

Sygn. akt: KIO 981/13

Sygn. akt: KIO 912/13

WYROK
z dnia 9 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Izabela Kuciak

Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 maja 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 19.04.2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Piotra Skargi 87;**

B) w dniu 19.04.2013 r. przez wykonawcę **REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Mikołów, 43-190 Mikołów, ul. Rynek 16**

przy udziale:

A) wykonawcy **REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 891/13 po stronie odwołującego;

B) wykonawcy **ALBA Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Starocmentarna 2** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 912/13 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględni oba odwołania i nakazuje dokonanie zmiany treści postanowień:

- 1) ogłoszenia przez wykreślenie postanowień zawartych w punktach 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 oraz 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 sekcji VI.3;
- 2) specyfikacji przez wykreślenie postanowień zawartych w punktach 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 oraz 9.11, 9.11.1 i 9.11.2;
- 3) wzoru umowy przez:
 - a) wprowadzenie do paragrafu 12 drugi ustęp 1 opisu przesłanek, które muszą zaistnieć, aby zamawiający nie wydał zgody wykonawcy na zawarcie umowy z podwykonawcą,
 - b) wykreślenie z paragrafu 13 postanowień ustępu 3.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Mikołów, 43-190 Mikołów, ul. Rynek 16**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez (1) wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Piotra Skargi 87**, (2) wykonawcę **REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **37 198 zł 98 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy sto dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) przez zamawiającego **Gmina Mikołów, 43-190 Mikołów, ul. Rynek 16 w tym:**
 - a) kwoty 18 598,98 zł (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Piotra Skargi 87** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
 - b) kwoty 18 600 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-981 Warszawa, ul. Zawodzie 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony

poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 981/13

Sygn. akt: KIO 912/13

U z a s a d n i e

I. Zamawiający **Gmina Mikołów, Rynek 16, 43-190 Mikołów** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **»Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy Mikołów«**.

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w **Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 09.04.2013 r. pod nrem 2013/S 069-114940**.

III. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

IV. Wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) zostały wniesione 19.04.2013 r. do Prezesa KIO dwa odwołania zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp przez:

- 1) wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, ul. Piotra Skargi 87, 41-706 Ruda Śląska, zwanego dalej odwołującym **PUKGGŚ** (sygn. akt KIO 891/13),
- 2) wykonawcę REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16; 02-981 Warszawa, zwanego dalej odwołującym REMONDIS (sygn. akt KIO 891/13).

V. Wykonawca **PUKGGŚ** wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji w zakresie:

- 1) sekcji VI.3 pkt 8.3, 8.3.1, 8.3.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 specyfikacji opisujące wymagane przez zamawiającego warunki przedmiotowe odnoszące się do wymagań, które muszą spełniać oferowane usługi, czyli:
 - a) zapewnienie podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy,

- b) zapewnienie podmiotu prowadzącego regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy;
- 2) sekcji VI.3 pkt 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 ogłoszenia o zamówieniu 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 specyfikacji zawierające wymagania aby wykonawcy dla potwierdzenia warunków przedmiotowych, o których mowa w sekcji VI.3 pkt 8.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 8.3 specyfikacji złożyli:
- a) jakikolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy;
- b) jakikolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego RIPOK o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy
- zarzucając im niezgodność z art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 9e, 9l i 9m ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391 ze zm.) zwana dalej w skrócie „upcg”;
- 3) pkt 18 specyfikacji opisujący wymagania zamawiającego dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, który zamawiający sformułował w następujący sposób: »Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, przed podpisaniem umowy, w wysokości 10% maksymalnej nominalnej wartości zobowiązania, którą zamawiający określa na kwotę brutto 8 000 000,00 zł, w formach o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy« zarzucając temu postanowieniu niezgodność z art. 150 ust. 1 i 2 Pzp;
- 4) wskazane postanowienia wzoru umowy na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych gminy Mikołów, tj:
- a) § 3 ust. 8 w związku z § 3 ust. 9 w związku z § 11 ust. 1 lit. I wzoru umowy, których brzmienie jest następujące:
- § 3 ust. 8 wzoru umowy: »Jeżeli, z jakichkolwiek przyczyn, regionalna instalacja do przetwarzania odpadów (RIPOK) lub instalacja zastępcza nie zagwarantują osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, to Wykonawca bez udziału zamawiającego, będzie dochodził wszelkich roszczeń bezpośrednio od podmiotów prowadzących te instalacje.«,

- § 3 ust. 9 wzoru umowy: »Postanowienie § 3 ust. 8 nie wyklucza prawa zamawiającego do naliczenia i egzekwowania kar umownych z tytułu braku osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, bez względu na fakt, czy okoliczności skutkujące naliczeniem kary były następstwem działania lub zaniechania zawinionego lub niezawinionego przez Wykonawcę, w dobrej czy złej wierze.«,
 - § 11 ust. 1 lit. I wzoru umowy: »Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji wymaganych Dyrektywą 1999/31/WE z 26 kwietnia 1999 r. oraz innymi przepisami prawa krajowego w wysokości równej kwocie kary przewidzianej przepisami dla gminy za niewywiązywanie się z tego obowiązku.«,
 - b) § 10 ust. 2 wzoru umowy w związku z § 13 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, których brzmienie jest następujące:
 - § 10 ust. 2 wzoru umowy: »Wykonawca jest zobowiązany na każde żądanie zamawiającego do udzielania wyjaśnień ustnych, pisemnych, przekazywanych za pomocą poczty elektronicznej lub faksu, dotyczących sposobu realizacji zamówienia.«,
 - § 13 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy: »Zamawiający uprawniony jest wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym w następujących sytuacjach: wykonawca pomimo uprzednich, co najmniej dwóch pisemnych reklamacji, o których mowa w § 10 ust. 2, nie wykonuje umowy zgodnie z jej postanowieniami bez odszkodowań, kar i innych roszczeń względem zamawiającego;«,
 - c) § 12 drugi ust. 1 wzoru umowy: »Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Do zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą wymagana jest zgoda zamawiającego. Jeżeli zamawiający w ciągu 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z opisem zakresu prac określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.
 - d) § 9 ust. 4 wzoru umowy: »Ustala się okres rękojmi na 3 lata od zakończenia wykonywania umowy.«
- zarzucając im niezgodność z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej Kc) w związku z art. 139 ust. 1 Pzp;

5) pkt 8.1.3 lit. a-d sekcji III.2.3 [Kwalifikacje techniczne] ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 8.1.3 lit. a-d specyfikacji w zakresie zawierającym wymagania, aby wykonawcy dysponowali pojazdami wyposażonymi w „**system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów**” tj.:

8.1.3 dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:

a) co najmniej 1 śmieciarką o dopuszczalnej masie całkowitej do 6 Mg, przystosowaną do obsługi pojemników o pojemności od 110 l do 240 l wyposażoną w system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiający trwale zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju oraz w **system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów,**

b) co najmniej 3 śmieciarkami o dopuszczalnej masie całkowitej od 15 do 28 Mg, przystosowanymi do obsługi pojemników o pojemności od 110 l do 1100 l wyposażonymi w system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiający trwale zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju oraz w **system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów,**

c) co najmniej 2 pojazdami o dopuszczalnej masie całkowitej do 12 Mg przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, wyposażonymi w system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiający trwale zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju oraz w **system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów,**

d) co najmniej 1 pojazdem kontenerowym (hakovcem lub bramowcem) o dopuszczalnej masie całkowitej do 18 Mg przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, wyposażonym w system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiający trwale zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju oraz **system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów**

oraz

6) postanowienia projektu umowy stanowiącego część specyfikacji w zakresie wymagań określonych w § 5. [Dokumentowanie wykonywania] ust. 1, tiret drugie oraz ust. 2 projektu umowy dotyczące wymagań funkcjonalno-sprawozdawczych dla systemu informatycznego, w który wykonawca wyposaży pojazdy przeznaczone do realizacji zamówienia tj.:

1) Wykonawca zobowiązany jest do sporządzania raportów dziennych, miesięcznych, kwartalnych, półrocznych, rocznych – elektronicznych generowanych przez system, o którym mowa w ust. 2, zawierających następujące informacje:

a) wykaz nieruchomości (adres nieruchomości), z których odebrano odpady komunalne, z podaniem dla każdej nieruchomości liczby i pojemności opróżnionych pojemników na odpady zmieszane oraz liczby opróżnionych pojemników lub worków do selektywnej zbiórki odpadów,

b) **masę odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd (z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy)** na podstawie kwitów wagowych przyjętych odpadów komunalnych z terenu gminy Mikołów na regionalną instalację do przetwarzania odpadów (RIPOK) oraz na instalację odzysku i unieszkodliwiania odpadów (kwity wagowe za dany odpad wykonawca składa zamawiającemu w następnym dniu roboczym),

c) wykaz nieruchomości, z których nie odebrano odpadów z podaniem powodu nie wykonania usługi dla każdej nieruchomości

– zarzucając im niezgodność z art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w następstwie naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i postanowień specyfikacji.

Odwołujący PUKGGŚ wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany:

- 1) ogłoszenia o zamówieniu przez wykreślenie postanowień zawartych w punktach 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 oraz 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 sekcji VI.3 tego ogłoszenia;
- 2) specyfikacji przez wykreślenie postanowień zawartych w punktach 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 oraz 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 tej specyfikacji;
- 3) specyfikacji przez zmianę treści punktu 18 specyfikacji opisującego wymagania zamawiającego dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przez zmianę dotychczasowej treści na treść: »Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, przed podpisaniem umowy, w wysokości 10% maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, obliczonej jako iloczyn ceny jednostkowej brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych przy założeniu, że ilość odpadów komunalnych w okresie trwania umowy wyniesie 25 887 Mg, w formach o których mowa w art. 148 ust. 1 Pzp.
- 4) dokonanie modyfikacji treści wzoru umowy, stanowiącej załącznik do specyfikacji przez:

- a) zmianę § 3 ust. 8 wzoru umowy przez nadanie mu treści: »Jeżeli, z jakichkolwiek przyczyn, regionalna instalacja do przetwarzania odpadów (RIPOK) lub instalacja zastępcza nie zagwarantują osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, to wykonawca wraz z niezbędną pomocą ze strony zamawiającego, będzie dochodził wszelkich roszczeń bezpośrednio od podmiotów prowadzących te instalacje.«,
 - b) zmianę § 3 ust. 9 wzoru umowy przez nadanie mu treści: »Postanowienie § 3 ust. 8 nie wyklucza prawa zamawiającego do naliczenia i egzekwowania kar umownych z tytułu braku osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, tylko w przypadku gdy okoliczności skutkujące naliczaniem kary były następstwem działania lub zaniechania zawinionego przez wykonawcę.«,
 - c) wykreślenie § 11 ust. lit. 1 wzoru umowy,
 - d) wykreślenie § 13 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy,
 - e) zmianę § 12 drugi ust. 1 wzoru umowy przez nadanie mu treści: »Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.«,
 - f) wykreślenie § 9 ust. 4 wzoru umowy;
- 5) zmianę ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji w następującym zakresie:
- a) pkt 8.1.3 a-d sekcji III.2.3 »Kwalifikacje techniczne« ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 8.1.3 a-d specyfikacji – wykreślenie postanowień dotyczących **systemu czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów** tym samym przedmiotowe postanowienia otrzymałyby następujące brzmienie:
 - »8.1.3. Dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.:
 - a) co najmniej 1 śmieciarką o dopuszczalnej masie całkowitej do 6 Mg, przystosowaną do obsługi pojemników o pojemności od 110 l do 240 l wyposażoną w system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiający trwałe zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju,
 - b) co najmniej 3 śmieciarkami o dopuszczalnej masie całkowitej od 15 do 28 Mg, przystosowanymi do obsługi pojemników o pojemności od 110 l do 1100 l wyposażonymi w system monitoringu, bazujący na systemie

pozycjonowania satelitarnego umożliwiające trwałe zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju,

c) co najmniej 2 pojazdami o dopuszczalnej masie całkowitej do 12 Mg przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, wyposażonymi w system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiające trwałe zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju,

d) co najmniej 1 pojazdem kontenerowym (hakuwcem lub bramowcem) o dopuszczalnej masie całkowitej do 18 Mg przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, wyposażonym w system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiające trwałe zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju;”

b) § 5. [Dokumentowanie wykonywania] ust. 1, tiret drugie projektu umowy stanowiącego część specyfikacji – wykreślenie zwrotu „**(z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy)**” tym samym tiret drugi otrzymałby następujące brzmienie:

»masę odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd na podstawie kwitów wagowych przyjętych odpadów komunalnych z terenu gminy Mikołów na regionalną instalację do przetwarzania odpadów (RIPOK) oraz na instalację odzysku i unieszkodliwiania odpadów (kwity wagowe za dany odpad wykonawca składa zamawiającemu w następnym dniu roboczym),«.

VI. Wykonawca REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16; 02-981 Warszawa, zwany dalej odwołujący REMONDIS zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 19.04.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacji)

Zdaniem odwołującego REMONDIS zamawiający naruszył:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. art. 7 Pzp i art. 22 ust. 4 Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

- 3) art. 151 ust. 2 Pzp przez ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 30% tego zabezpieczenia na okres 3 lat od daty obustronnego podpisania protokołu odbioru końcowego, pomimo że ten przepis stwarza możliwość zabezpieczenia roszczeń jedynie w stosunku do rękojmi za wady w przypadku dostaw, a nie usług;
- 4) art. 353¹ Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i niegwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także
- 6) **inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.**

Odwołujący REMONDIS wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

VII. W uzasadnieniu odpowiednich odwołań obaj Odwołujący podali argumentację mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

Argumentacja odwołującego PUKGGŚ

Ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja zawiera szereg postanowień, które w sposób nierówny traktują podmioty ubiegające się o zamówienie publiczne i skutkuje tym, że prowadzone postępowanie uniemożliwi zachowanie uczciwej konkurencji.

Określenie w specyfikacji przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, powinno odbywać się z uwzględnieniem art. 29 ust. 2 Pzp stanowiącego, że określenie przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Natomiast ustalenie warunków udziału w postępowaniu – powiązanych z przedmiotem zamówienia – powinno wypełniać dyspozycję art. 22 ust. 1 i 4 Pzp oraz powiązanego z powyższym przepisem art. 25 Pzp przy uwzględnieniu normy art. 7 Pzp.

Tym samym ustalenie warunków faktycznej zdolności danego wykonawcy do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców składających oferty. Każde odstępstwo od ww. zasad przez formułowanie warunków nadmiernych (nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia) należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 Pzp (wyrok Zespołu Arbitrów z 4 lipca 2005 r., UZP/ZO/0-1593/05).

Postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji wskazane w punktach 1 i 2

Zamawiający postawił dwa warunki przedmiotowe odnoszące się do wymagań, które muszą spełniać oferowane usługi. Wśród nich jest posiadanie przez wykonawcę zapewnienia podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy (pkt 8.3.1 ogłoszenia i specyfikacji) oraz zapewnienia podmiotu prowadzącego RIPOK o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy (pkt 8.3.2 ogłoszenia i specyfikacji).

Natomiast na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający żąda jakiegokolwiek dokumentu pisemnego, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy (pkt 9.11.1 ogłoszenia i specyfikacji) oraz jakiegokolwiek dokumentu pisemnego, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego RIPOK o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy (pkt 9.11.2 ogłoszenia i specyfikacji).

Wymagania te są bezpodstawne, bezprawne i dyskryminacyjne z następujących przyczyn:

Zgodnie z definicją zawartą w ustawie o odpadach (Dz. U. Nr 185, poz. 1243) przez regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych – rozumie się zakład zagospodarowania odpadów o mocy przerobowej wystarczającej do przyjmowania i przetwarzania odpadów z obszaru zamieszkałego przez co najmniej 120 000 mieszkańców, spełniający wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska oraz zapewniający termiczne przekształcanie odpadów lub:

- 1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych i wydzielenie ze zmieszanych odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku;
- 2) przetwarzanie selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów oraz wytwarzanie z nich produktu o właściwościach nawozowych lub środków wspomagających uprawę roślin, spełniającego wymagania określone w przepisach odrębnych;
- 3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych o pojemności pozwalającej na przyjmowanie przez okres nie krótszy niż 15 lat odpadów w ilości nie mniejszej niż powstająca w instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych.

Zgodnie z art. 9l ust. 1 upcg prowadzący RIPOK jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Z tego wynika, że podmiot prowadzący RIPOK nie może odmówić przyjęcia ww. odpadów, o ile nie zachodzą okoliczności wymienione w art. 9l ust. 2 upcg (wystąpienia awarii RIPOK).

Żaden przepis prawa nie nakłada jednak na podmiot prowadzący RIPOK obowiązku składania jakichkolwiek oświadczeń o przyjmowaniu w przyszłości odpadów komunalnych od poszczególnych podmiotów odbierających lub pretendujących do odbierania odpadów komunalnych. W szczególności wydawania promes, zapewnień czy innych deklaracji zawarcia umowy, o której mowa w art. 9l ust. 1 upcg. Oprócz obowiązku zawarcia stosownej umowy taki podmiot obowiązany jest na podstawie art. 9m upcg przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w terminie 7 dni od dnia złożenia stosownego wniosku przez gminę lub podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Trudno jednak uznać „cennik”, za dokument świadczący o zapewnieniu przyjęcia odpadów.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający uzależnia udział w postępowaniu od uznaniowej decyzji osoby trzeciej – prowadzącej RIPOK – w przedmiocie wystawienia dla wykonawcy „zapewnienia”, podczas gdy wykonawcy nie mają żadnego roszczenia ani jakiegokolwiek prawnego instrumentu pozwalającego wymusić uzyskanie takiego dokumentu od takiego podmiotu. Żądanie zamawiającego dotyczy dokumentu, który wcale nie stanowi o możliwości należytego wykonania usługi objętej postępowaniem przez wykonawców. Wykonawcy nie mają swobody zagospodarowania odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Mikołów, gdyż mają prawny obowiązek przekazania ich (zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania) do RIPOK w ramach Regionu III gospodarki odpadami komunalnymi Województwa Śląskiego. Niezależnie czy dysponują wspomnianym „zapewnieniem”, czy też go nie posiadają, ww. odpady i tak w pierwszej kolejności muszą trafić do RIPOK, który ma prawny obowiązek je przyjąć na podstawie umowy, jaką obowiązany jest zawrzeć zgodnie z art. 9l ust. 1 upcg.

Niektóre instalacje RIPOK (w tym także PPHU KOMART Sp. z o.o. w Knurowie) należą do grona potencjalnych wykonawców w obecnym postępowaniu, co tym bardziej potwierdza, że mogłyby one „blokować” dostęp innych wykonawców przez niewydanie żądanego przez zamawiającego „zapewnienia”.

Omawiane „zapewnienie” jest zbędne i nie gwarantuje zamawiającemu należytej jakości usług. Odbierane w ramach umowy z zamawiającym odpady, w pewnych okolicznościach, nie muszą trafić do RIPOK. Jak opisał w pkt 15 zdanie drugie załącznika A do specyfikacji zamawiającej: *W przypadku, gdy regionalna instalacja do przetwarzania odpadów uległa awarii nie może przyjmować odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania odpadów w instalacji zastępczej określonej w uchwale W/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z 24 sierpnia 2012 r.* Zważywszy, że rozpoczęcie wykonywania zamówienia nastąpi od 1 lipca 2013 r. (lub później, jeśli do tego dnia nie dojdzie do zawarcia umowy) na dzień składania ofert nie sposób kategorycznie oświadczyć, czy w ramach Regionu III będzie działał RIPOK zdolny do obierania odpadów z terenu Gminy Mikołów. Zgodnie z powyższą uchwałą w tym regionie działa jedna RIPOK zarządzana przez PPHU KOMART Sp. z o.o. w Knurowie. W przypadku jej awarii uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów jakiegokolwiek deklaracje w tym przedmiocie będą nieaktualne, a opady będą kierowane do instalacji zastępczych.

Powyższe rozważania mają odpowiednio zastosowanie do wymagań postawionych przez zamawiającego w pkt 8.3.1 i 9.11.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji. Tu również możliwość złożenia oferty w postępowaniu uzależniona jest od uzyskania „zapewnienia” od podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy. Należy wskazać, że obowiązek przekazywania selektywnie zebranych odpadów komunalnych do konkretnej instalacji nie wynika z żadnego przepisu prawnego.

W art. 9e ust. 1 pkt 1 ucpg wskazuje się jedynie, że odpady selektywnie zebrane powinny być przekazywane „do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach”. Instalacją taką może być, ale nie musi, regionalna instalacja. Powyższy przepis zawiera odesłanie do hierarchii postępowania z odpadami określonej w art. 7 ustawy o odpadach. Zgodnie z tym przepisem:

»1. Posiadacz odpadów jest obowiązany do postępowania z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami, wymaganiami ochrony środowiska oraz planami gospodarki odpadami.

2. Posiadacz odpadów jest obowiązany w pierwszej kolejności do poddania ich odzyskowi, a jeżeli z przyczyn technologicznych jest on niemożliwy lub nie jest uzasadniony z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych, to odpady te należy unieszkodliwiać w sposób zgodny z wymaganiami ochrony środowiska oraz planami gospodarki odpadami.

3. Odpady, których nie udało się poddać odzyskowi, powinny być tak unieszkodliwiane, aby składowane były wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było

niemożliwe z przyczyn technologicznych lub nieuzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych.«.

A zatem odpady komunalne selektywnie zebrane w pierwszej kolejności należy przekazywać do instalacji odzysku, dopiero w dalszej kolejności do instalacji unieszkodliwiania, a na samym końcu do składowania. Należy przy tym zauważyć, że wymóg, by miejsce to było zlokalizowane na obszarze regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym odpady te zostały wytworzone, nie znajduje zastosowania do odpadów selektywnie zbieranych (dotyczy on tylko tych odpadów, które muszą trafić do instalacji regionalnej – wniosek z brzmienia art. 9 ust. 6 ustawy o odpadach). Oznacza to, że odpady komunalne selektywnie zbierane przedsiębiorca powinien przekazać do takiej instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, która położona jest najbliżej miejsca ich powstawania, bez względu na to, czy znajduje się ona na terenie tego samego, czy innego regionu. Instalacji takich jest wiele, zatem trudno, aby już na etapie składania ofert wybrać tą jedną gdyż, może się zdarzyć, że odbiorcą odpadów selektywnie zebranych będą różne instalacje. Brak jest również instytucji prawnych pozwalających niejako na „wymuszenie” od instalacji zajmujących się składowaniem selektywnych odpadów, aby wydawały one stosowne „zapewnienia”, że będzie przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od podmiotu, który nie jest nawet jeszcze odbiorcą tych odpadów.

Dodatkowo, zgodnie z art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. W myśl definicji słownikowych „niezbędny” to *taki, bez którego nie można przetrwać, normalnie funkcjonować; taki, który jest bardzo potrzebny*. W świetle regulacji art. 91 upcg kwestionowane „zapewnienie” (i odpowiadający mu „warunek przedmiotowy”) trudno uznać za nieodzowne w przedmiotowym postępowaniu. Ustawodawca bowiem zabezpieczył interesy wszystkich gmin narzucając określone zasady gospodarowania odpadami, w myśl których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (art. 9e ust. 1 pkt 2 upcg), która to instalacja nie może odmówić ich przyjęcia (art. 91 upcg). W świetle tych bezwzględnie obowiązujących przepisów „zapewnienie” jest zbyteczne i niepotrzebnie limituje dostęp do postępowania.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp zamawiający może żądać oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane określone są w rozporządzeniu Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) (zwane dalej „rozporządzeniem”). Oznacza to, że zamawiający nie może żądać dowolnych dokumentów na potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W § 6 rozporządzenia wymienione są dokumenty, jakie może żądać zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający błędnie sklasyfikował żądanie „jakichkolwiek dokumentów pisemnych” jako dowód dla „jakości oferowanych usług” dlatego że przedmiotem usługi nie są „zadania wykonywane przez RIPOK” ale „dostarczenie odpadów od zamawiającego do RIPOK”, a zgodnie z wyżej przytoczonymi przepisami wszystkie odpady obszaru Gminy Mikołów niezależnie od tego który Wykonawca zostanie wybrany złożone zostaną do RIPOK zarządzanego przez PPHU KOMART Sp. z o.o. w Knurowie.

W § 1 rozporządzenia enumeratywnie wymienione dokumenty jakie może żądać zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Analizując katalog dokumentów, jakie może żądać zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie sposób uznać, aby dokument określony przez zamawiającego jako „jakikolwiek dokument pisemny”, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy (odpowiednio mający zastosowanie do zapewnienia RIPOK) mieścił się w wymienionym enumeratywnie katalogu dozwolonych dokumentów (w szczególności na potwierdzenia posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2 posiadania wiedzy i doświadczenia; 3 dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, gdyż w tym zakresie zamawiający słusznie żąda innych dokumentów lub zezwoleń).

Kwestionowane postanowienia stoją również w sprzeczności z generalną zasadą, aby postępowanie było prowadzone w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję. Jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 18 sierpnia 2011 r. (sygn. XXIII Ga 380/11): »[...] główną ideą i podstawą ustanowienia praw zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez uczestników postępowań zasad uczciwej konkurencji«. Omawiane wymagania stawiają w

uprzywilejowanej pozycji wykonawców dotąd ściśle współpracujących z jedynym RIPOK dla III Regionu i wymuszają zarazem niepotrzebne negocjacje z tym podmiotem już na obecnym etapie postępowania.

Przedstawione powyżej wymagania zamawiającego w postępowaniu nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i ewidentnie naruszają zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp i tym samym są sprzeczne z przepisami Prawa zamówień publicznych, a jako takie nie mogą się ostać.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji wskazanych w pkt 3

W pkt 18 specyfikacji zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, przed podpisaniem umowy, w wysokości 10% maksymalnej nominalnej wartości zobowiązania, którą zamawiający określa na kwotę brutto 8 000 000,00 zł, w formach o których mowa w art. 148 ust. 1 Pzp.

Tymczasem zgodnie z treścią art. 150 ust. 1 Pzp wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

Oznacza to, że zamawiający nie może dowolnie ustalić wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ustalenie wysokości zabezpieczenia możliwe jest dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, wówczas bowiem wiadomo, od jakiej wartości należy obliczyć wysokość zabezpieczenia. Wysokość zabezpieczenia zawsze ustala się w stosunku do całkowitej ceny oferty. Jeśli wykonawca podaje w ofercie cenę jednostkową, wówczas podstawą ustalenia wysokości zabezpieczenia jest maksymalna wartość nominalna zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, czyli ostateczna kwota, jaką zobowiązany będzie zapłacić zamawiający (tak „Prawo zamówień publicznych” P. Granecki). Przy czym nie można uznać, że zamawiający może dowolnie sam podać wartość nominalną zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, gdyż wartość ta musi być obliczona na podstawie oraz w odniesieniu do cen jednostkowych podanych w ofercie. Gdyby dopuścić sposób ustalania wysokości zabezpieczenia podany przez zamawiającego, prowadziłoby to do nadużyć, gdyż zamawiający celowo mogliby określać kwoty wartości zobowiązania w zawyżonej oraz nieodpowiadającej przedmiotowi zamówienia wysokości celem uzyskania jak najwyższej kwoty zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy.

Zamawiający podał w specyfikacji sposób obliczania ceny, na której podstawie będzie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej, przy czym jedynym kryterium wyboru jest cena. Zgodnie z punktem 15 specyfikacji, wykonawca powinien podać cenę jednostkową brutto za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych i wyliczyć wartość umowną

zamówienia przy założeniu, że ilość odpadów komunalnych w okresie trwania umowy wyniesie 25 887 Mg. Również wartość zamówienia określona w umowie podana zostanie w oparciu o powyżej wskazane założenia (zgodnie z par 8 ust. 2 i 3 wzoru umowy). Oznacza to, że wysokość żądanego przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy powinna zostać określona na poziomie 10% od iloczynu ceny jednostkowej brutto wskazanej przez wykonawcę w ofercie za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg (tony) odpadów komunalnych przy założeniu, że ilość odpadów komunalnych w okresie trwania umowy wyniesie 25 887 Mg. Dodatkowym argumentem przemawiającym, że w taki sposób powinna zostać obliczona wysokość kwoty zabezpieczenia jest fakt, że zamawiający przewiduje zamówienia uzupełniające, które jeżeli wystąpią to będą w ramach odrębnej umowy, na którą można będzie (jeżeli zamawiający będzie miał taką potrzebę) ustalić osobne zabezpieczenie.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji wskazane w pkt 4

Postanowienia zawarte w § 3 ust. 8 w związku z § 3 ust. 9 w związku z § 11 ust. 1 wzoru umowy w sposób rażąco naruszają równość stron umowy, oraz narażają wykonawcę na obciążenie karami umownymi w nieprzewidywalnej na etapie podpisywania umowy wysokości niezależnie od tego czy wykonawca dopuści się naruszenia w sposób zawiniony. Postanowienia § 3 ust. 8 wzoru umowy, z góry wyłączają współdziałanie zamawiającego przy dochodzeniu roszczeń od podmiotów RIPOK lub instalacji zastępczej, gdy instalacje te nie zagwarantują osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji. Takie postanowienie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż może doprowadzić do znacznych strat po stronie wykonawcy tylko z powodu, tego, że zamawiający nie będzie współdziałał z wykonawcą w przypadku, gdy współdziałanie takie będzie niezbędne do osiągnięcia celu w postaci uzyskania roszczeń w sytuacji, gdy odpowiedzialne podmioty czyli RIPOK lub instalacja zastępcza ze swojej winy nie dopełnią ciążących na nich obowiązków.

Zgodnie § 3 ust. 9 oraz § 11 ust. 1 wzoru umowy nakładają możliwość nałożenia podwójnej kary umownej i to w bez względu na fakt, czy okoliczności skutkujące naliczaniem kary były następstwem działania lub zaniechania zawinionego lub niezawinionego przez wykonawcę. W związku z tym postulat wykonawcy, aby usunąć postanowienie § 11 ust. 1 wzoru umowy oraz zmodyfikować treść § 3 ust. 9 zasługuje na uwzględnienie.

Pkt 4 lit. b

§ 10 ust. 2 wzoru umowy w związku z § 13 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy pozwalają zamawiającemu arbitralnie, bez możliwości obrony ze strony wykonawcy, na rozwiązanie

umowy w sytuacji, gdy zamawiający będzie miał zastrzeżenia dotyczące sposobu realizacji zamówienia. W umowie brak jest mechanizmów, które pozwalają wykonawcy na zajęcie stanowiska czy wyjaśnienia w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego dotyczące sposobu wykonania zamówienia, a jedynie jest przewidziana możliwość rozwiązania umowy przez zamawiającego, gdy ten dwukrotnie zwróci się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Dodatkowo tak skonstruowane postanowienia ograniczają prawo wykonawcy do dochodzenia odszkodowania względem zamawiającego. Powyższe postanowienia uznać należy za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.

Pkt 4 lit. c

Zamawiający może bez podania przyczyn odmówić zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą, co może spowodować dla wykonawcy niedogodności przy realizacji umowy. Zamówienie nie dotyczy robót budowlanych, gdzie udzielenie zgody na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą prowadzi do solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą względem podwykonawcy.

Zamawiający w żadnym wypadku nie będzie solidarnie odpowiedzialny za zobowiązania wykonawcy względem podwykonawcy, dodatkowo postanowienia § 12 ust. 2-8 wzoru umowy zabezpieczają zamawiającego od jakichkolwiek roszczeń ze strony podwykonawcy, a wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za działania czy zaniechania podwykonawcy.

Pkt 4 lit. d wzoru umowy

Ze względu na specyfikę usługi, która ma charakter ciągły i powtarzalny zastrzeżenie że okres rękojmi wynosi trzy lata od zakończenia wykonywania umowy narusza art. 5 Kc. Ciągły charakter wykonywania usługi zapewnia, że wszelkie ewentualne wady i uchybienia będą na bieżąco korygowane.

Podsumowując powyższe rozważania dotyczące błędnego sformułowania poszczególnych postanowień wzoru umowy należy wskazać, że jedną z fundamentalnych zasad prawa cywilnego jest przestrzeganie zasady współzycia społecznego zawartej w art. 5 Kc.

O randze tej zasady świadczy fakt, że ustawodawca wprowadza sankcję bezwzględnej nieważności czynności prawnej (art. 58 § 2 Kc) w przypadku jej naruszenia. Z uwagi na fakt, że zasadą prawa cywilnego jest równość stron stosunku cywilnoprawnego.

Powyższe postanowienia wzoru umowy, jako naruszające ww. zasadę powinny być przez zamawiającego usunięte lub zmienione, zgodnie z żądaniami odwołującego PUKGGŚ.

Ponadto, konsekwencją zasady równości stron jest zasada swobody zawierania umów, która stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć swój stosunek prawny według

własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Nie można uznać za zgodne z ww. zasadami wskazane powyżej postanowienia wzoru umowy, w których zamawiający wykorzystując przywilej sformułowania istotnych postanowień umowy zawarty w art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, kształtuje postanowienia wyłącznie we własnym interesie. Należy wskazać, że takie działania zamawiającego rażąco naruszają zasadę równości stron i uczciwej konkurencji. Przestrzeganie zasady równości stron w umowach o zamówienie publiczne (art. 5 Kc w zw. z art. 139 Pzp) wymaga zatem dokonania przez zamawiającego zmian ww. postanowień umowy.

Pkt 5 i 6

Żądania zamawiającego w zakresie dysponowania przez wykonawców pojazdami wyposażonymi w system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów oraz system informatyczny umożliwiający przekazywanie danych dotyczących masy odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd (z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy) [...] w opinii odwołującego PUKGGŚ nie są niezbędne dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, a jedynie ograniczają liczbę potencjalnych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.

Informacje, które powinny być gromadzone i przekazywane zamawiającemu w oparciu o ww. system czujników oraz współpracujący z nim system informatyczny dotyczące „miejsc wyładunku” oraz „masy odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd (z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy)” nie będą istotne na potrzeby precyzyjnego rozliczania wykonania zamówienia w okresach miesięcznych. Zgodnie z postanowieniami projektu umowy § 8 ust. 1 „[...] Zamawiający będzie płacił miesięczne wynagrodzenie za rzeczywistą ilość wywiezionych i zagospodarowanych odpadów w okresach miesięcznych, przy czym dokumentem służącym za podstawę do ustalenia ilości odpadów będą dokumenty wystawione przez podmioty będące właścicielem RIPOK i instalacji odzysku odpadów wyselekcjonowanych”. Tak więc Zamawiający zgodnie z warunkami umowy będzie miał od wykonawcy systematycznie przekazywaną informację dotyczącą rzeczywistych ilości – masy odpadów przekazywanych w ramach realizacji usługi do uprawnionych podmiotów będących właścicielem RIPOK i instalacji odzysku odpadów wyselekcjonowanych. W opinii wykonawcy dokumenty wystawione przez podmioty będące właścicielem RIPOK i instalacji odzysku odpadów wyselekcjonowanych, czyli podmioty całkowicie niezależne od wykonawcy i zamawiającego mają większą wiarygodność i rzetelność niż informacja generowana przez wewnętrzny system informatyczny wykonawcy.

Przyjmując zasady wypłaty wynagrodzenia określone § 8 ust. 1 wzoru umowy również zamawiający podziela pogląd, że dane, które automatycznie miałyby generować system

informatyczny wykonawcy o „miejscu wyładunku” oraz „masie odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd (z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy)” w ogóle nie będą brane pod uwagę przy rozliczaniu wykonanej usługi.

Również dla potrzeb identyfikacji nieruchomości, z których w danym dniu odpady zostały przekazane do RIPOK lub instalacji odzysku odpadów wyselekcjonowanych nie jest konieczne instalowanie na pojazdach systemu informatycznego umożliwiający przekazywanie danych dotyczących masy odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd (z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy) ponieważ organizacja odbioru odpadów będzie się odbywała zgodnie z harmonogramem, podlegającym zatwierdzeniu przez zamawiającego zgodnie z postanowieniami projektu umowy – § 4 harmonogram odbioru odpadów komunalnych.

Uzasadnieniem dla żądania ww. wyposażenia technicznego pojazdów wykonawcy nie może być także założenie, że tylko dzięki takiemu wyposażeniu zamawiający będzie miał możliwość bieżącej weryfikacji i nadzoru nad prawidłową realizacją zamówienia. Pewnego rodzaju standardem stosowanym przez innych zamawiających w wielu równolegle prowadzonych postępowaniach dotyczących odbierania i zagospodarowanie odpadów komunalnych, zapewniającym możliwość kontroli prac wykonawcy jest system monitoringu, bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego umożliwiający trwałe zapisywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju w wersji z natychmiastową aktualizacją pozycji pojazdów (on-line).

Również w przypadku przedmiotowego postępowania zamawiający zawarł tego typu wymagania w specyfikacji, których słuszność egzekwowania odwołujący PUKGGŚ nie podważa. Nie są natomiast odwołującemu PUKGGŚ znane żadne specjalne uwarunkowania dotyczące realizacji przedmiotowego zamówienia, które uzasadniałyby tak specyficzne żądania zamawiającego dotyczące sposobu dokumentowania realizacji zamówienia, na których zastosowanie nie zdecydował się żaden inny zamawiający w znanych odwołującemu PUKGGŚ analogicznych postępowania na sąsiednich obszarach takich jak:

- Ruda Śląska – postępowanie nr AP.271.13.2013 „Odbiór i zagospodarowanie Odpadów komunalnych z terenu miasta Ruda Śląska”,
- Żory – postępowanie nr ZP.271.6.2.2013 „Świadczenie usługi w zakresie odbierania i zagospodarowania Odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Żory”,
- Radzionków – postępowanie nr KWP.271.1.8.2013 „Odbiór i zagospodarowanie Odpadów oraz utrzymanie czystości w gminie Radzionków”,
- Siemianowice Śląskie – postępowanie nr IR-GO.271.1.2013 „Odbiór i zagospodarowanie Odpadów komunalnych z terenu miasta Siemianowice Śląskie”.

Abstrahując od ww. wątpliwości formalno-prawnych dotyczących zasadności żądania ww. wyposażenia technicznego dla pojazdów w opinii odwołującego PUKGGŚ istnieją również bardzo duże wątpliwości techniczne dotyczące możliwości fizycznego zainstalowania system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów dla samochodów wskazanych w punktach 8.1.3 c-d sekcji III.2.3 Kwalifikacje techniczne ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 8.1.3 c-d specyfikacji. Zarówno 2 pojazdy o dopuszczalnej masie całkowitej do 12 Mg przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych najmniej (lit. c) jak i 1 pojazdem kontenerowym (hakowcem lub bramowcem) o dopuszczalnej masie całkowitej do 18 Mg przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych (lit. d), nie będą samochodami typu „śmieciarka” (wymagane w lit. a i b, co powoduje, że zastosowanie systemu czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów nie będzie fizycznie możliwe i nie będzie rzetelne dla ewentualnych potrzeb zamawiającego.

Tajemnicą zamawiającego pozostanie obiektywne uzasadnienie postanowień dotyczących konieczności wyposażenia pojazdów, o których mowa w punktach 8.1.3 a-d sekcji III.2.3 Kwalifikacje techniczne ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 8.1.3 a-d specyfikacji w »system czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów« oraz w system informatyczny pozwalający identyfikować dane dotyczące »masy odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd (z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy)...«.

Pomimo dużego doświadczenia odwołującego PUKGGŚ w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz znajomości kręgu potencjalnych wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu odwołującemu PUKGGŚ nie są znani wykonawcy, którzy posiadają ww. specyficzne wyposażenie techniczne swoich pojazdów i stosowałyby je w dotychczasowej działalności.

Niewątpliwie jednak zamawiający w celu zachowania zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji należycie przygotował przedmiotowe postępowanie w tym dokonał rozeznania kręgu potencjalnych wykonawców, którzy mogliby należycie wykonać przedmiotowe zamówienie, co zapewne skutkować będzie więcej niż jedną ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Zawodzie 16, 02-781 Warszawa 22.04.2013 r. (poniedziałek) złożył: 1) Prezesowi KIO zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania; wykonawca przesłał kopię pisma 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu PUKGGŚ (art. 185 ust. 2 Pzp).

Argumentacja odwołującego REMONDIS

I. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu

1. Formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

a) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 roku (KIO/KU 83/10) »Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać, zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, że wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie«.

b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 września 2010 r. (KIO 1947/10): »Izba podkreśla, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel, jakiemu służy i do jakiego został powołany w [...] postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie«.

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

3. Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1291/10: »Izba stwierdziła, że obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 22 ust. 3 oraz art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp jest precyzyjne

opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być na tyle precyzyjny, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli jasność co do tego, czy spełniają postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Izba podziela utrwalony w orzecznictwie pogląd, że nieprecyzyjne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie mogą stanowić podstawy do podejmowania negatywnych czynności względem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia».

4. W pkt 8.1.3 specyfikacji zamawiający wskazał pojazdy i urządzenia lub narzędzia, którymi powinien dysponować wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z przywołanym punktem specyfikacji, oferowane pojazdy powinny być wyposażone w system informatyczny spełniający wymagania opisane w pkt 18 załącznika A do specyfikacji.

5. Stosownie z kolei do pkt 18 załącznika A „Przedmiot zamówienia dla zadania „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z gminy Mikołów”: »Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć pojazdy w system informatyczny umożliwiający przekazywanie danych określonych w ust. 1 w formie wyeksportowanego pliku w standardzie xml. Wykonawca udostępni zamawiającemu identyfikator i hasło albo profil zaufany umożliwiający logowanie za pomocą Internetu do systemu informatycznego Wykonawcy w celu pobrania raportów dziennych, miesięcznych, kwartalnych, półrocznych, rocznych oraz wysłania danych obejmujących wykaz nieruchomości na terenie Gminy Mikołów, koniecznych dla sporządzenia harmonogramu odbioru odpadów komunalnych. Po prawidłowym transferze danych do serwisu wykonawcy, system informatyczny wygeneruje i prześle na adres skrzynki e-mail wskazanej przez zamawiającego automatyczne potwierdzenie otrzymania danych. Na żądanie zamawiającego wykonawca udostępni w formie pliku raporty dzienne na płycie CD lub DVD wraz z niezbędnym oprogramowaniem do otwarcia pliku na komputerze zamawiającego».

6. Zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym posłużył się pojęciami niedookreślonymi i niejednoznacznymi, pozwalającym tym samym na arbitralną ocenę ich spełnienia. Zamawiający nie doprecyzował kwestii związanych z wspomnianym w pkt 18 załącznika A systemem informatycznym. Zamawiający nie wskazał struktury pliku danych, jakie będą wymagane, metody Webservice oraz opisu interfejsów.

7. Wobec tego, odwołujący REMONDIS wnosi o doprecyzowanie przez zamawiającego kwestii dotyczących systemu informatycznego, w które mają być wyposażone pojazdy przez podanie struktury pliku danych, jakie będą wymagane, metody Webservice oraz opisu interfejsów.

II. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – wymagania jakie muszą spełniać oferowane usługi

1. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp 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. W myśl art. 7 Pzp, czynności zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) stwierdził, że „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej – zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu”.

2. Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

a) „Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 Pzp, nie tylko przez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty” – wyrok KIO z 22 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1734/09;

b) „Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także przez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego” – wyrok KIO z 18 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08.

c) Ponadto orzeczenie z 23 kwietnia 2009 r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1/4900/22/21/09/726, w którym czytamy: „Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwa konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji”.

3. Zgodnie z pkt 8.3 specyfikacji warunki przedmiotowe odnoszące się do wymagań, które muszą spełniać oferowane usługi, zostały przez zamawiającego określone w następujący sposób:

»8.3.1 wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy;

wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy«.

4. Stosownie do pkt 9.11 specyfikacji, dla potwierdzenia warunków przedmiotowych, o których mowa w pkt 8.3. specyfikacji, wykonawca zobowiązany jest złożyć:

„9.11.1 jakikolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego instalację do odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy;

9.11.2 jakikolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy”.

5. W pkt 15 załącznika A »Przedmiot zamówienia dla zadanie „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z gminy Mikołów”« wskazano, że: »Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowywania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania w regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów (RIPOK) w ramach Regionu III gospodarki odpadami komunalnymi, określonej w uchwale IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014”«.

W przypadku, gdy regionalna instalacja do przetwarzania odpadów ulegnie awarii nie będzie mogła przyjmować odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania

odpadów w instalacji zastępczej określonej w uchwale IVI25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z 24 sierpnia 2012 r.”.

6. Postawiony przez zamawiającego wymóg jest de facto warunkiem podmiotowym a nie przedmiotowym.

7. Niemniej jednak, zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Postawione przez zamawiającego wymogi, jakie muszą spełniać oferowane usługi utrudniają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

8. Ograniczenie możliwości przekazywania przez wykonawcę odpadów jedynie do RIPOK wskazanej w Wojewódzki Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego przy jednoczesnym obowiązku złożenia przez wykonawcę obowiązku złożenia wraz z ofertą jakiegokolwiek dokumentu pisemnego, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy stanowi wymóg naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

9. Zgodnie z art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) 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«. Ponadto stosownie do treści art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy o odpadach »uchwała w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami określa m.in. regionalne instalacje do przetwarzania odpadów w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje przewidziane 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«. Ustawodawca zatem przewidział, że w każdym regionie będzie więcej niż jedna RIPOK (posłużył się w przepisie liczbą mnogą). Jednocześnie wskazał możliwość wystąpienia innych przyczyn (np. brak możliwości przerobowych), których zaistnienie nie będzie powodowało obowiązku przekazania odpadów do RIPOK tylko do instalacji zastępczej.

10. Dla regionu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uchwała IY/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania »Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014« w ramach Regionu III gospodarki odpadami komunalnymi przewidziała tylko jedną regionalną

instalację przetwarzania odpadów komunalnych tj. instalację PPHU KOMART sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie (adres instalacji ul. Szybowa 44, 44-194 Knurów). Jednocześnie uchwała przewiduje kilka instalacji zastępczych. Z powyższych przepisów wynika jednak, że regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych nie jest jedyną instalacją, która jest uprawniona do odbierania odpadów z danego regionu.

11. Ponadto zgodnie z pkt 6.2 Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014 r. dalej WPGO, »Docelowo gospodarka odpadami w województwie śląskim będzie prowadzona z wykorzystaniem instalacji regionalnych. Natomiast w okresie przejściowym, do czasu wybudowania regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, dopuszczalne będzie funkcjonowanie instalacji zastępczych. Ponieważ docelowo w każdym z regionów będzie funkcjonowała więcej niż jedna instalacja regionalna, będą one wzajemnie dla siebie pełnić funkcje instalacji zastępczych. Dopuszcza się w uzasadnionych przypadkach, aby instalacjami zastępczymi były instalacje regionalne znajdujące się w sąsiednich regionach gospodarki odpadami komunalnymi«. Zgodnie z WPGO jedyna dla danego regionu RIPOK posiada zdolności przerobowe na poziomie 100 000 Mg/rok. Wskazać należy, że ww. instalacja nie jest przewidziana jedynie dla Miasta Żary, bowiem w skład regionu III wchodzi następujące gminy: Cieszyn, Chybie, Dębowiec, Goleszów, Hażlach, Skoczów, Strumień, Zebrzydowice, Knurów, Gierałtowice, Sośnicowice, Racibórz, Kornowac, Krzanowice, Krzyżanowice, Kuźnia Raciborska, Nędza, Pietrowice Wielkie, Rudnik, Czerwionka-Leszczyny, Gaszowice, Jejkowice, Lyski, Świerklany, Pszów, Radlin, Rydułtowy, Wodzisław Śląski, Godów, Gorzyce, Lubomia, Markłowice, Mszana, Jastrzębie-Zdrój, Rybnik, Żory, Pilchowice, Ustroń, Wisła, Brenna, Istebna, Łaziska Górne, Orzesze, Ornontowice, Pawłowice, Suszec, Mikołów.

12. Biorąc pod uwagę liczbę prowadzonych w regionie III postępowań o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie oraz podaną przez zamawiającego prognozę wytwarzania odpadów komunalnych na terenie Gminy Mikołów należy stwierdzić, że jedyna regionalna instalacja, którą zamawiający wymaga aby dysponować nie jest w stanie zapewnić przyjęcia wszystkich odpadów z gmin wchodzących w obręb Regionu III. Tym samym, brak jest merytorycznego i prawnego uzasadnienia nałożenia na wykonawcę obowiązku zagospodarowywania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania w RIPOK w ramach Regionu III gospodarki odpadami komunalnymi, określonej w uchwale IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014”. Powyższy wymóg prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do jego realizacji a jednocześnie nie czyni RIPOK zdolnym do wykonania tego zamówienia.

13. Ponadto, nie można wykluczyć, że PPHU KOMART sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie będzie ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

14. Wobec tego wnoszę nakazanie o zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji przez wykreślenie obowiązku posiadania przez wykonawcę zapewnienia podmiotu prowadzącego RIPOK o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy.

Odwołujący REMONDIS wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji przez wykreślenie obowiązku złożenia wraz z ofertą jakiegokolwiek dokumentu pisemnego, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie podmiotu prowadzącego RIPOK o przyjmowaniu takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy.

Odwołujący REMONDIS wnosi również o nakazanie zamawiającemu zmiany pkt 17 tiret drugie załącznika A »Przedmiot zamówienia dla zadanie „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z gminy Mikołów”« oraz § 5 ust. 1 tiret drugie wzoru umowy przez wskazanie, że wykonawca zobowiązany jest do przekazywania raportów dziennych, miesięcznych, kwartalnych, półrocznych, rocznych – elektronicznych generowanych przez system, zawierających następujące informacje: „masę odebranych odpadów (Mg) przez dany pojazd (z podaniem nieruchomości, których ta ilość dotyczy) na podstawie kwitów wagowych przyjętych odpadów komunalnych z terenu gminy Mikołów na RIPOK lub instalację zastępczą oraz na instalacje odzysku i unieszkodliwiania odpadów (kwity wagowe za dany dzień Wykonawca składa zamawiającemu w dniu następnym)«.

III. Zarzuty dotyczące zobowiązania wykonawcy do osiągnięcia określonego poziomu odzysku

1. Zgodnie z pkt 15 załącznika A »Przedmiot zamówienia dla zadanie „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z gminy Mikołów”«:

»Wykonawca zobowiązuje się osiągnąć poziom odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia oraz recyklingu określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 645).

Wykonawca zobowiązuje się osiągnąć poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określony w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 25 maja 2012 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do

składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczenia masy tych odpadów (Dz. U. poz. 676).

[...] Postanowienie powyższe nie wyklucza prawa zamawiającego do naliczenia i egzekwowania kar umownych z tytułu braku osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, bez względu na fakt, czy okoliczności skutkujące naliczaniem kary były następstwem działania lub zaniechania zawinonego lub niezawinonego przez Wykonawcę, w dobrej czy złej wierze.«

2. Przedmiotowe postanowienia zostały powtórzone przez zamawiającego w § 3 ust. 7-9 wzoru umowy.

3. Obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji obciąża gminę (zamawiającego). Stosownie bowiem do przepisu art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gminy są obowiązane osiągnąć do 31 grudnia 2020 r.:

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

4. Natomiast zgodnie z przepisem art. 3c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości gminy są obowiązane ograniczyć masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania:

- 1) do 16 lipca 2013 r. – do nie więcej niż 50% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,
 - 2) do 16 lipca 2020 r. – do nie więcej niż 35% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania
- w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r.

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

6. Z przytoczonych powyżej postanowień specyfikacji i wzoru umowy wynika, że zamawiający przerzucił na wykonawcę ryzyko osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji. Jest to działanie nieuzasadnione, gdyż jak już wyżej wskazywano obowiązek osiągnięcia odpowiednich

poziomów odzysku oraz ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji obciąża gminę (zamawiającego), a nie wykonawcę. Ponadto, działanie to jest nieuzasadnione również z uwagi na fakt, że zamawiający w specyfikacji ogranicza wykonawcy swobodną możliwość wyboru instalacji do zagospodarowania odpadów zmieszanych przez wskazanie jednej konkretnej instalacji regionalnej do zagospodarowania odpadów, od której wykonawca nie ma żadnych gwarancji, że spełni wymogi związane z poziomami odzysku i na jakim poziomie.

W kontekście powyższego na nieuprawnione należy uznać także przerzucenie na wykonawcę kar, do których zapłaty jest zobowiązana gmina w związku z niewywiązaniem się z obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku.

7. Uwzględniając powyższe nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto, zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu art. 353¹ Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

8. Wobec tego, odwołujący REMONDIS wnosi o nakazanie zamawiającemu wykreślenia z treści specyfikacji zobowiązania wykonawcy do osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz uprawnienia zamawiającego do naliczenia i egzekwowania kar umownych z tytułu braku osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

IV. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – brak informacji o ilości odpadów do odebrania z poszczególnych nieruchomości

1. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W załączniku C do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, czyli w wykazie nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości niezamieszkałych – Zamawiający nie podał liczby osób dla nieruchomości zamieszkałych, ilości wytwarzanych odpadów dla nieruchomości niezamieszkałych oraz nie podał ilości i rodzaju pojemników, jakie wykonawca ma odebrać z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych.

2. Zamawiający nie podaje w specyfikacji nawet przybliżonej liczby pojemników i kontenerów, w jakich wykonawca ma odebrać odpady z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych. Ponadto w specyfikacji brak informacji o nieruchomościach niezamieszkałych, które umożliwiłyby uzyskanie wykonawcy informacji o możliwych ilościach powstających tam odpadów. Zamawiający nie podał informacji na temat liczby pracujących, liczby użytkowników, wielkości powierzchni. Brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcom skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka, jakie może wiązać się z realizacją zamówienia w tym zakresie.

3. Odwołujący REMONDIS wnosi o nakazanie zamawiającemu doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli ustalić rzeczywisty zakres zlecanej usługi i skalkulować koszty jej wykonania m.in. przez uzupełnienie załącznika C do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia przez podanie w wykazie nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości niezamieszkałych liczby osób dla nieruchomości zamieszkałych oraz ilości wytwarzanych odpadów dla nieruchomości niezamieszkałych, a ponadto podania liczby i rodzaju pojemników, w jakich wykonawca ma odebrać odpady z zarówno z nieruchomości zamieszkałych jak i niezamieszkałych.

V. Zarzuty dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy

1. Stosownie do pkt 18 specyfikacji zamawiający zwróci 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Zamawiający zatrzymuje 30% wartości wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady zostanie zwrócona nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Okres rękojmi to 3 lata od daty obustronnego podpisania protokołu odbioru końcowego. Postanowienie to zostało również przez zamawiającego wprowadzone do wzoru umowy – § 9 ust. 2-4 wzoru umowy.

2. Zgodnie z przepisem art. 151 ust. 2 Pzp, kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Stosownie natomiast do przepisów Kodeksu cywilnego instytucji rękojmi dotyczy umowy sprzedaży, umowy o dzieło czy też umowy o roboty budowlane.

Nie ma natomiast zastosowania do umowy o świadczenie usług, a taka umowa jest przedmiotem postępowania. Ustawodawca przenosząc instytucję rękojmi za wady z Kodeksu cywilnego na grunt ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych chciał zabezpieczyć interesy zamawiającego w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy (najbardziej zbliżone do Kodeksowej instytucji sprzedaży), a nie usługi.

Podobne stanowisko potwierdzone zostało w doktrynie: „zawierając postanowienia o zabezpieczeniu, należy zwracać uwagę na przedmiot zamówienia, aby nie zawierał postanowień o pozostawieniu zabezpieczenia na okres rękojmi, której w rzeczywistości nie będzie” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz do art. 151, Warszawa 2012).

3. Odwołujący REMONDIS wnosi o nakazanie zamawiającemu usunięcia z pkt 18 specyfikacji postanowienia w brzmieniu »Zamawiający zwróci 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Zamawiający zatrzymuje 30% wartości wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady zostanie zwrócona nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Okres rękojmi 3 lata od daty obustronnego podpisania protokołu odbioru końcowego«.

Ponadto, Odwołujący REMONDIS wnosi również o usunięcie § 9 ust. 2-4 wzoru umowy.

VI. Zarzuty dotyczące projektu umowy

1. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 Kc.

Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): »Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego, jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353¹ Kc«.

2. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy.

Tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11): »Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy«.

3. Zamawiający w załączonym do specyfikacji wzorze umowy (załącznik nr 15 do specyfikacji) zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ Kc w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 23 oraz art. 139 ust. 1 Pzp:

b) Zarzuty dotyczące kar umownych

Zamawiający w § 11 wzoru umowy przewidział zróżnicowane i liczne kary umowne za poszczególne zdarzenia. Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej zastosowanie nie może prowadzić do naruszenia zasad współżycia społecznego i wprowadzać nadmiernej nierówności stron umowy.

W § 11 ust. 1 lit. d wzoru umowy zamawiający wskazał, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w razie zmieszania przez wykonawcę selektywnie zgromadzonych przez właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych w wysokości 3% wynagrodzenia miesięcznego. Zamawiający nie przewidział w powyższym zakresie żadnej procedury reklamacyjnej w ramach, której wykonawca mógłby wykazać, że odebrane przez niego odpady były zmieszane już w momencie odbioru ich od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący REMONDIS wnosi o nakazanie zamawiającemu wykreślenia kary umownej przewidzianej w § 11 ust. 1 lit. d wzoru umowy.

c) Zarzut braku procedury reklamacyjnej

Zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru umowy »Strony przyjmują, że Zamawiający upoważniony jest do potrącania kar umownych, o których mowa w ust. 1, z należności przysługujących wykonawcy. W przypadku braku możliwości dokonania potrącenia kary umownej z faktury lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustala się, że zapłata nastąpi przelewem na konto zamawiającego podane w naliczeniu do 30 dni od daty otrzymania przez wykonawcę naliczenia«.

Kary umowne powinny przysługiwać zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w której toku strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67): »[...] jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się«.

Odwołujący REMONDIS wnosi o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień wzoru umowy przez wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

d) Zarzuty w stosunku do postanowień dotyczących podwykonawców

W § 12 wzoru umowy zamawiający uregulował kwestie związane z podwykonawstwem. Zgodnie z § 12 ust. 2 wzoru umowy, do zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą wymagana jest zgoda zamawiającego. Jeżeli zamawiający w ciągu 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z opisem zakresu prac określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Stosownie z kolei do § 12 ust. 9 wzoru umowy »Zamawiający zastrzega sobie prawo do wstrzymania lub odmowy podpisania protokołu odbioru wykonanych usług, o którym mowa w § 8 umowy w przypadku braku dokumentów potwierdzających dokonanie rozliczeń pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub podwykonawcami«.

Postanowienia § 12 wzoru umowy pozostają w sprzeczności z przepisem art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 139 Pzp. Wprowadzenie do wzoru umowy przywołanych powyżej postanowień narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy, gdyż umożliwia zamawiającemu znaczną ingerencję w stosunki umowne łączące wykonawcę z ewentualnym podwykonawcą.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są usługi a nie roboty budowlane to zamawiający nie ma prawa tak dalece ingerować w relacje pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Takie uregulowanie podwykonawstwa byłoby uzasadnione w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia byłyby roboty budowlane, gdzie występuje solidarna odpowiedzialność zamawiającego i generalnego wykonawcy, wobec zapłaty dla podwykonawców, nie zaś w przypadku rozpoznawanego postępowania.

Co więcej, za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie przez zamawiającego prawa do wstrzymania lub odmowy podpisania protokołu odbioru wykonanych usług, o którym mowa w § 8 wzoru umowy w przypadku braku dokumentów potwierdzających dokonanie rozliczeń pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub podwykonawcami. Protokół odbioru

wykonanych usług powinien odnosić się wyłącznie do faktu wykonania bądź nie wykonania zleconych usług i jego akceptacja nie powinna być uzależniana od czynników zupełnie nie związanych z celem, do którego protokół służy. Ponadto, brak jest również uzasadnienia dla żądania przez zamawiającego, aby wykonawca przedpłacał podwykonawców zanim sam otrzyma wynagrodzenie od zamawiającego.

Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której podwykonawca nie wykona zamówienia, zamiast niego będzie zobowiązany wykonać zamówienie wykonawca, który mimo realizacji umowy poniesie z tego tytułu (brak zapłaty wynagrodzenia dla podwykonawcy) karę i nie otrzyma wynagrodzenia od zamawiającego.

Ponadto, należy również zauważyć, że § 12 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym do zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą wymagana jest zgoda zamawiającego pozostaje w sprzeczności z art. 36 ust. 5 Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Odwołujący REMONDIS wnosi nakazanie zamawiającemu wykreślenia postanowień § 12 wzoru umowy.

Zgodnie z § 13 ust. 3 wzoru umowy, każdej ze stron przysługuje prawo do wypowiedzenia umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Początek okresu wypowiedzenia rozpoczyna się ostatniego dnia miesiąca, w którym wypowiedzenie miało miejsce.

Wykonawca ponosi określone koszty stałe związane ze świadczeniem usług. Wprowadzenie przedmiotowego postanowienia do wzoru umowy powoduje, że wykonawca nie ma pewności do okresu trwania umowy, co uniemożliwia mu rozłożenie w czasie kosztów stałych.

W związku z powyższym, odwołujący REMONDIS wnosi o nakazanie zamawiającemu wskazania minimalnego okresu (nie krótszego niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy) trwania umowy.

Wykonawca Alba Południe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza 24.04.2013 r. złożył: 1) Prezesowi KIO zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania; wykonawca przesłał kopię pisma 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu REMONDIS (art. 185 ust. 2 Pzp).

VIII. Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia.

IX. Zamawiający pismem z 02.05.2013 r. poinformował o zmianie ogłoszenia i specyfikacji częściowo uwzględniając zarzuty podniesione w odwołaniach, a w pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołań obu odwołujących.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez przystępującego REMONDIS:

- 1) (dowód nr 1) wyciąg z Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014, z którego przystępujący wywodzi, że dla regionu III jedyną instalacją jest RIPOK KOMART w Knurowie;**
- 2) (dowód nr 2) wydruk ze strony internetowej podmiotu KOMART określający przedmiot działalności, z którego przystępujący wywodzi, że umożliwia to temu podmiotowi branie udziału w tym postępowaniu;**
- 3) (dowód nr 3) pismo odwołującego do podmiotu KOMART oraz odpowiedź, że podmiot KOMART nie może wziąć na siebie odpowiedzialności za przyjęcie odpadów bezwarunkowo oraz pismo z 24.04.2013 r. odwołującego do KOMART bez odpowiedzi, z którego przystępujący wywodzi, że podmiot KOMART może ingerować w wynik postępowania**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołania są zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia któregokolwiek z odwołań ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby w obu odwołaniach zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołujących.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Odwołujący PUKGGŚ – cofa odwołanie w zakresie całego pkt 5 oraz w zakresie pkt 4 lit. b w postępowaniu sygn. akt KIO 891/13.

Odwołujący REMONDIS – cofa zarzut w zakresie pkt 1 oraz zarzuty dot. projektu umowy opisane w części VI ust. 3 lit. a i e w części dot. § 13 ust. 2 lit. c w postępowaniu sygn. akt KIO 912/13.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty odwołującego PUKGGŚ i odwołującego REMONDIS niezgodności z art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 9e, 9l i 9m ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391, 951 oraz z 2013 r. poz. 21 i 228) przez opisanie przez zamawiającego: (pkt 1) w sekcji VI.3 pkt 8.3, 8.3.1, 8.3.2 ogłoszenia oraz pkt 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 specyfikacji warunków odnoszących się do (pkt 1 lit. a) zapewnienia podmiotu prowadzącego punkt odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych (PSZOK) o przyjmowaniu –, (pkt 1 lit. b) zapewnienia podmiotu prowadzącego regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) o przyjmowaniu –, (pkt 2) w sekcji VI.3 pkt 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 ogłoszenia oraz pkt 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 specyfikacji warunków zawierające wymagania, aby wykonawcy złożyli (pkt 2 lit. a) jakiegokolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie PSZOK o przyjmowaniu –, (pkt 2 lit. b) jakiegokolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie RIPOK o przyjmowaniu – takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w przytoczonych wyżej miejscach ogłoszenia i specyfikacji wymagał, aby wykonawca załączył do oferty jakiegokolwiek dokumenty potwierdzające w zasadzie kontakt wykonawcy z podmiotami prowadzącymi tzw. PSZOK i RIPOK w zakresie stanowiska tych podmiotów o przyjmowaniu odpowiednich odpadów od wykonawcy w trakcie trwania zamówienia z obszaru zamawiającego – Gminy Mikołów.

Odwołujący wykazali, że wystarczy nawet nieumyślna omyłka w zaadresowaniu pisma przez podmiot prowadzący odpowiednią tzw. PSZOK czy RIPOK, aby miało to wpływ na wynik postępowania, czyli aby wystąpiła konieczność wykluczenia wykonawcy, który nie otrzymał tego jakiegokolwiek dokumentu od któregoś z tych podmiotów.

Jednocześnie odwołujący wykazali, że podmioty prowadzące odpowiednią tzw. PSZOK czy RIPOK mogą nie być w pełni bezstronne, bo mogą być zainteresowane we współpracy z niektórymi wykonawcami lub nawet same uczestniczyć w postępowaniu, jako wykonawcy składający oferty w rozpoznawanym postępowaniu.

Ponadto skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmioty te mają obowiązek przyjmowania odpadów bez względu na zawarte wcześniej umowy.

Samo sformułowanie zamawiającego w ogłoszeniu i specyfikacji o »jakimkolwiek« dokumencie i braku wykazania konieczności tego dokumentu do prowadzenia postępowania i później do wykonania zamówienia wskazuje na brak wystąpienia obiektywnej konieczności po stronie zamawiającego wymagania takiego dokumentu przez zamawiającego.

Z wymienionych przyczyn skład orzekający Izby musi uwzględnić zarzuty niezgodności z art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 9e, 9l i 9m ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach opisania przez zamawiającego wymagań do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nakazać zamawiającemu wykreślenie postanowień zawartych w sekcji VI.3 pkt 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 oraz pkt 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 ogłoszenia oraz wykreślenie postanowień zawartych w punktach 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 oraz 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezgodności z art. 5 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp postanowień paragrafu 12 drugi ust. 1 wzoru umowy – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający numerując ustępy w § 12 dwukrotnie nadał różnym ustępom tego paragrafu numer 1. Nie było to jednak przedmiotem zarzutu i mimo tej niedogodności w postępowaniu nie wystąpiła trudność w odnalezieniu odpowiedniej jednostki redakcyjnej. Zainteresowani omawiali to miejsce we wzorze umowy tytułując je „§ 12 drugi ust. 1 wzoru umowy”. Postanowienie to brzmi: »Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Do zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą wymagana jest zgoda zamawiającego. Jeżeli zamawiający w ciągu 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z opisem zakresu prac określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy«.

Przy czym na podstawie takiego uregulowania umownego zamawiający nie zdejmuje odpowiedzialności z wykonawcy za działania lub zaniechania podwykonawcy ani nie przejmuje na siebie odpowiedzialności za wybór podwykonawcy.

Zdaniem składu orzekającego Izby uzależnienie wyrażenia zgody na zaangażowanie podwykonawcy, bądź odmowy udzielenia zgody na powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom bez podania żadnych warunków nie może się mieścić w granicach działania zgodnie z zasadami współżycia społecznego wyrażonego w art. 5 Kc. Przepis art. 5 Kc brzmi: »Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony«.

Dlatego zamawiający może rozważyć zmianę treści tego ustępu na zaproponowaną przez odwołującego PUKGGŚ, aby ostatecznie postanowienie to brzmiało: »Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza«. Jednak w takim przypadku podwykonawcami będą mogły stać się podmioty, o których zamawiający wie, że nie wykonają ciążących na nich zobowiązań. Ta wiedza może pojawić się u zamawiającego ze względu na dobrą znajomość rynku lokalnego i lokalnych wykonawców, którą to wiedzę posiada zamawiający, a której może nie mieć wykonawca z dalszej odległości, który nie ma tak dobrego rozeznania w warunkach miejscowych. Dopuszczenie do wykonywania zadań przez podwykonawcę, o którym zamawiający wie, że podwykonawca taki nie udźwignie ciężaru wykonania powierzonego mu zakresu usługi, nie może być uznane za właściwe wykonanie zamówienia.

W związku z tym zamawiający może we wzorze umowy wskazać przesłanki negatywne, których zaistnienie upoważni zamawiającego do odmowy zgody na powierzenie części zamówienia podwykonawcy, lub przesłanki pozytywne, które będą musieli spełnić wykonawca lub podwykonawca, aby mogli się ubiegać u zamawiającego o wyrażenie zgody na powierzenie części zamówienia podwykonawcy.

Z powyższych powodów w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezgodności z art. 5 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp postanowień paragrafu 12 drugi ust. 1 wzoru umowy – zasługuje na uwzględnienie i Izba nakazuje wprowadzenie do paragrafu 12 drugi ustęp 1 opisu przesłanek, które muszą zaistnieć, aby zamawiający nie wydał zgody wykonawcy na zawarcie umowy z podwykonawcą.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut odwołującego PUKGGŚ naruszenia art. 353¹ Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp – przez sporządzenie § 13 ust. 3 wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i niegwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wprowadził w § 13 ust. 3 wzoru umowy postanowienie, że każdej ze stron przysługuje prawo do wypowiedzenia umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Początek okresu wypowiedzenia rozpoczyna się ostatniego dnia miesiąca, w którym wypowiedzenie miało miejsce. Ze względu na brak wskazania sytuacji, które mogą być przesłanką do wypowiedzenia umowy, postanowienie to należy odczytywać, jako uprawniające każdą ze stron do wypowiedzenia umowy bez podawania przyczyn.

Skład orzekający Izby stwierdza, że taka klauzula umowna jest niezgodna z systemem zamówień publicznych. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych sterują tak postępowaniem, aby strony od momentu ogłoszenia o zamówieniu

miały ograniczone możliwości wycofywania się z procedury tylko w określonych okolicznościach. Wpływa to na wyjątkowo trwały charakter więzów między zamawiającym a wykonawcą. Np. odstąpić od udzielenia zamówienia, czyli unieważnić postępowanie zamawiający może tylko w przypadku zaistnienia enumeratywnie wskazanych przesłanek w art. 93 ust. 1 i 1a Pzp. Podobnie wykonawca, który złożył ofertę ma ograniczone możliwości odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, jeżeli jego oferta zostanie wybrana przez sankcję, jaka jest zatrzymanie wadium, zgodnie z art. 46 ust. 5 Pzp.

Skład orzekający Izby rozpoznając odwołanie w granicach zarzutu skupił się na etapie wykonania umowy, gdzie ustawa dopuszcza odstąpienie od umowy tylko w przypadkach wskazanych w art. 145 ust. 1 Pzp. Przepis ten brzmi: »W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach«. A contrario przepis nie dopuszcza innej możliwości odstąpienia od umowy.

Odwołujący PUKGGŚ zarzucił zamawiającemu, że wprowadzając przedmiotowe postanowienie narusza art. 353¹ Kc, który brzmi: »Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego«. Naturą stosunku w dziedzinie zamówień publicznych jest jego stałość i możliwość odstąpienia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie. Natomiast wprowadzanie postanowień o innych przesłankach odstąpienia od umowy jest sprzeczne przede wszystkim ustawą, ale również z właściwością stosunku i zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący PUKGGŚ nie dowiódł naruszenia art. 14 Pzp, gdyż zamawiający nie uniemożliwił stosowania przepisów kodeksu cywilnego wykonawcom ani sam nie odstąpił od stosowania tej ustawy. Przepis art. 14 brzmi: »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.⁴), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«.

Odwołujący PUKGGŚ nie dowiódł naruszenia art. 29 Pzp, zwłaszcza, że ogólnie zarzut dotyczył kwestii możliwości odstąpienia od umowy, a nie opisu przedmiotu zamówienia.

Ponadto odwołujący PUKGGŚ nie dowiódł naruszenia art. 139 Pzp, gdyż zamawiający nie uniemożliwił stosowania przepisów kodeksu cywilnego wykonawcom ani sam nie odstąpił od stosowania tej ustawy do umowy, która ma zostać zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania. Przepis art. 139 Pzp brzmi: »1. Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. 2. Umowa wymaga, pod rygorem

nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. 3. Umowy są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej».

Z tego powodu w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia przepisów – przez sporządzenie § 13 ust. 3 wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i niegwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – zasługuje na uwzględnienie i izba nakazuje zamawiającemu wykreślenie ustępu 3 z paragrafu 13 wzoru umowy.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut odnośnie naruszenia art. 150 ust. 1 i 2 Pzp – przez postanowienie pkt 18 specyfikacji, który opisuje wymagania zamawiającego dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdzie zamawiający zażądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w wysokości 10% maksymalnej nominalnej wartości zobowiązania wynoszącej 8 000 000 zł – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił pkt 18 specyfikacji o treści, cyt.: »Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, przed podpisaniem umowy, w wysokości 10% maksymalnej nominalnej wartości zobowiązania, którą zamawiający określa na kwotę brutto 8 000 000,00 zł, w formach o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy«.

Odwołujący PUKGGŚ zarzucił zamawiającemu, że 800 000 zł (10% z 8 000 000 zł) jest kwotą ustaloną przedwcześnie i na innej podstawie niż na podstawie ceny ofertowej, o której mowa w art. 150 ust. 1 i 2 Pzp. Przepisy te brzmią: »1. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. 2. Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy«.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że art. 150 ust. 2 Pzp odnosi się do procentowej wysokości ustalenia zabezpieczenia w stosunku do ceny całkowitej albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. W ofercie nie jest wymagane podanie ceny całkowitej, a jedynie ceny jednostkowej, dlatego strony będą obowiązywać ustalić wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w stosunku do maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. W samej umowie brak jest wskazania tej wartości – w § 9 ust. 1 wzoru umowy znajduje się

wykropkowane miejsce, a także w innych miejscach wzoru umowy zamawiający nie określił jak będzie należało tę wartość obliczyć. Tym niemniej specyfikację należy czytać całościowo, a nie oddzielnie tylko załączniki, a jednym z nich jest wzór umowy. Dlatego za podstawę określenia maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego należy wziąć wartość wskazaną w ust. 18 zdanie pierwsze specyfikacji.

W związku z tym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 150 ust. 1 i 2 Pzp – przez postanowienie pkt 18 specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezgodności z art. 5 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp – przez postanowienie § 3 ust. 8 w związku z § 3 ust. 9 w związku z § 11 ust. 1 lit. I wzoru, które to postanowienia obciążają wykonawcę do dochodzenia wszelkich roszczeń od podmiotów prowadzących instalacje do przetwarzania odpadów lub instalacje zastępcze, jeżeli nie zagwarantują osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w § 3 ust. 8 wzoru umowy zastrzegł, że wykonawca będzie dochodził wszelkich roszczeń bezpośrednio od podmiotów prowadzących wskazane instalacje bez udziału zamawiającego. Postanowienie to brzmi, cyt. »Jeżeli, z jakichkolwiek przyczyn, regionalna instalacja do przetwarzania odpadów (RIPOK) lub instalacja zastępcza nie zagwarantują osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, to Wykonawca bez udziału zamawiającego, będzie dochodził wszelkich roszczeń bezpośrednio od podmiotów prowadzących te instalacje«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący PUKGGŚ nie wykazał naruszenia normy art. 5 Kc przez zamawiającego, który wprowadził do wzoru umowy postanowienie o wskazanym wyżej brzmieniu. Zwłaszcza odwołujący PUKGGŚ nie wykazał, że zamawiający nie będzie współdziałał z wykonawcą w przypadku, gdy współdziałanie takie będzie niezbędne do osiągnięcia celu w postaci uzyskania roszczeń w sytuacji, gdy odpowiedzialne podmioty, czyli RIPOK lub instalacja zastępcza, ze swojej winy nie dopełnią ciężących na nich obowiązków.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezgodności z art. 5 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp – przez postanowienie § 3 ust. 9 w związku z § 11 ust. 1 lit. I wzoru umowy, które to postanowienia zdaniem odwołującego grożą wykonawcy dochodzeniem kar umownych

przez zamawiającego w przypadkach wystąpienia przyczyn niezależnych od wykonawcy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienie § 3 ust. 9 o brzmieniu, cyt.: »Postanowienie § 3 ust. 8 nie wyklucza prawa zamawiającego do naliczenia i egzekwowania kar umownych z tytułu braku osiągnięcia wymaganych właściwymi przepisami poziomów odzysku, przygotowania do ponownego przetworzenia, recyklingu lub poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, bez względu na fakt, czy okoliczności skutkujące naliczeniem kary były następstwem działania lub zaniechania zawinionego lub niezawinionego przez Wykonawcę, w dobrej czy złej wierze«, jednak postanowienie to nie może być samodzielną podstawą do naliczania kar umownych, gdyż nie została w tym ustępie wskazana wysokość kary umownej.

Do wskazania wysokości kar umownych za poszczególne przesłanki miał zdaniem odwołującego PUKGGŚ służyć § 11 ust. 1 wzoru umowy, a w zakresie braku osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji miał zdaniem odwołującego PUKGGŚ służyć § 11 ust. 1 lit. 1 wzoru umowy, który brzmi, cyt. »W przypadku określonym w § 10 ust. 6 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną [...] za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu wymaganych przepisami prawa oraz poziomu ograniczenia składowania odpadów ulegających biodegradacji wymaganych Dyrektywą 1999/31/WE z 26 kwietnia 1999 r. oraz innymi przepisami prawa krajowego w wysokości równej kwocie kary przewidzianej przepisami dla gminy za niewywiązywanie się z tego obowiązku.«. Wobec tego, że we wzorze umowy brak jest postanowienia § 10 ust. 6, gdyż § 10 zawiera tylko 3 ustępy, zamawiający nie będzie mógł wystąpić z żądaniem zapłacenia kary umownej na podstawie § 11 ust. 1 lit. I umowy.

W związku z tym skład orzekający Izby musi stwierdzić, że zarzut jest bezpodstawny, gdyż zamawiający nie będzie mógł egzekwować kar umownych od wykonawców w rozpoznawanym zakresie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezgodności z art. 5 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp – przez postanowienie § 9 ust. 4 wzoru umowy, które to postanowienie zdaniem odwołującego PUKGGŚ bezpodstawnie obciąża rękojmią wykonawcę – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w § 9 ust. 4 wzoru umowy ustalił okres rękojmi na 3 lata od zakończenia wykonywania umowy. Postanowienie to brzmi, cyt.: »Ustala się okres rękojmi na 3 lata od zakończenia wykonywania umowy«. Zdaniem odwołującego PUKGGŚ postanowienie to jest niezgodne z art. 5 Kc, który należy stosować w związku z art. 139 ust. 1 Pzp.

Mimo stanowiska odwołującego PUKGGŚ brak jest przepisów wyłączających lub ograniczających rękojmię w przypadku usługi, która ma charakter ciągły i powtarzalny, jak w rozpoznawanym przypadku. Zgodnie z art. 558 § 1 Kc strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Odwołujący PUKGGŚ nie wskazał przepisu, który nakazywałby ograniczenie lub wyłączenie rękojmi.

Odwołujący PUKGGŚ wskazał jedynie art. 5 Kc, który miałby być naruszony przez stosowanie rękojmi, jednak zdaniem składu orzekającego Izby zasady współzycia społecznego raczej uznają odpowiedzialność za odpłatne świadczenie, a w tym udzielenie rękojmi przez osobę wykonującą świadczenie.

Odwołujący PUKGGŚ twierdzi dalej, że konsekwencją zasady równości stron jest zasada swobody zawierania umów, która stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć swój stosunek prawny według własnego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Przepis art. 353¹ Kc brzmi: »Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego«. Jednak odwołujący PUKGGŚ nie dowiódł, że kwestionowane sformułowanie wzoru umowy sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współzycia społecznego. Również skład orzekający Izby jest zobligowany stwierdzić, że zamawiający nie korzysta z przywileju sformułowania wzoru umowy, a jest obowiązany sformułować postanowienia wzoru umowy we własnym interesie nie naruszając jednak przepisów, a w tym art. 5 Kc. Odwołujący PUKGGŚ wskazał tylko, że takie działania zamawiającego rażąco narusza zasadę równości stron i uczciwej konkurencji, ale nie poparł tego twierdzenia żadnymi argumentami faktycznymi ani prawnymi.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może uwzględnić zarzutu niezgodności z art. 5 Kc w związku z art. 139 ust. 1 Pzp postanowienia § 9 ust. 4 wzoru umowy, które to postanowienie zdaniem odwołującego bezpodstawnie obciąża rękojmią wykonawcę.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezgodności z art. 7 ust. 1 Pzp – przez postanowienie § 5 ust. 1 tiret drugie oraz ust. 2 wzoru umowy, które to postanowienie zdaniem odwołującego PUKGGŚ bezpodstawnie obciąża wykonawcę sporządzaniem szczegółowych raportów za wskazane okresy wykonania umowy i zainstalowania odpowiednich czujników elektronicznych w samochodach przeznaczonych do wykonania zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zamawiający może w sposób dowolny formułować postanowienia wzoru umowy, a w tym wymagania od wykonawcy dotyczące sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, jeżeli te postanowienia nie są sprzeczne z

przepisami prawa. Odwołujący PUKGGŚ nie wykazał, że postanowienie zmuszające wykonawcę wykonującego zamówienia do zainstalowania w samochodach używanych do wykonania przedmiotu zamówienia wskazanych urządzeń elektronicznych oraz składania zamawiającemu raportów w zakresie i częstotliwości wymaganej w umowie.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut niezgodności z art. 7 ust. 1 Pzp postanowienia § 5 ust. 1 tiret drugie oraz ust. 2 wzoru umowy nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty odwołującego REMONDIS odnośne naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. art. 7 Pzp i art. 22 ust. 4 Pzp przez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym został dokonany przez zamawiającego w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i że warunki ustanowione przez zamawiającego są niezgodne z przepisami prawa.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty odwołującego REMONDIS odnośne naruszenia art. 151 ust. 2 Pzp przez ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 30% tego zabezpieczenia na okres 3 lat od daty obustronnego podpisania protokołu odbioru końcowego, pomimo że ten przepis stwarza możliwość zabezpieczenia roszczeń jedynie w stosunku do rękojmi za wady w przypadku dostaw, a nie usług – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że przepisy stwarzają możliwość zabezpieczenia roszczeń jedynie w stosunku do rękojmi za wady w przypadku dostaw. Podobnie instytucja podwykonawstwa jest unormowana w Kodeksie cywilnym tylko w przypadku robót budowlanych, jednak w zamówieniach publicznych powszechnie jest przyjęte, że podwykonawstwo jest możliwe także w przypadku dostaw i usług. Dlatego brak unormowania wprost instytucji rękojmi za wady w przypadku usług nie może wykluczać ustanowienia rękojmi w rozpoznawanym przypadku.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty odwołującego REMONDIS odnośne naruszenia art. 353¹ Kc w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i

niegwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający sporządzając wzór umowy naruszył zasady współżycia społecznego i nie gwarantował równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty odwołującego REMONDIS odnośnie naruszenia innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania – nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno [1] wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, [2] zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, [3] określać żądanie oraz [4] wskazywać okoliczności faktyczne i [5] prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Te 5 części odwołania nie daje możliwości odwołującemu, aby przywoływał przepisy wynikające z odwołania na posiedzeniu czy rozprawie, gdyż mogłoby to być poczytane za rozszerzenie zakresu odwołania. W szczególności nie dawałoby to możliwości udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie (art. 186 ust. 1 Pzp) i uwzględnienia odwołania (art. 186 ust. 2 Pzp), gdyż zamawiający nie miałby pewności odnośnie zakresu odwołania. Ponadto, zgodnie z art. 192 ust. 7 Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie:

- 1) 18 598,98 zł (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, 41-706 Ruda Śląska, ul. Piotra Skargi 87** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2) 18 600 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-981 Warszawa,**

ul. Zawodzie 16 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

– zgodnie z § 3 pkt 1 i 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 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....