

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Głogów, Rynek 10, 67-200 Głogów**.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:
 - a. rozdział III pkt 2 „Opis przedmiotu zamówienia” przez nadanie brzmienia o treści: „Przekazywanie odpadów do Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXIV/616/12 z dnia 27 czerwca 2012 roku ze zmianami”.
 - b. rozdział V pkt 3.2 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” przez nadanie brzmienia o treści: „co najmniej 1 osobą posiadającą wyższe wykształcenie – pełniącą funkcję nadzoru w zakresie odbioru i transportu odpadów”.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Głogów, Rynek 10, 67-200 Głogów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miejskiej Głogów, Rynek 10, 67-200 Głogów** na rzecz **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Głogów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej Głogów. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 22 marca 2013 roku pod poz. 2013/S 058 -096117.

W dniu 2 kwietnia 2013 roku odwołujący - A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- A. art. 36 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, tj. wskazanie, iż odwołanie możliwe jest jedynie od ściśle określonych czynności Zamawiającego, podczas gdy szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp;
- B. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt. 1 i art. 9e ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm. - zwanej dalej: UCPG) oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakie dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) poprzez wymaganie od wykonawców złożenia decyzji Wojewody Dolnośląskiego udzielającej pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji „Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne” oraz uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami przez sejmik województwa dolnośląskiego bądź umowy zawartej z „RIPOK w arie k/Głogowa”;
- C. art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 6 d ust. 4 pkt 1 i art. 9e ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 2 UCPG poprzez wymaganie przekazywania przez wykonawcę odpadów komunalnych do RIPOK w Biechowie k/Głogowa, która nie posiada statusu Regionalnej Instalacji, zgodnie z Wojewódzkim Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego;
- D. art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 1 pkt 2 oraz art. 6d ust. 4 pkt 1 UCPG poprzez wymaganie od wykonawców wykonywania usług związanych z odbiorem, zagospodarowaniem i unieszkodliwianiem odpadów komunalnych, a także naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp poprzez wymaganie doświadczenia także w unieszkodliwianiu odpadów komunalnych;

- E. art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym (Dz.U. 2012, poz. 1265) poprzez określenie przez zamawiającego warunku w postaci obowiązku wykazania, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego musi dysponować co najmniej 1 osobą posiadającą wyższe wykształcenie oraz licencję na krajowy transport drogowy rzeczy - pełniącą funkcję nadzoru w zakresie odbioru i transportu drogowego;
- F. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez wymaganiem dysponowania przez wykonawcę pojemnikami do gromadzenia odpadów komunalnych w ilości nadmiernej i nieproporcjonalnej w stosunku do przedmiotu zamówienia ;
- G. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 oraz rt. 25 ust. 1 ustawy Pzp i art. 51 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wymaganie do wykonawców dysponowania pojazdami spełniającymi normy emisji spali Euro4 oraz Euro5 oraz wymaganie zbyt dużej liczby pojazdów w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- H. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie od wykonawców posiadania wskaźnika bieżącej płynności finansowej za ostatni rok obrotowy na poziomie nie mniejszym niż 1,2 liczony w następujący sposób: aktywa bieżące/zobowiązania bieżące;
- I. art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc poprzez zawarcie w projekcie umowy szeregu postanowień sprzecznych z naturą stosunku zobowiązaniowego oraz z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykreślenia:

1. w dziale III pkt 1 SIWZ słów „i unieszkodliwianiem”;
2. w dziale III pkt 2 SIWZ słów „w Biechowie k/Głogowa”;
3. w dziale V SIWZ pkt 1 lit. c) w całości,
4. w dziale V pkt 2.1 SIWZ słów „*oraz unieszkodliwiania*,
5. w dziale V pkt 3.1.1. lit. a) SIWZ (Samochody specjalistyczne):
 - a. słów „spełniających europejskie standardy emisji spalin na poziomie Euro 5” i zastąpienie ich sformułowaniem „spełniających europejskie standardy emisji spalin na poziomie Euro 3 ”, oraz
 - b. słów „pozostałe pojazdy bezpylne spełniające normy emisji spalin co najmniej na poziomie Euro 4”
6. w dziale V SIWZ pkt. 2.1.2 (Pojemniki) w całości;
7. w dziale V SIWZ pkt. 3.1.3 (Pojemniki do odbioru surowców wtórnych) w całości;
8. w dziale V SIWZ pkt. 3.1.4 (Worki) w całości;

9. w dziale V SIWZ pkt. 3.2 lit. a) w całości;
10. w dziale V SIWZ pkt. 3.2 ppkt. 3 lit. d) w całości;
11. w dziale VI pkt. 1 podpunkt 1.2 SIWZ punkt 12 i 14 w całości;
12. w dziale XVII pkt. 2 SIWZ ppkt 2 w całości;
13. § 2 ust. 1 lit. e) projektu Umowy (załącznik nr 17 do SIWZ) w całości;
14. § 4 ust. 4 projektu Umowy (załącznik nr 17 do SIWZ) słów „przy użyciu wagi należącej do Wykonawcy”;
15. § 15 ust. 1 projektu Umowy (załącznik nr 17 do SIWZ) w całości oraz stosownej zmiany numeracji dotychczasowych ust. 2 i ust. 3 na ust. 1 i ust. 2;
16. § 16 ust. 3 projektu Umowy (załącznik nr 17 do SIWZ) w całości i zastąpienia go następującym tekstem: „W przypadku braku któregośkolwiek dokumentów określonych w ust. 2 zamawiający może wstrzymać wypłatę wynagrodzenia za dany okres rozliczeniowy, do czasu uzupełnienia takiego braku”
17. dodanie w § 16 ust. 6 projektu umowy po słowach „Zamawiający ma prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia” sformułowania „w części, w której wniesie zastrzeżenia”.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdów, wg, rachunków przedłożonych na posiedzeniu lub rozprawie.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący, jako podmiot ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia odwołania. Ponadto podniesione w odwołaniu zarzuty wskazują na możliwość poniesienia uszczerbku w interesie odwołującego, polegającego na braku możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wobec dokonanych przez zamawiającego, po wniesieniu odwołania, modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 4, 10 i 11 kwietnia 2013 roku, zarzuty opisane w treści odwołania pod lit A, C i D zostały przez zamawiającego uwzględnione i są niesporne między stronami. Zatem ich rozpatrzenie przez Izbę jest bezprzedmiotowe. Okoliczność dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zarzutów ujętych pod lit. A, C i D odwołania, w sposób zgodny z żądaniami odwołującego potwierdził w toku rozprawy sam odwołujący.

Zarzut oznaczony w odwołaniu lit. B. – dotyczący wymagania złożenia decyzji Wojewody Dolnośląskiego udzielającej pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie instalacji „Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne” oraz uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami wydanej przez sejmik województwa dolnośląskiego bądź umowy zawartej z „RIPOK w Biechowie k/ Głogowa”. Izba uznała zarzut za zasadny.

W dziale III pkt 2 siwz Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje przekazywanie odpadów do RIPOK w Biechowie k/Głogowa. Odwołujący żądał wykreślenia w rozdziale III pkt 2 siwz słów „w Biechowie k/Głogowa”. W wyniku modyfikacji siwz z dnia 10 kwietnia 2013 roku pkt 2 rozdziału III otrzymał brzmienie: „Przekazywanie odpadów do Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Głogowie (zwanym dalej RIPOK - ami), wskazanych w uchwale Sejmiku Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego nr XXIV/616/12 z dnia 27 czerwca 2012 roku ze zmianami”.

Zdaniem Izby, dokonana modyfikacja w zakresie rozdziału III pkt 2 siwz nie jest w pełni zgodna z żądaniami odwołującego, którego intencją, wyrażoną w sposób jasny zarówno w uzasadnieniu odwołania jak i samym żądaniu było doprowadzenie do braku wskazania przez zamawiającego w ogóle lokalizacji RIPOK, do której mają być przekazywane odpady. Należy podzielić stanowisko zaprezentowane przez odwołującego, że w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wykonawca sam decyduje do której, spośród wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa Dolnośląskiego Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) przekaze odebrane odpady.

Zgodnie z art. 34 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach, Wojewódzkie Plany Gospodarki Odpadami, zawierają m.in. wskazanie regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tych regionów, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn oraz do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. W oparciu o dyspozycję tego przepisu Sejmik Województwa Dolnośląskiego wydał uchwałę nr XXIV/617/12 z dnia 27 czerwca 2012 roku., która w załączniku nr 2 wymienia RIPOK dostępne dla regionu północnego gospodarki odpadami, obejmującego miasto Głogów. Uchwała ta realizuje niewątpliwie wskazywaną przez zamawiającego zasadę bliskości, o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach. Zgodnie z treścią uchwały w obrębie tego regionu dostępne są trzy lokalizacje instalacji: ul. Zielona 1 59-300 Lubin, ul. Krochmalna 67-200 Głogów, ul. Reszotarska 59-220 Legnica oraz Biechów 67-200 Głogów.

Wskazanie przez zamawiającego na możliwość przekazania odpadów wyłącznie do RIPOK zlokalizowanych na terenie Głogowa, w sytuacji gdy uchwała sejmiku wymienia także inne dostępne dla tego regionu lokalizacje (Lubin, Legnica) nie znajduje uzasadnienia i może w istocie prowadzić do ograniczenia konkurencji na rynku.

Odwołujący kwestionował także, że modyfikacją z dnia 10 kwietnia 2013 roku zamawiający wprowadził w Rozdziale XIV „Informacje o formalnościach, jakie powinny być dopełnione przez wykonawcę w celu zawarcia umowy” w pkt. 1 lit. c konieczność przedłożenia umowy z Regionalnymi Instalacjami Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Głogowie na:

- mechaniczno – biologiczne przetwarzania zamieszanych odpadów komunalnych, przetwarzanie selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów, składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

W ocenie Izby, istotnie czynność dokonania modyfikacji treści siwz, jako czynności nowa w postępowaniu może stanowić przedmiot odrębnego odwołania, niemniej jednak w tym przypadku dokonane dnia 4, 10 i 11 kwietnia zmiany i modyfikacje siwz mają ścisły związek z zarzutami zawartymi w treści rozpatrywanego odwołania, bowiem stanowią po części uwzględnienie tych zarzutów. Stąd nie można rozpatrywać zarzutów odwołania w oderwaniu i bez oceny zmian siwz dokonanych dnia 4, 10 i 11 kwietnia.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła konsekwentnie, że wymóg załączenia przed podpisaniem umowy z zamawiającym, umowy zawartej wyłącznie z RIPOK zlokalizowanym w Głogowie nie jest uzasadniony, skoro uchwała Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 27 czerwca 2012 roku wymienia także inne dostępne dla tego regionu lokalizacje RIPOK tj. Legnica, Lubin.

Uznając za zasadny zarzut odwołującego w tym zakresie, Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści rozdziału III pkt 2 „Opis przedmiotu zamówienia” i nadanie mu brzmienia o treści: „Przekazywanie odpadów do Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), wskazanych w uchwale Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXIV/616/12 z dnia 27 czerwca 2012 roku ze zmianami”.

Zarzut oznaczony w odwołaniu lit. E dotyczący wykazania, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego musi dysponować co najmniej 1 osobą posiadającą wyższe wykształcenie oraz licencję na krajowy transport drogowy rzeczy - pełniącą funkcję nadzoru w zakresie odbioru i transportu drogowego.

W pkt 3.2 rozdziału V zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym co najmniej 1 osobą pełniącą funkcję nadzoru w zakresie odbioru i transportu odpadów posiadającą wyższe wykształcenie oraz licencję na krajowy transport drogowy rzeczy. W rozdziale V. 1 lit d wymagał w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności posiadania licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy, a w przypadku realizacji usługi odbioru/wywozu odpadów komunalnych dopuszcza się posiadanie zaświadczenia o wykonywaniu przewozów na potrzeby własne.

Zdaniem Izby, wymóg co do żądania, aby osoba pełniącą funkcję nadzoru w zakresie odbioru i transportu drogowego posiadała wyższe wykształcenie nie jest wymogiem wygórowanym, nadmiernym i niemożliwym do spełnienia przez potencjalnych wykonawców. Z kolei wymóg, aby osoba ta posiadała licencję na krajowy transport drogowy rzeczy jest nie znajduje uzasadnienia i oparcia w przepisach prawa. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności,

jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o transporcie drogowym (Dz. U. 2012 poz. 1265 ze zm.) do przewozów drogowych wykonywanych w ramach usług polegających na przewozie odpadów komunalnych lub nieczystości ciekłych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy dotyczące niezarobkowego przewozu drogowego. Z kolei w oparciu o art. 33 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym przewozy drogowe na potrzeby własne mogą być wykonywane po uzyskaniu zaświadczenia potwierdzającego zgłoszenie przez przedsiębiorcę prowadzenia przewozów drogowych jako działalności pomocniczej w stosunku do jego podstawowej działalności gospodarczej. Zdaniem Izby, niewątpliwie transport odpadów komunalnych lub nieczystości to transport mieści się w pojęciu niezarobkowego przewozu na potrzeby własne, stąd wymóg posiadania licencji nie znajduje oparcia w przywołanych przepisach prawa. Nie zasługuje także na uznanie stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego, że wymóg posiadania licencji na transport drogowy jest uzasadniony zakresem przedmiotu zamówienia, który obejmuje także zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych dostarczonych przez mieszkańców miasta do Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK). Odpady te, jak wskazał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, są wydzielone ze strumienia odpadów komunalnych i do ich przewozu również nie będzie konieczne posiadanie licencji na transport drogowy.

Zarzuty oznaczone w odwołaniu lit. F i G dotyczące wymagania dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów komunalnych w ilości nadmiernej i nieproporcjonalnej do przedmiotu zamówienia oraz dysponowania pojazdami spełniającymi normy emisji spalin EURO 4 oraz Euro 5 a także wymaganie zbyt dużej liczby pojazdów w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała te zarzuty za niezasadne.

W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp zamawiający żąda złożenia m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Jeżeli wykonawca wskaże w wykazie sprzęt, którego nie jest właścicielem, a którym będzie dysponował musi załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tego sprzętu.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki w zakresie m. in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Potencjał techniczny „odpowiedni” do realizacji przedmiotu zamówienia to, zdaniem Izby, potencjał, konieczny i niezbędny do prawidłowego i rzetelnego wykonania zadań, objętych zamówieniem. Prawidłowe określenie wymagań w zakresie ilości i parametrów technicznych

sprzętu i narzędzi niezbędnych do realizacji zamówienia spoczywa na zamawiającym. Zamawiający ma prawo opisać powyższe wymagania, mając na uwadze swoje potrzeby, w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany przez siebie efekt, zgodnie z zasadą uzyskania najlepszych efektów z poniesionych nakładów. Podkreślić należy, że celem opisanych przez zamawiającego wymagań w zakresie potencjału technicznego jest weryfikacja zdolności wykonawcy do rzetelnego wykonania udzielanego zamówienia publicznego. Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu dąży do sprawdzenia, czy dany podmiot jest w istocie zdolny do realizacji zamówienia tj. czy posiada niezbędny potencjał techniczny (osobowy i sprzętowy) i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rozstrzygając spór Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), ciężar uprawdopodobnienia faktu, że przez wymagania dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i dobór wymaganych parametrów, zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, spoczywa w całości na odwołującym, który z faktu tego wywodzi korzystne dla siebie skutki. To odwołujący winien uprawdopodobnić, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu stawiają w uprzywilejowanej sytuacji niektóre podmioty albo są na tyle wygórowane, że uniemożliwiają udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. W toku rozprawy, odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił powyższych twierdzeń, w szczególności nie wykazał że wymagania dotyczące potencjału technicznego (ilości pojazdów, ilości pojemników czy parametrów dotyczących norm emisji spalin), niezbędnego do realizacji zamówienia są na tyle wygórowane, nadmierne, że uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty. Zamawiający w toku rozprawy wykazał w złożonych do akt sprawy wyliczeniach, że ilości pojazdów, które określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są istotnie niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia i nie zostały podane w sposób nadmierny. W ocenie Izby, wymaganie co do spełnienia przez pojazdy użyte do realizacji zamówienia poziomu emisji spalin Euro 4 i Euro 5 jest w pełni uzasadnione dążeniem zamawiającego do zapewnienia jak najlepszej ochrony środowiska. Zamawiający ma bowiem prawo żądać realizacji zamówienia za pomocą narzędzi i urządzeń spełniających wysokie wymagania i parametry techniczne i działanie takie zasługuje na aprobatę.

Ponadto, wskazać należy także, że na etapie składania ofert, wykonawcy mają potwierdzić spełnienie wymagań w zakresie potencjału technicznego w złożonych w ofercie wykazach narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia. Przy czym opisany w wykazach sprzęt i urządzenia nie muszą być własnością wykonawcy, dopuszczalne jest bowiem wskazanie na etapie składania ofert potencjalnych możliwości co do dysponowania niezbędnym zasobem technicznym i podanie informacji o podstawie jego dysponowania bądź też powołanie się na potencjał podmiotów trzecich.

Zarzut oznaczony w odwołaniu lit. H dotyczący wymagania posiadania wskaźnika bieżącej płynności finansowej za ostatni rok obrotowy na poziomie nie mniejszym niż 1,2.

Badanie wskaźników finansowych, w tym bieżącej płynności finansowej, jest jedną z metod weryfikacji sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy zapewniającej wykonanie zamówienia. Płynność finansowa to zdolność wykonawcy do regulowania krótkoterminowych zobowiązań. Istotnie wskaźnik płynności finansowej należy odnosić do konkretnej branży, jednakże w piśmiennictwie ekonomicznym przyjmuje się optymalna wartość tego wskaźnika powinna zawierać się w przedziale od 1,2 do 2,0. Wskaźnik poniżej 1 oznacza, że firma ma kłopoty z utrzymaniem płynności finansowej, może mieć problemy z regulowaniem bieżących zobowiązań, co oznacza, że w konsekwencji może doprowadzić ją nawet do bankructwa. Odwołujący żądał w toku rozprawy obniżenia wskaźnika płynności finansowej do poziomu min. 1, twierdząc że w branży zajmującej się odpadami komunalnymi, aktualnie przyjmuje się że wskaźnik min. 1 jest zadowalający. Jednakże twierdzenia odwołującego pozostały w tym zakresie gołosłowne. Mając na uwadze rozmiar, czas trwania zamówienia (do 2017 roku) oraz okoliczność, że pierwsza płatność będzie dokonana po miesięcznym wykonaniu usługi, Izba stwierdziła, że określenie wskaźnika bieżącej płynności finansowej na poziomie 1,2 nie może być uznane za sprzeczne w dyspozycją art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzuty oznaczone w odwołaniu lit I dotyczące postanowień umowy. Izba uznał, że zarzuty nie zasługują na uznanie.

§ 2 ust. 1 lit. c projektu umowy - załącznik nr 17 - zamawiający dokonał wykreślenia tego postanowienia zgodnie z modyfikacją z dnia 11 kwietnia 2013 roku i żądaniem odwołującego zatem zarzut jest bezprzedmiotowy.

§ 4 ust. 4 projektu umowy – załącznik nr 17 „Ważenie odpadów będzie następowało w miejscu ich przyjęcia, przy użyciu wagi należącej do wykonawcy”. Zamawiający w dniu 10 kwietnia 20113 roku dokonał modyfikacji w tym zakresie i postanowienia otrzymało brzmienie „Ważenie odpadów będzie następowało w miejscu ich przyjęcia”, zatem zarzut jest bezprzedmiotowy, bo zmiana dokonana przez zamawiającego w całości uwzględnia żądanie odwołującego.

§ 15 ust. 1 projektu umowy – zamawiający wskazał, że „strony ustalają, że łączne wynagrodzenie wykonawcy nie przekroczy kwoty brutto. Roczne kwoty wynagrodzenia:..”, Żądanie wykreślenia tego postanowienia jest niezasadne, gdyż zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych musi mieć określone limity wydatków na kolejne lata budżetowe realizacji usługi.

§ 16 ust. 3 projektu umowy o brzmieniu „W przypadku braku w dokumentach rozliczeniowych Zamawiający może wstrzymać wypłatę wynagrodzenia za okres rozliczeniowy do czasu ich uzupełnienia”. Odwołujący żądał zastąpienia tego postanowienia treścią „W przypadku braku któregokolwiek z dokumentów określonych w ust. 2 Zamawiający może wstrzymać wypłatę wynagrodzenia za dany okres rozliczeniowy, do czasu uzupełnienia takiego braku”.

Nieuzasadnione i nie znajdujące oparcia w przywołanym postanowieniu jest stanowisko odwołującego, co do obaw, że w przypadku uzupełnienia braku w dokumentach rozliczeniowych zamawiający nadal będzie wstrzymywał się z zapłatą wynagrodzenia. Z treści kwestionowanego postanowienia umowy wynika, że zamawiający, w sytuacji braku w dokumentach wstrzyma wypłatę wynagrodzenia za okres rozliczeniowy do czasu ich uzupełnienia, z czego w sposób oczywisty wynika, że wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia nastąpi jedynie do czasu uzupełnienia braku w dokumentach, ergo z chwilą uzupełnienia braku w dokumentach zapłata wynagrodzenia zostanie odblokowana. Izba nie znalazła także uzasadnienia do zmiany sformułowania „brak w dokumentach rozliczeniowych” na „brak któregokolwiek z dokumentów”, stwierdzając, że zapis ten nie narusza zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego ani żadnego innego przepisu prawa.

§ 16 ust. 6 projektu umowy - „Zamawiający ma prawo wstrzymania zapłaty wynagrodzenia, jeżeli w terminie płatności wniesie zastrzeżenia do wykonania przedmiotu umowy” Odwołujący domaga się sformułowania „Zamawiający ma prawo wstrzymania zapłaty wynagrodzenia, w części, w której wniesie zastrzeżenia (...)”. Wskazać należy, że zgodnie z § 16 ust.1 projektu umowy rozliczenie umowy będzie następowało w okresach miesięcznych na podstawie dokumentów rozliczeniowych przekazywanych wraz z fakturą do każdego 5 dnia miesiąca następującego po wykonaniu usługi. Zatem ewentualne wstrzymanie wynagrodzenia będzie dotyczyć wynagrodzenia miesięcznego dotyczącego miesiąca, w którym wniesiono zastrzeżenia do wykonania przedmiotu umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

.....