych. Zgodnie z § 3 ust. 12 wzoru umowy niewywiązanie się z powyższych obowiązków wiązać się będzie z obowiązkiem zapłaty przez wykonawcę kar umownych. W przypadku, gdy wykonawca jest w posiadaniu stosownych instalacji wówczas jest w stanie w sposób optymalny oszacować ryzyko ewentualnego nieosiągnięcia niezbędnych poziomów recyklingu. Okoliczność ta wiąże się z faktem, iż taki wykonawca posiada wszelkie informacje w szczególności o stanie infrastruktury przedsiębiorstwa, ewentualnych jej wadach i poziomie zużycia. Pozwala to na dokonanie znacznie pewniejszych szacunków ryzyka biznesowego niż „podmiot

zewnątrzny", który tego rodzaju dane musi uwzględniać na znacznie szerszym marginesem potencjalnego błędu. Powyższe wpływa przede wszystkim na to jaką cenę zaoferują poszczególni wykonawcy. Analiza wskazuje więc, iż cena oferty zaproponowana przez wykonawców posiadających instalacje będzie w określonym stopniu niższa, od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. Podkreślił, iż nawet minimalna różnica cen może wpływać na to, który z wykonawców będzie uprawniony do realizacji zamówienia publicznego. Ponadto podmioty prowadzące instalacje są uprawnione do ustalania stawek za zagospodarowanie odpadów. W przypadku uzyskania zamówienia publicznego przez taki podmiot, będzie on uprawniony w szczególności do takiej modyfikacji stawki, która będzie optymalizować uzyskiwane z tytułu realizacji zamówienia zyski (wynagrodzenie). Okoliczność ta w sposób rażący narusza interesy pozostałych podmiotów (wykonawców), wpływając jednocześnie na ceny zaproponowane w ofertach. Ponadto zaznaczył, iż powyższa odpowiedzialność Wykonawcy może mieć miejsce również w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy, a leżących po stronie podmiotu obsługującego instalację. Realizacja przetargu zorganizowanego w 2016 r. przez Zamawiającego w przedmiocie adekwatnym do niniejszego zamówienia została powierzona na rzecz konsorcjum przedsiębiorców, w skład którego wchodziły m. in. spółki komunalne zajmujące się obsługą Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (co ma miejsce również obecnie na podstawie treści zawartych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Podkarpackiego). Wykonawca niewchodzący w skład powyższego konsorcjum w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia, zobowiązany będzie do przekazywania określonych odpadów komunalnych do jednego z tych podmiotów. Wystąpienie konkurencyjnych interesów pomiędzy przedsiębiorcami w zakresie niniejszego zamówienia wpływać będzie na okoliczność, zgodnie z którą podmiot obsługujący RCPOK oraz realizujący niniejsze zamówienie będzie wykazywać się większą starannością w dążeniu do uzyskiwania stosownych poziomów recyklingu, niż w przypadku, gdyby zamówienia nie uzyskał. W drugim przypadku bowiem nie będzie ponosić odpowiedzialności wobec Zamawiającego z tytułu kar umownych określonych w umowie na realizację zamówienia. Okoliczność ta w negatywny sposób wpływa na pozycję pozostałych wykonawców, którzy nie mają faktycznego wpływu na czynności podmiotu obsługującego instalację, co naraża ich na ponoszenie nieokreślonych wydatków. Tego rodzaju dystynkcja pomiędzy podmiotami prowadzącymi instalację oraz pozostałymi również wskazuje na naruszenie m. in. zasad uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności w zamówieniach publicznych.

Odnośnie zarzutu 6 odwołania wskazał, że zgodnie z SIWZ otwarcie ofert w ramach zamówienia planowane jest na dzień 20 września 2018 r. Ukształtowanie postanowień w ramach dokumentacji postępowania w sposób faktyczny uniemożliwia przystąpienie do realizacji zamówienia w terminie przez wykonawców, którzy do tej pory nie realizowali działalności gospodarczej na terenie Rzeszowa. Okoliczność ta wynika z faktu, iż Zamawiający określił zbyt krótki okres od ewentualnego terminu na zawarcie umowy do daty faktycznego rozpoczęcia realizacji zamówienia. Dotychczas adekwatną do niniejszego przedmiotu zamówienia usługę świadczyło konsorcjum składające się m.in. ze spółek komunalnych. Ukształtowanie w powyższy sposób terminów wskazuje na preferencję dotychczasowych wykonawców działających w formie konsorcjum, z pokrzywdzeniem pozostałych wykonawców. Ci ostatni bowiem nie są w stanie przeprowadzić wszelkich niezbędnych czynności poprzedzających realizację przedmiotu zamówienia. Dotyczy to w szczególności zorganizowania kadr, sprzętu, logistyki, ewentualnego zawarcia dodatkowych umów z kontrahentami. Należy zaznaczyć, iż minimalny okres na profesjonalne zorganizowanie przedsiębiorcy do realizacji zamówienia publicznego o tak szerokim zakresie oddziaływania oraz o tak niebagatelnej wysokości wynosić powinno co najmniej 2 miesiące. Jednocześnie zgodnie z pkt 4.1.1) zdanie 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający po podpisaniu umowy na realizację zamówienia prześle szczegółowy wykaz nieruchomości, z których odbierane będą odpady komunalne tj. ze stosownie przygotowanych pojemników lub worków. Natomiast wykonawca zobowiązany będzie, w terminie 14 dni od dnia otrzymania wykazu nieruchomości, do przedstawienia na rzecz Zamawiającego harmonogramu. Zachowanie powyższego terminu jest nieproporcjonalne oraz nieadekwatne do wielkości zamówienia oraz dyskryminuje wykonawców dotychczas nierealizujących tego rodzaju usług na terenie Rzeszowa.

W zakresie zarzutu 7 odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2.4.2) Opisu Przedmiotu Zamówienia, wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych Ponadto OPZ wskazuje, iż określony komplet worków wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy. Powyższe stanowi preferencję wykonawców dotychczas realizujących adekwatne zamówienia publiczne na terenie Rzeszowa, albowiem wykonawca rozpoczynający świadczenie tego rodzaju usług zobowiązany będzie do zakupu worków (różnych rodzajów) jeszcze przed podpisaniem umowy z Zamawiającym. Ponadto, wykonawca realizujący zamówienie publiczne i obsługujący równocześnie instalację ma możliwość kształtowania polityki cenowej za zagospodarowanie odpadów. Wskazanie więc w ramach pkt 2.7 8) OPZ, iż wykonawcy przysługuje dodatkowa prowizja od wpływów uzyskanych z tytułu świadczenia

określonych usług w wysokości 96% jest nieproporcjonalne oraz stanowi dodatkowe naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

W dniu 4 września 2018 r. na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający podniósł, że niezasadny jest zarzut, że SIWZ i Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) zawiera dyskryminujące, niezasadne i nieuprawnione połączenie w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Zgodnie z art. 6d ust. 1 uucg w gestii Prezydenta Miasta Rzeszowa jest decyzja czy zamówienie publiczne zostanie udzielone na odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości bądź na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. O przedmiocie zamówienia decyduje Zamawiający, z uwagi na swoje potrzeby. Zatem zasada proporcjonalności nie będzie mieć tutaj zastosowania. Przedmiotem zamówienia, objętego przetargiem jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. W Rzeszowie odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości odbywa się w dwojaki sposób: poprzez odbiór odpadów bezpośrednio z nieruchomości oraz odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości w PSZOK-u. W przypadku odbioru odpadów bezpośrednio z nieruchomości Wykonawca jest zobowiązany w przypadku selektywnej zbiórki ustawić na nieruchomości odpowiednie pojemniki lub worki zgodnie z wymogami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Rzeszów. Natomiast aby odebrać od właścicieli nieruchomości takie odpady jak: przeterminowane leki, i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i inne odpady wielkogabarytowe, zużyte opony, odpady zielone oraz odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy uucg należy utworzyć Punkty Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych. Mając na uwadze treść zarzutu należy domniemywać, iż zamiarem Odwołującego jest podział zamówienia na dwie części: usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości i odbiór i zagospodarowania odpadów komunalnych z PSZOK. W ocenie Zamawiającego działanie Odwołującego zmierza do nadania zamówieniu nowego brzmienia, w sposób, który bez jakiegokolwiek zaangażowania ze strony wykonawcy miałoby umożliwić mu wystartowanie w przetargu. Zamawiający stwierdził, że podział zamówienia na części nie byłby celowy przede wszystkim z uwagi na to, że utworzenie i prowadzenie PSZOK-u jest ściśle związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Na rynku istnieją podmioty zdolne do wykonania zamówienia w powyższym zakresie. Ponadto

ustawodawca przewidział możliwość łączenia podmiotów w konsorcja, jeżeli sam przedsiębiorca nie jest w stanie wykonać zamówienia. Aktualnie przedmiotowa usługa na terenie Rzeszowa jest również realizowana przez konsorcjum firm. Na terenie Rzeszowa realizowane są także odpłatne usługi dodatkowe w zakresie m.in. odbioru odpadów zielonych w workach bezpośrednio z nieruchomości. Usługa podstawowa obejmuje odbiór odpadów zielonych w PSZOK. Ponadto z uwagi na wprowadzone limity przyjęcia odpadów zielonych prowadzona jest wspólna ewidencja ilościowa przyjęcia odpadów zielonych zarówno w systemie workowym z nieruchomości jak i przyjmowanych w PSZOK-u. W związku z tym zasadnym jest prowadzenie powyższej ewidencji przez jednego Wykonawcę.

Zgłoszony przez Odwołującego zarzut dotyczący odległości nie mniejszej niż 5 km pomiędzy PSZOK-ami, w ocenie Zamawiającego jest niezasadny. Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy uucg punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych mają być tworzone w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy. Przepisy prawa nie regulują odległości między tymi punktami. Odległość pomiędzy najdalej wysuniętymi punktami na granicy miasta wynosi obecnie: w kierunkach północ — południe ok. 16 km i w kierunkach wschód — zachód ok. 16 km. Zatem usytuowanie PSZOK-ów w odległości mniejszej niż 5 km jest niecelowe. Zamawiający wskazał, iż odległość pomiędzy aktualnie funkcjonującymi PSZOK-ami wynosi ok. 11 km. Natomiast zorganizowanie PSZOK-u w dużych skupiskach mieszkańców, o ile jest możliwe pod względem prawnym, będzie powodowało uciążliwości związane z funkcjonowaniem PSZOK-u dla okolicznych mieszkańców.

W ocenie Zamawiającego również zarzuty dotyczące kryterium „pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów” są bezzasadne. W celu zapewnienia dobrej organizacji procesu realizacji umowy Zamawiający postawił kryterium „pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów”. Ustawodawca art. 91 ust. 2 ustawy pzp wskazał przykładowy katalog kryteriów oceny ofert. Przedmiotowe kryterium jest jednym z wymienionych we wskazanym artykule, gdyż odnosi się do organizacji pracy wykonawcy. Ma również bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia, gdyż Zamawiający wymaga tylko zatrudnienia osób do odbioru odpadów. Im więcej będzie zatrudnionych osób do realizacji zamówienia tym wykonawca daje gwarancję należytego wykonania umowy. Zamawiający nie będzie dokonywał oceny ofert z uwzględnieniem zatrudnienia wszystkich osób u danego wykonawcy, lecz zatrudnienia w określonej ilości osób, które faktycznie będą wykonywać konkretne czynności (określone w SIWZ) w ramach niniejszego zamówienia. To, iż wprowadzenie kryterium „pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów” jest możliwe i zasadne potwierdza również wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r., sygn. akt: KIO 1607/15. Zamawiający przyznaje punkty

w postawionym kryterium za osoby dodatkowo wskazane do realizacji zamówienia, doprecyzowując jednocześnie w opisie kryterium, iż mają być one zatrudnione na umowę o pracę. Jest to wyłącznie doprecyzowanie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą dodatkowych osób i jednocześnie wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 29 ust 3a ustawy pzp. Nie stanowi zatem samodzielnego kryterium oceny ofert sam fakt zatrudnienia na umowę o pracę. Wykonawca bowiem będzie miał przyznawane punkty za dodatkowy personel przeznaczony do realizacji zamówienia. Oczywistym zaś jest, iż zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy pzp Zamawiający jest obowiązany wskazać w SIWZ wszystkie czynności, których wykonanie będzie zawierało cechy stosunku pracy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie określił te czynności i wymaga, by do ich wykonania co najmniej 50 osób było zatrudnionych na umowę o pracę. Zamawiający zobowiązany jest zatem do wskazania Wykonawcy wszystkich czynności co do których zajdzie konieczność zatrudnienia na umowę o pracę. Ponieważ w SIWZ wskazano iż czynności odbioru odpadów wymagają zatrudnienia na umowę o pracę, to jasnym jest w ocenie Zamawiającego, iż w przypadku gdy Wykonawca w ramach kryterium zadeklaruje, iż zwiększy ilość pracowników do wykonania przedmiotu zamówienia we wskazanym wyżej zakresie musi także zatrudnić tych pracowników na umowę o pracę, by wypełnić obowiązek wynikający z art. 29 ust 3a ustawy pzp. Zamawiający wskazał, że ma prawo do takiego ustalania kryteriów oceny ofert, które w jego ocenie spełnią zamierzenia wynikające z realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący twierdził, że zastosowane kryterium „pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów” nie jest związane z przedmiotem zamówienia i nie decyduje o jakości i możliwości realizacji zamówienia. Z tym twierdzeniem nie zgodził się Zamawiający. Przedmiotem zamówienia jest odbieranie śmieci z nieruchomości. Jest to zamówienie specyficzne i specjalistyczne. Wykonawca musi posiadać nie tylko specjalistyczny sprzęt do odbioru śmieci ale także ludzi, którzy wykonają to zamówienie. Obecny wykonawca, którym jest konsorcjum firm, do wykonania zamówienia zatrudnia min. 80 osób dziennie. Jest to ilość osób pozwalająca wykonać zamówienie zgodnie z warunkami określonymi w OPZ i harmonogramem. Zamawiający podniósł również, że od dnia 1 stycznia 2019 r. usługa odbioru odpadów będzie wykonywana na obszarze większym, niż dotychczas, ponieważ zostaną włączone do Gminy Miasto Rzeszów dwa nowe sołectwa Matysówka i Miłocin, co będzie miało wpływ na ilość osób, które będą realizowały zamówienie. W rzeczywistości wykonawca będzie musiał zatrudnić większą ilość pracowników, niż wymagana przez Zamawiającego. Rozważania co do tego, że zatrudnienie mniejszej liczby pracowników w wielu przypadkach świadczy o zastosowaniu przez wykonawcę lepszej organizacji pracy, stosowaniu nowocześniejszej technologii nie zostały poparte przez Odwołującego żadnym dowodem na taką okoliczność i są czysto teoretyczne.

Intencją Zamawiającego jest premiowanie tych wykonawców, którzy będą zatrudniać liczbę osób większą niż minimum określone w przedmiocie zamówienia. Maksymalnie wykonawca może otrzymać w tym kryterium 10 pkt, 1 punkt za jednego dodatkowego pracownika ponad określone minimum. W ocenie Zamawiającego wymaganie większej liczby osób ponad minimum określone nie ogranicza konkurencji i nie dyskryminuje mniejszych wykonawców. Brak jest podstaw do przyjęcia, że kryterium dyskryminuje mniejszych wykonawców. Jak sam stwierdza w odwołaniu Odwołujący się, przedmiotem przetargu jest zamówienie „o tak szerokim zakresie oddziaływania”. Usługa będzie wykonywana codziennie od poniedziałku do piątku, przez cały okres świadczenia usługi, na terenie całego miasta Rzeszów. Wynika to z częstotliwości odbioru śmieci określonej w regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Rzeszów. Wypadające w tygodniu dni świąteczne zobowiązują Wykonawcę do odbioru odpadów w innym dniu tygodnia. Zatem nie wszyscy wykonawcy są w stanie wykonać niniejsze zamówienie. Podmioty będące małymi przedsiębiorcami nie zostały wyeliminowane z możliwości ubiegania się o niniejsze zamówienie poprzez zapisy SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia jest odzwierciedleniem potrzeb Zamawiającego, które wynikają z obciążającego go obowiązku utrzymania czystości i porządku na terenie gminy. W realizowanym zamówieniu, które ma mniejszy niż obecnie zakres do tego rodzaju czynności zatrudnia się 80 osób dziennie stąd Zamawiający precyzując kryterium i tak przyjął minimalne ilości personelu. Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji w której ze względu na niesprawne wykonywanie zamówienia będzie zagrożone utrzymanie porządku w gminie. Co więcej, jeżeli nawet podmiot będący małym przedsiębiorcą sam organizacyjnie czy też technicznie nie jest w stanie wykonać tak dużego zamówienia a tym samym spełnić wymagań OPZ zawsze może skorzystać z art. 23 ust. 1 ustawy pzp który wskazuje iż Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Taka sytuacja ma miejsce obecnie, kiedy zamówienie wykonuje kilka podmiotów — konsorcjum firm. Kryterium to w żaden sposób w ocenie Zamawiającego nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż każdy z nich może w różnym stopniu spełniać kryteria postawione przez Zamawiającego. Na podstawie ustawy pzp Zamawiający nie jest zobligowany do postawienia kryteriów, które w równym stopniu spełnią wszyscy Wykonawcy występujący na rynku. Jest związane z przedmiotem zamówienia oraz zapewnia jego sprawną i rzetelną realizację.

W ocenie Zamawiającego również zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu jest bezzasadny. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie kwestionuje warunku dotyczącego łącznej masy odpadów, a jedynie odnosi się do ilości mieszkańców. Zdaniem Zamawiającego nie jest to wymóg nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stawianie wymogu warunku nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia uniemożliwi prawidłową ocenę Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i niesie za sobą ryzyko, że wybrany Wykonawca nie będzie w stanie prawidłowo zrealizować przedmiotu zamówienia. Powołał się na wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2016 sygn., sygn. akt: KIO 2285/16. Bezzasadne jest również odwoływanie się do postępowania przetargowego z roku 2016. Zamawiający przy ustalaniu powyższego warunku wziął także pod uwagę dynamiczny wzrost ilości mieszkańców Rzeszowa, a także fakt przyłączenia od 1 stycznia 2019 r. sołectw Matysówka i Miłocin do miasta Rzeszowa. Dla porównania wskazał, że w 2017 r. łącznie zostało zebranych 69 358,176 Mg odpadów komunalnych. Szacuje się że w mieście Rzeszowie zamieszkuje ok. 200 000 mieszkańców.

Niezasadny jest również w ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący osobistego wykonania kluczowej części zamówienia jaką jest utworzenia i prowadzenia PSZOK-ów. Ustawodawca w art. 36a ust. 2 ustawy pzp przyznał prawo Zamawiającemu do określenia części zamówienia mającego charakter kluczowy. W ocenie Zamawiającego warunek osobistego wykonania zamówienia w kluczowej części zamówienia w zakresie utworzenia i prowadzenia PSZOK — ów jest zasadny. Utworzenie i prowadzenie PSZOK-ów jest jedną z głównych części systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Prowadzenie PSZOK-ów to jeden z elementów systemu odbioru odpadów. Jak podnosi Odwołujący zasadniczym i głównym przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów. Z uwagi na to, że w PSZOK-u odbierane są odpady komunalne od właścicieli nieruchomości stanowi to kluczową część zamówienia.

Bezzasadny jest również zdaniem Zamawiającego zarzut osiągnięcia wymaganych ustawowo poziomów odzysku i recyklingu odpadów. Zamawiający zobligował Wykonawcę do osiągnięcia wymaganych ustawowo poziomów odzysku i recyklingu odpadów z uwagi na to, że Wykonawca bezpośrednio realizuje usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości i ich zagospodarowania. W przypadku nienałożenia tego obowiązku na Wykonawcę istnieje ryzyko, że Wykonawca nie będzie informował Zamawiającego o stwierdzonych nieprawidłowościach podczas odbioru odpadów, co może spowodować, że Zamawiający nie będzie miał możliwości właściwie egzekwować prawidłowej segregacji odpadów na nieruchomości, a co za tym idzie osiągnąć wymaganych ustawowo poziomów odzysku i recyklingu odpadów. Ponadto w przypadku nie przekazania tego obowiązku zachodziłaby konieczność zatrudnienia przez Zamawiającego wielu osób do kontroli przy odbiorze przez Wykonawcę odpadów z nieruchomości co niosło by za sobą podrożenie kosztów obsługi systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, że w przypadku nie nałożenia przedmiotowego obowiązku celem

Wykonawcy będzie takie zagospodarowanie odpadów, które będzie dążyło do osiągnięcia jak najlepszego efektu ekonomicznego, a nie będzie dążyło do osiągnięcia wymaganych poziomów odzysku i recyklingu odpadów.

Zarzut Odwołującego, że został niekonkurencyjnie ustanowiony w ramach zamówienia termin od zawarcia umowy do rozpoczęcia realizacji zamówienia, który uniemożliwia faktyczne przygotowanie się i przystąpienie do realizacji zamówienia przez Wykonawcę jest w ocenie Zamawiającego nie zasadny. Zamawiający zakłada, że podpisanie umowy na niniejsze zamówienie nastąpi do końca października br. i tak jak podnosił Odwołujący w uzasadnieniu, Wykonawca będzie miał 2 miesiące na profesjonalne zorganizowanie się do realizacji zamówienia publicznego.

Zarzut Odwołującego dotyczący obowiązku zakupu tysięcy worków jeszcze przed zawarciem umowy na realizację zamówienia jest niezrozumiały i niezasadny. Zgodnie zapisami pkt 2.4 ppkt 3 SOPZ Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć komplet worków do selektywnej zbiórki odpadów w formie tzw. „pakietu startowego” w terminie 7 dni od daty obowiązywania umowy, która ustalona jest na 1 stycznia 2019 r. W związku z tym niezrozumiałe dla Zamawiającego jest podnoszone rzekome zobowiązanie Wykonawcy do zakupu tysięcy worków jeszcze przed zawarciem umowy.

Zapis pkt 2.7 ppkt 8 SOPZ odnośnie przysługującej prowizji dla Wykonawcy od wpływów uzyskanych z tytułu świadczenia usług dodatkowych w wysokości 96 % wynika z faktu, że na podstawie § 7 umowy Wykonawca zobowiązany będzie na podstawie otrzymanego pełnomocnictwa do wystawiania faktur/rachunków w imieniu i na rzecz Gminy Miasto Rzeszów z tytułu świadczenia usług dodatkowych. Od wpływów pozyskanych przez Gminę z tytułu realizacji usług dodatkowych przysługuje Wykonawcy prowizja w wysokości 96 % z tytułu świadczenia usług dodatkowych, o których mowa w pkt 2.4 ppkt 5 i w pkt 2.7 ppkt 1-4 SOPZ. Pozostałe 4% wpływów pokrywa koszty ponoszone przez Gminę związane z obsługą finansową oraz ściąganiem i windykacją należności za usługi dodatkowe.

Na posiedzeniu z udziałem Stron Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym podniósł, co następuje.

Brak jest uzasadnienia w ocenie Odwołującego dla wymogu dot. odległości 5 km pomiędzy PSZOK. Wymóg ten nie posiada jakiegokolwiek rynkowego uzasadnienia z uwagi na następujące okoliczności: brak uzasadnienia funkcjonalno — organizacyjnego — posiadanie 2 PSZOK co prawda nawet w dzielącej je odległości minimum 5 km, jednakże w miejscach będących skrajnymi punktami granic administracyjnych Miasta Rzeszowa i leżących po jednej stronie miasta (np. południowej) i tak będzie determinować obowiązek

pokonania przez osoby mieszkające na drugim końcu miasta (np. północy) znacznej odległości do każdego z tych miejsc; dowolność w określaniu miejsc PSZOK — warunek stawiany przez Zamawiającego będzie również spełniony wówczas, gdy co prawda 2 PSZOKi będą usytuowane od siebie w linii prostej odległości co najmniej 5 km, jednakże w celu dotarcia do nich niezbędne będzie pokonanie znacznie większej ilości drogi. Sytuacja taka może zaistnieć m. in. wówczas, jeżeli droga dojazdowa będzie omijać znaczną ilość przeszkód terenowych (np. wzniesienia/ lasy/ zabudowania). Powyższe okoliczności wskazują w ocenie Odwołującego, iż w praktyce miejsca ewentualnego położenia PSZOK mogłyby być co prawda w większej od siebie odległości niż 5 km, jednakże w znacznie mniej użytecznym stopniu spełniałyby swoją funkcję, niż takie same punkty oddalone w odległości mniejszej niż 5 km. Teoretycznym uzasadnieniem dla wprowadzania tego rodzaju wymogu mogłoby być m. in. udogodnienie dla mieszkańców różnych rejonów Miasta Rzeszowa polegające na skróconym średnim czasie dojazdu do PSZOK. Jednakże w niniejszym stanie faktycznym czas ten może być, nawet pomimo spełniania wymagania, o wiele dłuższy niż gdyby wymóg nie był spełniony. Jedną z okoliczności wskazujących na zasadność powyższych twierdzeń jest w ocenie Odwołującego m. in. obecna sytuacja dot. PSZOK na terenie Miasta Rzeszowa. Istnieją bowiem dwa Punkty Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) prowadzone przez spółkę komunalną - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej — Rzeszów sp. z o.o. Odległość dzieląca istniejące 2 PSZOK co prawda wynosi co najmniej 5 km, jednakże i tak może w niektórych sytuacjach nie spełniać swoich funkcji organizacyjnych. Jest tak z uwagi na fakt, iż mieszkańcy zamieszkujący np. zachodnią część miasta i tak zobowiązani są do pokonania znacznej ilości drogi w celu skorzystania z usług PSZOK.

W dniu 29 czerwca 2018 r. Odwołujący złożył 2 wnioski do Zamawiającego o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów. Pismami z dni 25 oraz 26 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosków m. in. poprzez wskazanie, czy Odwołujący zamierza prowadzić 2 PSZOK. Pismami z dni 9 sierpnia 2018 r. Odwołujący potwierdził tę okoliczność. Następnie Odwołujący, działając jako przedsiębiorca, poczynił szereg nakładów finansowo — operacyjnych w celu realizacji wskazanego wyżej przedsięwzięcia. Do dzisiaj nie zostało wydane zezwolenie na zbieranie odpadów.

Odnośnie kryterium oceny ofert wskazał, że zostało określone w niezwykle nieprecyzyjny sposób, powodujący liczne nieścisłości interpretacyjne, pozwalające Zamawiającemu dokonać dowolnej oceny złożonych ofert. Powyższe wynika z następujących okoliczności: niejednoznaczności, czy pracownicy ci muszą być zatrudnieni wyłącznie do fizycznego odbioru odpadów (np. załoga bezpośrednio obsługująca pojazdy),

czy mogą to jednak być również pracownicy biurowi (których praca też przyczynia się do odbioru odpadów), brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, czy 50 osób w ramach realizacji odbioru odpadów obowiązkowo musi przebywać w czasie świadczenia usługi na obszarze administracyjnym Zamawiającego, czy jednak możliwe jest „zdalne” wykonywanie pracy, tj. np. za pośrednictwem komputera z siedziby Odwołującego, braku doprecyzowania, czy zatrudnienie musi odbywać się w pełnym wymiarze pracy — w rezultacie możliwa będzie sytuacja, w której przedsiębiorca będzie zatrudniał co prawda 50 osób na 1/2 etatu, spełniając niniejsze kryterium, podczas gdy inny przedsiębiorca zatrudniał będzie 49 osób na cały etat, nie spełniając kryterium (mimo, iż teoretycznie może zapewnić prawie dwukrotnie wyższą produktywność), wadliwości praktycznej kryterium, jako nieuwzględniającego okoliczności posiadania zasobów ludzkich o różnej produktywności — co oznacza, iż niekiedy zespół 50 pracowników może być mniej wydajny, niż inny zespół składający się z 30 doświadczonych, efektywnych, profesjonalnych pracowników, braku jasności, czy wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania takiej ilości zatrudnienia przez cały okres realizacji zamówienia. W praktyce profesjonalny przedsiębiorca jest w stanie po pewnym okresie czasu realizacji zamówienia dokonać selekcji niezbędnego zaangażowania oraz dokonać stosownych przesunięć kadrowych. Niewykluczone więc, iż do realizacji niniejszego zamówienia nie będzie niezbędne posiadanie takiej ilości pracowników w określonej lokalizacji.

Wymóg warunku udziału w postępowaniu dot. 120 tys. mieszkańców jest w ocenie Odwołującego zbyt wygórowany oraz nieadekwatny do przedmiotu oraz realiów realizacji zamówienia z uwagi na następujące okoliczności: biorąc pod uwagę liczbę mieszkańców Miasta Rzeszów oraz dokonując jej zestawienia z liczbami mieszkańców innych miejscowości, przy uwzględnieniu wymogów dot. ilości obsługiwanej ludności w przetargach o adekwatnych przedmiotach w tych miejscowościach — istnieje możliwość sporządzenia schematu porównawczego. Wynika z niego, iż średnie wymogi (odnoszące się do ilości obsługiwanych mieszkańców) w przetargach o adekwatnym przedmiocie są niższe, niż w ramach niniejszego postępowania; przykładem wykonawcy, który zrealizował zamówienie o adekwatnym przedmiocie u innego zamawiającego, jest Odwołujący. W ramach zamówienia publicznego organizowanego w Mieście Sanok jednym z oferentów był Odwołujący, który w ówczesnym czasie nie posiadał znacznego doświadczenia w obsłudze większych miejscowości. Udział w przetargu możliwy był z uwagi na określone warunki udziału w postępowaniu, które Odwołujący spełniał. Okoliczności te pozwoliły przedsiębiorcy zrealizować zamówienie bez jakichkolwiek komplikacji — w szczególności bez obowiązku zapłaty kar umownych czy ponoszenia innych sankcji. Określenie wymogów nawet na

niższym poziomie może i tak gwarantować rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. O prawdziwości tego stwierdzenia świadczą przede wszystkim wskazane dowody, które jednocześnie stanowią o niezwykle wygórowanych warunkach udziału w postępowaniu w Rzeszowie. Ponownie Odwołujący stwierdził, iż takie ich określenie stanowi naruszenie uczciwej konkurencji na rynku w szczególności poprzez ograniczanie ilości potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył również, że jedyne na terenie Miasta Rzeszów dwa PSZOK są w chwili obecnej w posiadaniu wyłącznie jednego wykonawcy — spółki komunalnej. W rezultacie, aktualnie jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji niniejszego zamówienia publicznego zawierającego tak określone, niezwykle rygorystyczne wymagania i obowiązki jest w ocenie Odwołującego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej. Oznacza to, iż przy niezmiennym stanie faktycznym, tj. niewydaniu przez Zamawiającego do czasu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego nowych zezwoleń na zbieranie odpadów, w ramach niniejszego zamówienia publicznego będzie mogła być złożona wyłącznie jedna oferta, która będzie faktycznie spełniać wszelkie wymagania Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że pkt 4.5.1. lit. c) SOPZ stanowi o obciążeniu wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie niezbędnych poziomów recyklingu wiążących się z zagospodarowaniem odebranych odpadów. Stwierdził, iż tego rodzaju obowiązek, przy istniejących w Mieście Rzeszów realiach gospodarczo — rynkowych związanych z zagadnieniem zagospodarowania odpadów, stanowi rażące naruszenie interesów wykonawców. Powyższe uzasadnia fakt, iż niedawno wybudowana na terenie Miasta Rzeszów Instalacja Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii (ITPOE) do dnia dzisiejszego nie rozpoczęła prawidłowej i ciągłej realizacji usługi przetwarzania odpadów. W rezultacie, wykonawca zostaje pozbawiony niezwykle istotnego elementu umożliwiającego osiągnięcie wskazywanych przez Zamawiającego poziomów odzysku. Obciążenie wykonawcy tego rodzaju odpowiedzialnością, przy braku wpływu przedsiębiorcy na działalność ITPOE, jest nie do zaakceptowania z uwagi na zbyt duże ryzyko finansowe po stronie wykonawcy.

Dokonując dodatkowego uzasadnienia zarzutu 6 odwołania Odwołujący przedstawił harmonogram czynności, których przeprowadzenie jest niezbędne przez profesjonalnego przedsiębiorcę w celu odpowiedniego przygotowania zaplecza technicznego, funkcjonalnego — na potrzeby prawidłowej realizacji niniejszego zamówienia (dla przedsiębiorcy, który do tej pory nie realizował działalności gospodarczej na danym rynku lokalnym). Zestawienie zawiera wyszczególnienie terminów i czynności, które mogą być podjęte przez przedsiębiorcę w razie braku istnienia jakichkolwiek przeszkód, tj. odnosi się do teoretycznego, niezakłóconego przebiegu zdarzeń. Natomiast w praktyce nie sposób w

ocenie Odwołującego wykluczyć możliwości zaistnienia przeszkód (prawnych, faktycznych), których wystąpienie oczywiście powodowałoby wydłużenie czasu, który jest niezbędny na odpowiednie przygotowanie się do świadczenia usług na nowym rynku. Ukształtowanie terminów w niniejszym postępowaniu jest zdaniem Odwołującego o wiele korzystniejsze dla przedsiębiorców, którzy do tej pory świadczyli już działalność gospodarczą na lokalnym rynku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób sformułowania treści SIWZ przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcę mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum. Odwołujący może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, pytania i odpowiedzi do SIWZ oraz zmiany SIWZ, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego wraz z załącznikami.

Izba dopuściła również dowody przedstawione na rozprawie przez Odwołującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Zarzut 1 odwołania - naruszenie art. 6d ust. 1 uucg w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 4 - 6 uokk.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt III 2. SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) *Przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Rzeszów pochodzących z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. W ramach świadczonej usługi Wykonawca zobowiązany będzie do: 1. zorganizowania, wyposażenia i obsługi co najmniej dwóch Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) [...]*

W myśl pkt 3.2. 1) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia *Wykonawca winien zorganizować, wyposażyć i obsługiwać od dnia realizacji umowy co najmniej 2 Punkty Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych położone na terenie Gminy w lokalizacjach dogodnych dla mieszkańców w odległości nie mniejszej niż 5 km od siebie.*

W myśl art. 3 ust. 2 pkt 6 uucg: *Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności: tworzą punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy [...]*

Zgodnie z art. 6d ust. 1 i 2 uucg: *1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. 2. W celu zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wyznaczenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych rada gminy liczącej ponad 10 000 mieszkańców może podjąć uchwałę stanowiącą akt prawa miejscowego, o podziale obszaru gminy na sektory, biorąc pod uwagę liczbę mieszkańców, gęstość zaludnienia na danym terenie oraz obszar możliwy do obsługi przez jednego przedsiębiorcę odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.*

W myśl art. 6r ust. 2d uucg *W zamian za pobraną opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina zapewnia właścicielom nieruchomości pozbywanie się wszystkich rodzajów odpadów komunalnych, przy czym rozumie się przez to odbieranie odpadów z terenu nieruchomości, o których mowa w art. 6c ust. 1 i 2, przyjmowanie odpadów przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych oraz zapewnianie przyjmowania tych odpadów przez gminę w inny sposób.*

Zgodnie z art. 9l ust. 1 uoig w Rozdziale 4a Warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych: *1. Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzącą w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi.*

Artykuł 9ea. w Rozdziale 4a Warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych stanowi: *Podmiot prowadzący punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych jest obowiązany do: [...]*

W myśl art. 7 ustawy pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty Odwołującego są niezasadne. W ocenie Izby połączenie w ramach jednego postępowania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów z utworzeniem i wyposażeniem dwóch punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych nie pozostaje w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zabrania zamawiającemu takiego przeprowadzenia postępowania w celu udzielenia zamówienia publicznego, które obejmie kompleksowo wykonanie przez wykonawcę wybranego wszystkich obowiązków nałożonych na gminę w związku z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie wyodrębnia zorganizowania PSZOK jako usługi znajdującej się poza grupą usług wchodzących w skład usług odbioru i zagospodarowania odpadów. W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustalił sposób świadczenia usługi w sposób całościowy, kompleksowy i jednolity. Podmiot realizujący umowę będzie zobowiązany wykonać całokształt zadań składających się na przedmiot zamówienia. W konsekwencji Zamawiający

w prosty i przejrzysty sposób może kontrolować prawidłowość wykonania obowiązków nałożonych umową. Takie działanie Zamawiającego, będącego gospodarzem postępowania należy uznać za logiczne i racjonalne. Zamawiający wskazał, że istotne były również względy organizacyjne jak na przykład obowiązek ewidencyjny w zakresie odpadów zielonych, którego powierzenie jednemu wykonawcy zapewni skuteczną kontrolę narzuconych limitów. Zamawiający posiada uprawnienie do takiego ukształtowania postępowania o zamówienie publiczne aby w jak największym stopniu zrealizować i zabezpieczyć własne potrzeby oraz cele, a w niniejszym postępowaniu także zastosować rozwiązania z korzyścią dla mieszkańców gminy. Okoliczność, iż takie sformułowanie przedmiotu zamówienia nie odpowiada wszystkim wykonawcom, nie może stanowić podstawy do uznania zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy pzp, za zasadny. Oczywistym jest jednak, iż sposób realizacji zamówienia, opisany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może ograniczać konkurencji. Zaznaczenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu zakres zadań nałożonych na wykonawcę jest równy dla każdego uczestnika postępowania. Izba zwraca również uwagę, że wejście na nowy rynek, nowych podmiotów zawsze wywołuje poniesienie innych, dodatkowych kosztów, które wykonawcy, za udział w tym rynku są zobligowani ponieść. Poniesienie tych dodatkowych kosztów nie powoduje jednoznacznie ograniczenia konkurencji, czy równego traktowania wykonawców. Jest to bowiem ryzyko, które wykonawcy muszą ponieść. Ponadto, zdaniem Izby, każdy wykonawca, czy to już świadczący usługę, czy nowy będą w równym stopniu ponosić koszty świadczenia usługi. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wymóg utworzenia i prowadzenia (PSZOK) jest wymogiem uzasadnionym i zgodnym z obowiązującymi przepisami. Zdaniem Izby, nie ma prawnych przeszkód, by wymóg utworzenia i prowadzenia punktów odbioru odpadów był nałożony na wykonawcę odbierającego odpady komunalne, tym bardziej, że takie rozwiązanie jest racjonalne i korzystne przede wszystkim dla mieszkańców. Skupia w jednym miejscu działania oraz odpowiedzialność za odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców gminy. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zamawiający nie połączył usługi odbierania odpadów z inną, nie wiążącą się rzeczowo i funkcjonalnie. Zamawiający ustalając zakres zamówienia porusza się w obszarze odbierania odpadów komunalnych, tworząc optymalny dla gminy system. Powierzenie zorganizowania i prowadzenia PSZOK podmiotowi trzeciemu miałyby się z celem jego utworzenia (obsługa mieszkańców, od których odbierane będą odpady w związku z odbiorem tych odpadów) i nie zapewniłoby efektywnego świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych, w tym właściwego poziomu komunikacji pomiędzy mieszkańcami a wykonawcą tej usługi. (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 766/13, KIO 767/13). Co więcej, Odwołujący nie wykazał że brak podziału

zamówienia na części utrudnia uczciwą konkurencję. Każdy z Wykonawców ma możliwość złożenia oferty w postępowaniu, również Odwołujący, który jak sam wskazał ma dwie możliwości spełnienia wymagania utworzenia PSZOK, na co w ocenie Izby został ustalony wystarczający czas od ogłoszenia postępowania do rozpoczęcia realizacji usługi, która została wyznaczona na 1 stycznia 2019 r. Trudności w uzyskaniu zezwolenia dotyczą sfery administracyjnej. Odwołujący wskazał, że został wezwany do wyjaśnień, których udzielił i oczekuje na decyzję Urzędu Miasta. Izba nie jest w stanie ustalić jakie okoliczności mają wpływ na brak decyzji organu odnośnie wydania zezwolenia, jednak z wezwania do wyjaśnień wynika, że są to przyczyny leżące po stronie Wykonawcy, a mianowicie stwierdzone braki wniosku. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że brak jest na rynku podmiotów, którzy mogliby wykonać kompleksowo usługę stanowiącą przedmiot zamówienia.

Przechodząc do kwestii wymogu zorganizowania i wyposażenia przez wykonawcę co najmniej dwóch Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) w odległości minimum 5 kilometrów od siebie Izba zważyła, że tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Zamawiający zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach musi zapewnić mieszkańcom dostępność punktów PSZOK. Wypełniając żądanie Odwołującego wyrażone na rozprawie, a mianowicie nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ poprzez wprowadzenie wymogu wprost z art. 3 ust. 2 pkt 6 uucg doprowadziłoby do całkowitej dowolności po stronie wykonawców w ustalaniu miejsc odbioru PSZOK. Interpretacja *łatwego dostępu dla wszystkich mieszkańców gminy* może być odmienna dla każdego wykonawcy i raczej będzie sprowadzała się do zaspokojenia wykonawcy subiektywnych potrzeb aniżeli faktycznej dostępności dla mieszkańców. Powyższe może zaś spowodować niespełnienie przez gminę wymogu, jaki nakłada na niego ustawa. Racjonalnym jest zatem określenie ram miejscowych, poza którymi utworzenie PSZOK stanie się niecelowe. Jak wskazał Zamawiający dotychczas punkty PSZOK znajdowały się w odległości około 11 km od siebie, co przy obszarze gminy - odległość pomiędzy najdalej wysuniętymi punktami na granicy miasta w kierunkach północ — południe ok. 16 km i w kierunkach wschód — zachód ok. 16 km spełniało oczekiwania mieszkańców. W ocenie Izby nie jest to wymóg nadmierny, szczególnie że sam Odwołujący w złożonym dowodzie - mapce, wskazał planowane punkty PSZOK w większej od siebie odległości niż wymagane przez Zamawiającego 5 km.

Zarzut 2 odwołania - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 91 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp.

Izba uznała, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt XIV. SIWZ Kryteria oceny ofert oraz znaczenie tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający określił następujące kryterium oceny ofert: 3) *pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów– 10 %.* c. *Kryterium pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów (P3) oceniane będzie następująco: Zamawiający wymaga aby Wykonawca zatrudnił min. 50 osób do odbioru odpadów na terenie Gminy. Poprzez zatrudnienie rozumie się wykonywanie pracy na podstawie umowy o pracę. Zamawiający przyzna po 1 punkcie za dodatkową osobę zatrudnioną (ponad 50 osób) do odbioru odpadów na terenie Gminy. [...] Maksymalna liczba punktów, którą Zamawiający przyzna za dodatkowych pracowników to 10 punktów. Punkty w kryterium „pracownicy zatrudnieni do odbioru odpadów” (zostaną przyznane tylko w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o ilości pracowników (w druku OFERTA). W przypadku nie złożenia takiego oświadczenia oferta otrzyma 0 punktów oraz Zamawiający uzna że Wykonawca zaoferował minimalną ilość pracowników zatrudnianych do odbioru odpadów tj. 50 pracowników. W przypadku zaoferowania ilości pracowników zatrudnianych do odbioru odpadów mniejszej niż minimalna wymagana (50 pracowników), oferta zostanie odrzucona.*

Zgodnie z pkt III 4. SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia: *Wymagania określone w art. 29 ust. 3a Pzp. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób do wykonywania następujących czynności w zakresie realizacji zamówienia: pracowników zaangażowanych bezpośrednio przy odbiorze i zagospodarowaniu odpadów tj.: kierowców samochodów odbierających odpady, pracowników zajmujących się odbiorem odpadów, innych osób wykonujących wszelkie czynności związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów w okresie realizacji umowy. Sposób dokumentowania zatrudnienia w/w osób, uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę powyższych wymagań oraz sankcje z tytułu niespełnienia tych wymagań określa wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ.*

W myśl art. 22 ust. 2 i 2a ustawy pzp stanowi: 2. *Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności: 1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U.*

z 2016 r. poz. 2046 i 1948 oraz z 2017 r. poz. 777, 935 i 1428); 2) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2017 r. poz. 1065, 1292, 1321, 1428, 1543 i 2371); 3) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2017 r. poz. 665, 666, 768, 1452, 2217 i 2400), mających trudności w integracji ze środowiskiem; 4) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2017 r. poz. 882, 2245 i 2439); 5) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2017 r. poz. 1769 i 1985); 6) osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1836 i 2003 oraz z 2017 r. poz. 60); 7) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia; 8) osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. poz. 823). 2a. Zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust. 2.

W myśl art. 29 ust. 3a ustawy pzp Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666, 2138 i 2255 oraz z 2017 r. poz. 60 i 962).

Artykuł 91 ust. 2 i 3 ustawy pzp: 2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne; 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia; 4) aspekty innowacyjne; 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. 3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Izba zważyła, że ustalenie w kryterium oceny ofert zatrudnienia określonej ilości osób na umowę o pracę nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy pzp. W pierwszej kolejności wskazać należy, co słusznie podniósł Zamawiający, że ustawa pzp, a mianowicie kryteria oceny ofert wynikające z treści art. 91 ust. 2 nie stanowią katalogu zamkniętego, co wynika z użycia określenia „w szczególności”. Rozważając jednak zastosowanie w postępowaniu innego kryterium niż wynikające wprost z ustawy wymaga ustalenia przede wszystkim, czy odnosi się ono do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby fakt, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez osoby pozostające w stosunku pracy, a w istocie założenie, że oferta może być oceniana według kryterium liczby zatrudnionych pozostających w stosunku pracy, nie znajduje podstaw w przepisach ustawy pzp. Izba zauważa, że jakkolwiek wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a ustawy pzp stanowić element opisu przedmiotu zamówienia, jako wynikający literalnie z przepisu, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert nie wskazują na taką możliwość. Co więcej, również treść art. 29 ust. 3a ustawy pzp stanowi o osobach wykonujących określone przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, nie zaś o liczbie tych osób. Ponadto istotnym jest spostrzeżenie, że opis kryteriów społecznych w art. 22 ustawy pzp wyraźnie stanowi, że ma się ono odnosić do osób których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, nie zaś polegać samej formie nawiązania stosunku pracy (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2152/16). Jednocześnie zaznaczenia wymaga, że kryterium liczby zatrudnionych na umowę o pracę dotyczy właściwości wykonawcy i stanowi ingerencję w sposób i wewnętrzną organizację realizacji przez danego wykonawcę zamówienia, dlatego też należy uznać je za niedozwolone w świetle art. 91 ust. 3 ustawy pzp. Co więcej, kryterium takie jak słusznie podnosił Odwołujący prowadziłoby do ograniczenia dostępu do zamówienia małym i średnim przedsiębiorcom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać dane zamówienie.

Zarzut 3 odwołania - naruszenie art. 22 ust. 1 ustawy pzp i 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w pkt V 1.3.1. SIWZ postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej: *Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedno zamówienie na usługę polegającą na: odbiorze odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 40 000 Mg przez okres 12 miesięcy lub odbiorze odpadów komunalnych od co najmniej 120 000 mieszkańców przez okres 12 miesięcy.*

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

W myśl art. 22 ust. 1a ustawy pzp *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 ustawy pzp).

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ustawy pzp nakazuje w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu ustalenia ich na poziomie, który służy założonym celom, przy uwzględnieniu specyfiki danego zamówienia, w tym jego rodzaju, przedmiotu, zakresu, sposobu wykonania, wartości i sposobu płatności. Warunki udziału w postępowaniu mają zapewnić zamawiającemu wybór wykonawcy dającego rękojmię należytej realizacji określonego zamówienia. Istotna jest jednak równowaga pomiędzy uzasadnionym interesem zamawiającego a zachowaniem umiaru, tak aby nie zostały wprowadzone nadmierne wymagania ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego prawidłowej realizacji. Izba zważyła, że w przedmiotowej sprawie w zakresie postawionego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej obejmującego wykonanie jednej usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od co najmniej 120 000 mieszkańców przez okres 12 miesięcy taka równowaga nie została zachwiana. Izba uznała, że wymóg dotyczący liczby mieszkańców

nie jest wymogiem nadmiernym, czy nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, że w poprzednio ogłoszonym postępowaniu Zamawiający ustalił warunek na poziomie 80 000 mieszkańców, a zwiększenie tego wymogu jest nieuzasadnione. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić, bowiem jak podnosił Zamawiający liczba mieszkańców Miasta zwiększyła się w tym czasie i obecnie zgodnie ze złożonym dowodem wynosi 190 939 mieszkańców. Od roku 2019 zwiększy się również obszar objęty usługą odbioru i zagospodarowania odpadów w porównaniu z poprzednio realizowanym zamówieniem o dwa nowe sołectwa. Ciężar dowodu w zakresie niezachowania zasady proporcjonalności w warunkach udziału w postępowaniu spoczywa na Odwołującym, który powinien złożyć dowody na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący przedstawił jak formułując warunek udziału w postępowaniu inni zamawiający na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, jednak w większości warunek ten odnosił się do masy odbieranych odpadów. Co istotne, Zamawiający ukształtował warunek w sposób alternatywny: wykonawca może wykazać się jedną usługą *polegającą na: odbiorze odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 40 000 Mg przez okres 12 miesięcy lub odbiorze odpadów komunalnych od co najmniej 120 000 mieszkańców przez okres 12 miesięcy*. Zaznaczenia wymaga w tym miejscu, że Odwołujący nie kwestionował pierwszego z postawionych warunków, który jest wystarczający dla uznania wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a dotyczącego masy odpadów. W tym świetle uznać należy, że warunek ustalony przez Zamawiającego nie ogranicza Odwołującemu możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Na marginesie Izba wskazuje na dyspozycję art. 22a ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu może polegać na zdolności technicznej lub zawodowej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, co stanowi alternatywę dla wykonawców niespełniających postawionego warunku samodzielnie. Co więcej, art. 23 ustawy pzp umożliwi wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut 4 odwołania - naruszenie art. 29 ust 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt V 7.1. SIWZ Podwykonawcy Zamawiający wskazał: *Zamawiający zastrzega osobiste wykonanie przez wykonawcę zamówienia w kluczowej części zamówienia tj. odbiór odpadów*

komunalnych „z mieszanych” i „niepodlegających segregacji” z nieruchomości, utworzenie i prowadzenie Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych

Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy pzp: *Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi.*

W ocenie Izby uznanie danej części zamówienia za kluczową jest uprawnieniem Zamawiającego. Utworzenie punktów PSZOK należy uznać za jedną z głównych części zamówienia, bowiem stanowi istotny element systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Działanie takie jest działaniem racjonalnym, uzasadnionym potrzebami Zamawiającego i stanowi zabezpieczenie przed ewentualnym działaniem podmiotów trzecich w zakresie w jakim dotyczy to możliwości odbierania odpadów od mieszkańców i eliminowaniu dzikich wysypisk śmieci. W tym zakresie powierzenie tej części zamówienia do osobistego wykonania przez Wykonawcę znajduje uzasadnienie w celu, jakim ma służyć utworzenie i wyposażenie punktów PSZOK. Ponadto, zdaniem Izby nie ogranicza wykonawców w zakresie w jakim mogą tworzyć konsorcja i wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego w myśl art. 23 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut 5 odwołania - naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 4.5.1) lit. c Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia: *Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zobowiązany jest do: c) zagospodarowania odebranych odpadów w sposób, który zapewni osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku niektórych frakcji odpadów komunalnych, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 2167),: - papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła: w 2019 r. – 40 % (za każde półrocze), w 2020 r. – 50 % (za każde półrocze), - innych niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe: w 2019 r. – 60 % (za każde półrocze), w 2020 r. – 70 % (za każde półrocze).*

W § 3 ust. 12 pkt 1 wzoru umowy wskazano: *W razie, gdy Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty kary z tytułu: 1) nieosiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania*

do ponownego użycia i odzysku niektórych frakcji odpadów, o których mowa w pkt 4.5. ppkt 1 lit. c Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia [...] to Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości kary, także po zakończeniu lub rozwiązaniu niniejszej umowy.

W myśl art. 7 ustawy pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp: 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku uzyskiwana odpowiednich poziomów recyklingu Izba podziela w całości argumentację zawartą w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie. Po pierwsze działanie takie jest działaniem racjonalnym i ekonomicznie uzasadnionym, bowiem to wykonawca realizujący umowę będzie miał bezpośredni wpływ na osiągnięcie poziomów odzysku i recyklingu. Jak wskazał Zamawiający wykonawca będzie miał wiedzę o nieprawidłowościach w segregacji odpadów przez mieszkańców, co eliminuje konieczność zatrudnienia przez Zamawiającego dodatkowych pracowników nadzorujących odbiór odpadów i znacznie zmniejsza koszty ponoszone przez gminę w związku z wypełnieniem zadań nałożonych uucg. Odwołujący powoływał się w tym zakresie na okoliczność, że instalacje przeznaczone do termicznego przetwarzania odpadów nie rozpoczęły na terenie Miasta Rzeszów pracy w sposób ciągły, tym samym obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomów recyklingu jest wymogiem nadmiernym i preferuje wykonawców posiadających takie instalacje. Istotnym jest, że osiągnięcie poziomów recyklingu dotyczy takich odpadów jak papier, metal, tworzywa sztuczne, szkła i inne niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe, a więc odpadów objętych recyklingiem a nie spalaniem. Jak wskazał Zamawiający, a Odwołujący nie zaprzeczył instalacje, na które Odwołujący się powołuje dotyczą spalania odpadów zmieszanych. Usunięcie tego wymogu SIWZ spowoduje, że wykonawca realizujący umowę nie będzie miał żadnego interesu w kontrolowaniu poziomów recyklingu. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów powołanych przez Odwołującego.

Zarzut 6 odwołania - naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp w z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 36 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

We wzorze umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) po zmianie SIWZ z dnia 23 sierpnia 2018 r. w § 2 wskazano: *1. Termin obowiązywania niniejszej umowy strony ustalają do 31 grudnia 2019 r. 2. Umowa obowiązuje od 1 stycznia 2019 r., z zastrzeżeniem ust. 3. 3. W razie, gdy umowa zostanie podpisana po 1 stycznia 2019 r. umowa obowiązuje od dnia zawarcia umowy.*

Zgodnie z pkt XII SIWZ po zmianie z dnia 22 sierpnia 2018 r. miejsce i termin składania ofert ustalono na dzień 25 września 2018 r.

Zgodnie z pkt 4.1.1) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia: *[...] Zamawiający po podpisaniu umowy przekaże szczegółowy wykaz nieruchomości, z których odbierane będą odpady komunalne z odpowiednich pojemników (bądź zgromadzone w odpowiednich workach), a Wykonawca w terminie do 14 dni od daty jego otrzymania obowiązany będzie przedstawić harmonogram, do zatwierdzenia przez Zamawiającego. Po zatwierdzeniu harmonogramu przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany będzie do przekazania go wszystkim właścicielom nieruchomości objętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi w terminie do 7 dni od dnia rozpoczęcia realizacji umowy [...].*

Na wstępie wskazać należy, że Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut na twierdzeniu, że w celu profesjonalnego przygotowania się do świadczenia przedmiotowej usługi wykonawca potrzebuje około 2 miesięcy. Terminy, które Odwołujący powołał w złożonych dowodach nie znajdują odzwierciedlenia w niniejszym stanie faktycznym. Odwołujący liczy termin na przygotowanie się do świadczenia usługi od upływu 90 dniowego terminu związania ofertą, co jest działaniem nielogicznym i nieuzasadnionym. Jak wskazał Zamawiający podpisanie umowy jest planowane na koniec października 2018 r., tym samym Zamawiający będzie miał około miesiąca na badanie i ocenę ofert licząc od terminu ich składania i otwarcia tj. 25 września 2018 r. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca rozpocznie realizację zamówienia z dniem 1 stycznia 2019 r., a zatem będzie miał około 2 miesięcy na przygotowanie. W okresie pomiędzy podpisaniem umowy a faktycznym świadczeniem usługi Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązki niewiążące się z nakładami finansowymi, jak na przykład opracowanie harmonogramu czy złożenie wykazu sprzętu. W ocenie Izby nie jest to wymóg nadmierny.

Zarzut 7 odwołania - art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 2.4.2) i 3) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia: 2) *Worki do selektywnej zbiórki odpadów zapewnia Wykonawca.* 3) *Komplet worków do selektywnej zbiórki odpadów w formie tzw. „pakietu startowego” Wykonawca obowiązany jest dostarczyć w terminie 7 dni od daty obowiązywania umowy.*

Zgodnie z pkt 2.7 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia: *Dodatkowe usługi świadczone przez Wykonawcę za dodatkową odpłatnością: 1) Wykonawca ma obowiązek zapewnić odpłatnie odbiór odpadów budowlanych, rozbiórkowych, wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz innych odpadów, a w razie takiej potrzeby załadunek odpadów właścicielom nieruchomości, którzy zgłoszą Wykonawcy taką potrzebę z wydzielonego miejsca na terenie ich nieruchomości. Termin realizacji usługi w ciągu 7 dni roboczych od zgłoszenia do Wykonawcy.* 5) *Wysokość stawek opłat jednostkowych za usługi wymienione w ppkt 1-4 Wykonawca winien naliczać zgodnie z uchwałą Rady Miasta Rzeszowa w sprawie określenia rodzajów dodatkowych usług świadczonych przez Gminę Miasto Rzeszów w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, sposobu ich świadczenia oraz wysokość cen za te usługi.* 7) *Wykonawca z tytułu świadczenia usług o których mowa w ppkt.1-4 zobowiązany będzie do wystawiania w imieniu Gminy rachunków na podstawie udzielonego przez Prezydenta Miasta Rzeszowa upoważnienia.* 8) *Wykonawcy przysługuje prowizja od wpływów uzyskanych z tytułu świadczenia usług, o których mowa pkt 2.4 ppkt 5 oraz w pkt 2.7 ppkt.1-4 w wysokości 96 %.*

Odwołujący kwestionował obowiązek zakupu tysięcy worków przed zawarciem umowy wskazując, że jest to wymóg preferujący wykonawcę dotychczas realizującego usługę. Twierdzenie to nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ. Zgodnie z pkt 2.4.3) SOPZ wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć pakiet worków do selektywnej zbiórki odpadów w terminie 7 dni od daty obowiązywania umowy, a ta zgodnie z § 2 ust. 2 wzoru umowy została ustalona na dzień 1 stycznia 2019 r. Zarzut Odwołującego należy uznać więc za nieuzasadniony.

Izba nie doszukała się również naruszenia przepisów prawa w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wynagrodzenia prowizyjnego. Zamawiający przewidział w postanowieniach SIWZ świadczenie usług dodatkowych, w ramach których wykonawca będzie wystawiał rachunki w imieniu gminy na podstawie przekazanego upoważnienia. Opłaty będą naliczane zgodnie z uchwałą Rady Miasta Rzeszowa w sprawie określenia rodzajów dodatkowych usług świadczonych przez Gminę Miasto Rzeszów w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, sposobu ich świadczenia oraz wysokość cen za te usługi. Wynagrodzenie prowizyjne wynika zatem ze specyfiki usługi dodatkowej, czyli odbierania odpadów zgodnie z potrzebami mieszkańców. Zamawiający określił je na poziomie 96 %, gdyż jak wskazał pozostałe 4 % wpływów pokrywają koszty ponoszone przez gminę związane z obsługą finansową oraz ściąganiem i windykacją należności za usługi dodatkowe.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 828,00 z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 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. z 2018 r. poz. 972), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

Przewodniczący: