

Sygn. akt: KIO 1279/13

WYROK
z dnia 20 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 11 i 19 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2013 r. przez **wykonawcę REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań** na rzecz: **Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań** kwotę: **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i zielonych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 18 maja 2013 r. pod nr 2013/S 096-163919.

W postępowaniu tym wykonawca Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 maja 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniach 11 i 19 czerwca 2013 r.

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

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący zaskarżonym postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu zarzucił naruszenie:

1. art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „u.c.p.g.”) w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mających

wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:

- a. zaniechania podania maksymalnej ilości odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania, których wykonawcy będą zobowiązani w ramach umowy, w tym z podziałem na frakcje odpadów komunalnych zbieranych selektywnie,
- b. zaniechania podania maksymalnej ilości i pojemności pojemników, jakie wykonawcy zobowiązani są zapewnić w trakcie realizacji umowy,
- c. zaniechania podania maksymalnej ilości worków typu „big bag”, jakie wykonawcy zobowiązani są zapewnić w trakcie realizacji umowy,
- d. nie wskazania w Opisie Przedmiotu Zamówienia sposobu przebiegu granic pomiędzy poszczególnymi sektorami, w ramach których będzie realizowany przedmiot zamówienia,
- e. zobowiązania wykonawców do uzyskania zgody właścicieli nieruchomości na ustawienie pojemników na ich terenie, w tym m. in. poprzez uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego, nadto w sytuacji, gdy w odniesieniu do drugiego ze wskazanych obowiązków Zamawiający nie podaje maksymalnej ilości zgód na zajęcie pasa drogowego, jakie będą niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz danych niezbędnych do skalkulowania opłat z tego tytułu,
- f. zobowiązania wykonawcy do stosowania technologii wymiany informacji w standardzie 125 UNIQUE, w sytuacji, gdy standard ten nie gwarantuje prawidłowego odczytu numeru pojemnika,
- g. nałożenia na wykonawców nierealnych i niemożliwych do dochowania terminów na zrealizowanie obowiązków związanych z oznakowaniem pojemników, opracowaniem harmonogramów odbioru odpadów komunalnych oraz dostarczenia tych harmonogramów właścicielom nieruchomości,
- h. nałożenia na wykonawców absolutnej odpowiedzialności za wybór usługodawcy GPS oraz prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS w sytuacji, gdy Zamawiający m. in. nie precyzuje granic geograficznych sektora, co jednocześnie narusza zasady swobody umów wyrażonej w art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp,

co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości odpadów powstających w gminie, zmianami w strukturze tych odpadów, czy zmianami w zakresie ilości nieruchomości i mieszkańców gminy, struktury gospodarstw domowych, a także wymaganych nakładów na zakup pojemników i worków typu „big bag”,

co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej (pkt 13 SIWZ), przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego (pkt 13.4 SIWZ i pkt 8.1.4. wzorca umowy) i ograniczonej możliwości zmiany umowy (pkt 18 SIWZ oraz pkt 18.2 wzoru umowy).

Według Odwołującego taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję.

2. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, polegające na ustanowieniu warunków udziału w postępowaniu oraz dokonaniu opisu sposobu oceny spełniania tych warunków w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego nieproporcjonalny m.in. poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się przez wykonawców tym samym potencjałem dla kilku części zamówienia, co z kolei powoduje, że wykonawcy nie muszą dysponować w sposób realny potencjałem niezbędnym do wykazania spełnienia warunków, a tym samym tak postawione warunki nie pozwalają na zweryfikowanie rzeczywistej zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie:
 - posiadania zezwoleń niezbędnych do realizacji zamówienia;
 - posiadania wiedzy i doświadczenia;
 - dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
 - sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. doprecyzowanie Opisu Przedmiotu Zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli ustalić rzeczywisty zakres zlecanej usługi i w ślad za tym skalkulować jej koszty, m.in. poprzez:
 - a. wskazanie w pkt VII.4 Zał. nr 10 do SIWZ maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia z uwzględnieniem poszczególnych frakcji odpadów zbieranych w sposób selektywny,
 - b. podanie w załączniku nr 12 do SIWZ - Wykaz nieruchomości wraz z pojemnikami w dotychczasowym systemie gospodarowania odpadami z podziałem na poszczególne sektory - ilości oraz pojemności pojemników dla wszystkich nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia,
 - c. podanie w załączniku nr 12 do SIWZ - Wykaz nieruchomości wraz z pojemnikami w dotychczasowym systemie gospodarowania odpadami z podziałem na poszczególne

sektory - ilości worków typu „big bag”, których dostawa jest objęta przedmiotem zamówienia,

- d. podanie w załączniku nr 11 do SIWZ granic geograficznych poszczególnych sektorów,
 - e. doprecyzowanie, że w ramach przedmiotu zamówienia obowiązkiem wykonawców będzie jedynie umieszczenie pojemników, kontenerów na odpady w miejscach wskazanym przez właściciela nieruchomości, względnie poprzez określenie maksymalnej ilości zgód na zajęcie pasa drogowego, które w ramach przedmiotu zamówienia będzie musiał uzyskać wykonawca ze wskazaniem danych niezbędnych do oszacowania kosztów z tym związanych,
 - f. dopuszczenie możliwości zastosowania przez wykonawców technologii wymiany informacji np. w standardzie 134 FDX/HDX B,
 - g. urealnienie terminów realizacji obowiązków związanych ze sporządzaniem harmonogramów i wykonaniem oznakowania pojemników,
 - h. rezygnacji z absolutnej odpowiedzialności wykonawców za należyte funkcjonowanie sytemu GPS i wprowadzenie okoliczności ekskulpujących wykonawcę od tej odpowiedzialności,
2. ustanowienie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, w tym pozwalający na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nadto wyrażający się w konieczności żądania potencjału odrębnie dla każdej części zamówienia, a w konsekwencji w razie ubiegania się o kilka części zamówienia, żądania od wykonawców multiplikowania potencjału, w zakresie:
- posiadania zezwoleń niezbędnych do realizacji zamówienia;
 - posiadania wiedzy i doświadczenia;
 - dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz formy ich zatrudnienia;
 - sytuacji ekonomicznej i finansowej, w sposób wskazany w uzasadnieniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

I. a) Co do zarzutu, iż Zamawiający nie określił w SIWZ maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w SIWZ podał szacunkowe ilości odpadów komunalnych będących przedmiotem usługi odbioru i zagospodarowania z podziałem na odpady zmieszane oraz

zbierane w sposób selektywny (łącznie). Podkreślił, że podane informacje, na co Zamawiający wskazał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w kilku miejscach opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w pkt VII.4 Zał. nr 10, mają jednak charakter „szacunkowy”, „orientacyjny”, „przewidywany”. Zamawiający wskazał w SIWZ, iż usługa objęta przedmiotem zamówienia obejmuje wszystkie odpady zebrane i Zamawiający żąda w przywołanym pkt VII.4 Zał. nr 10 „prawidłowego oszacowania ilości opadów objętych przedmiotem zamówienia”. Zamawiający – zdaniem Odwoływającego - nie określił też w SIWZ maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia. Powyższe w jego ocenie jest równoznaczne z przetrzuceniem na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie GOAP. Wniosek taki potwierdza również wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia, które ma charakter ryczałtowy (pkt 13.4 SIWZ oraz wzorzec umowy). Tak więc faktyczna ilość odpadów komunalnych do odebrania i zagospodarowania w ramach umowy za umówione wynagrodzenie ryczałtowe jest nieznana, tj. nie wiadomo na podstawie analiz rynku, założeń WPGO, o ile może zwiększyć się ilość odpadów komunalnych w stosunku do szacunków podanych przez Zamawiającego w SIWZ oraz, jak może się kształtować struktura odpadów zbieranych selektywnie, skoro w tym zakresie Zamawiający nie podaje nawet danych szacunkowych. Odwoływający również zwrócił uwagę na okoliczność, iż ilość odpadów determinuje ujęte w oferowanej cenie ryczałtowej koszty zagospodarowania odpadów komunalnych zebranych selektywnie, które są skrajnie różne, w szczególności wobec zakazu mieszania odpadów (art. 9e ust. 2 u.c.p.g. oraz art. 11 ustawy o odpadach) i związanej z tym konieczności zapewnienia odbioru poszczególnych frakcji odpadów komunalnych różnymi pojazdami, jak również ilość pojemników do dostarczenia przez wykonawcę w trakcie realizacji umowy. Bez wiedzy odnośnie maksymalnych ilości odpadów komunalnych, w tym odpadów poszczególnych frakcji zbieranych selektywnie, zdaniem Odwoływającego, wykonawca nie jest w stanie sporządzić oferty obejmującej odbiór i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych przewidzianych w Opisie Przedmiotu Zamówienia w sposób gwarantujący porównywalność ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 16.01.2013 r., sygn. akt KIO 2941/12), jak również Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 4.10.2001 r., sygn. I CKN 328/99).

W związku z powyższym Odwoływający podkreślił, że, Zamawiający winien w SIWZ doprecyzować zakres i rozmiar usług objętych ryczałtem, tj. procent, o jaki maksymalnie może wzrosnąć ilość odpadów w trakcie trwania umowy w odniesieniu do szacunków przyjętych przez Zamawiającego w SIWZ. Zapis taki nie tylko czynić będzie zadość

wymaganiom przepisu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, ale pozwoli na otrzymanie przez Zamawiającego ofert porównywalnych.

I. b) Co do zarzutu, iż Zamawiający nie podał ilości oraz pojemności pojemników dla nieruchomości Odwołujący wskazał na wymogi SIWZ określone w pkt 2.4 SIWZ (Części II.1.5 Ogłoszenia o zamówieniu) nałożone na wykonawców co do gromadzenia odpadów. W tym zakresie podkreślił, że Zamawiający jednocześnie określił, że „rodzaj, pojemność, liczba oraz oznakowanie pojemników, kontenerów oraz worków muszą być zgodne z Regulaminem, Załącznikami do SIWZ oraz deklaracjami złożonymi przez właścicieli nieruchomości.” Pomimo powyższego Zamawiający nie wskazał ilości pojemników, które ma dostarczyć wykonawca w trakcie realizacji umowy, zastrzegając w uwadze poczynionej przy pkt 2.8 SIWZ, że wszelkie podawane w SIWZ dane odnośnie ilości i pojemności pojemników mają wyłącznie charakter „informacyjny” i „szacunkowy”. Wskazał też, że w załączniku nr 12 do SIWZ „Wykazie nieruchomości wraz z pojemnikami w dotychczasowym systemie gospodarowania odpadami z podziałem na poszczególne sektory” Zamawiający podał wprost, że w odniesieniu do 44% przypadków nie dysponuje żadnymi - a więc nawet szacunkowymi - informacjami odnośnie ilości i pojemności pojemników, co – zdaniem Odwołującego - oznacza to, że spośród 117 840 wszystkich lokalizacji punktów odbioru odpadów podanych przez Zamawiającego, wskazana adnotacja dotyczy aż 51 262 lokalizacji. Odwołujący podkreślił, że rodzaj i minimalną pojemność pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunki rozmieszczania tych pojemników i ich utrzymania w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, określa uchwała nr N/II/30/2013 Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Gospodarki Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z dnia 12 marca 2013 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi na obszarze gmin wchodzących w skład Związku Międzygminnego „Gospodarki Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, w której w § 2 określono szczegółowe wymagania dotyczące pojemności pojemników dla poszczególnych rodzajów nieruchomości. Podkreślił, że wskazane tam „normatywy”, by możliwe było skalkulowanie kosztów wykonania przedmiotu umowy, zestawień należy z danymi odnoszącymi się do specyfiki danego sektora (np. przy budynkach użyteczności publicznej z danymi odnośnie liczby interesantów odwiedzających te budynki), a więc z danymi, którymi nie dysponują wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu. Na tej zasadzie, Zamawiający chcąc umożliwić wykonawcom skalkulowanie w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może wiązać z realizacją zamówienia, powinien podać ilość oraz pojemność pojemników dla

nieruchomości. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 11.02.2013 r., sygn. akt KIO 159/13 i wyrok z dnia 16.01.2013 r., sygn. akt KIO 2941/12).

I. c) Co do zarzutu, iż Zamawiający zaniechał podania maksymalnej ilości worków typu „big bag”, jakie wykonawcy zobowiązani są zapewnić w trakcie realizacji umowy Odwołujący wskazał na pkt 6.3.1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ, stosownie do którego wykonawca zobowiązany jest do dostarczania posiadaczom nieruchomości worków typu „big bag” przeznaczonych do zbierania odpadów zielonych. Wskazał, że w SIWZ nie określono jednak ani ilości worków tego typu, które w ramach przedmiotu zamówienia trzeba będzie dostarczyć mieszkańcom gmin, ani nie podano - chociażby szacunkowej - liczby mieszkańców, którzy będą gromadzić odpady zielone w workach tego typu. Brak jest również informacji co do sposobu i terminu przekazania wykonawcy przez Zamawiającego powyższych danych. W jego ocenie wykonawca nie jest przez to w stanie skalkulować kosztów dostarczenia mieszkańcom odpowiedniej ilości worków, co przekłada się na niemożność należytego oszacowania ceny ofertowej, a takie działanie Zamawiającego stwarza ryzyko, że każdy z wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia - wobec braku danych w SIWZ - skalkuluje cenę ofertową za dostawę tych worków w oparciu o odmienne, przyjęte przez siebie dane, przez co oferty złożone w tym postępowaniu będą nieporównywalne, a co za tym idzie niemożliwym stanie się wybór najkorzystniejszej oferty bez naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2549/11 oraz wyrok z dnia 27 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2649/11).

I. d) Co do zarzutu, iż Zamawiający nie doprecyzował w SIWZ sposobu przebiegu granic pomiędzy poszczególnymi sektorami, w ramach których będzie realizowany przedmiot zamówienia Odwołujący przywołał pkt 3 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że uchwałą nr VI/29/2013 Zgromadzenia Związku Międzygminnego Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej z dnia 12 marca 2013 r. w sprawie podziału obszaru Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” na sektory odbioru odpadów komunalnych, teren Związku został podzielony na 23 sektory szczegółowo opisane w Załączniku nr 10 do SIWZ. Pomimo tej deklaracji, według Odwołującego, Zamawiający w Załączniku nr 10 do SIWZ nie opisał szczegółowo sektorów, tj. nie zawarł danych odnośnie przebiegu granic pomiędzy poszczególnymi sektorami. Przywołał ponadto pkt VII

pkt 1 - Charakterystyka sektorów - załącznika nr 10 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający opisał jedynie „powierzchnię” sektorów wskazując, jakie osiedla lub gminy wchodziły w skład poszczególnych sektorów, np. dla sektora I wskazał, że będzie to Fabianowo - Kotowo, Górczyn, Grunwald Południe bez obszaru spółdzielni mieszkaniowej, Grunwald Północ, Junikowo bez obszaru spółdzielni mieszkaniowej, Kwiatowe, Stary Grunwald. Przywołał też załącznik nr 12 - Wykaz nieruchomości wraz z pojemnikami w dotychczasowym systemie gospodarowania odpadami z podziałem na poszczególne sektory, gdzie Zamawiający wskazał adresy nieruchomości z podziałem na poszczególne sektory, niemniej w tym załączniku zdaniem Odwołującego nie ma mowy o „geograficznym” przebiegu granic pomiędzy poszczególnymi sektorami. Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia pkt 11.2.1 ppkt XXIV, gdzie Zamawiający wprowadził określone kary umowne od wykonawcy za każdy przypadek odebrania odpadów komunalnych z sektora Związku, innego niż sektor objęty umową. Powyższe – jego zdaniem - jest sprzeczne z postanowieniami art. 29 ustawy Pzp oraz z art. 483 k.c. w zw. 3531 k.c, powołując się w tym zakresie na stanowisko doktryny oraz orzecznictwo sądów powszechnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt V ACA 267/10, publ.). Zwrócił uwagę na okoliczność, iż określenie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, że każde odebranie odpadów z sektora nieobjętego przedmiotem umowy będzie skutkowało naliczeniem kary umownej bez względu na ilość odebranych odpadów ono dotyczy oraz bez wskazania w sposób jednoznaczny, jaki obszar obejmuje dany sektor, bezwzględnie prowadzi do nieuprawnionego wzbogacenia Zamawiającego i stanowi wykorzystanie przez niego silniejszej pozycji i tym samym narusza w art. art. 483 k.c., art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

I. e) Co do zarzutu, iż Zamawiający zobowiązał wykonawców do uzyskania zgody właścicieli nieruchomości na ustawienie pojemników na ich terenie, w tym m. in. poprzez uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego Odwołujący wskazał na zapisy pkt 2.4 SIWZ. Podkreślił, że tak określony zakres obowiązków spoczywających na wykonawcy jest nieprecyzyjny i sprzeczny z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Przywołał § 7 uchwały nr VI/34/2013 Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Gospodarki Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z dnia 12 marca 2013 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczaną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, zgodnie z którym Zamawiający w ramach opłaty wyposaża nieruchomości w pojemniki, worki bądź kontenery

do gromadzenia odpadów komunalnych. W ramach tak określonego zakresu, w jakim Zamawiający przejął na siebie obowiązki ciążące na właścicielach nieruchomości, zdaniem Odwołującego, nie leży „wyręczenie” właściciela nieruchomości w ustaleniu i przygotowaniu miejsca, w którym pojemniki mają być umieszczone. Tak określony obowiązek - w świetle zapisów wskazanego powyżej Regulaminu i przepisów prawa budowlanego – w jego ocenie - spoczywa nadal na właścicielu danej nieruchomości. Na tej zasadzie, dla Odwołującego niezrozumiałym jest obciążenie wykonawcy w niniejszym postępowaniu obowiązkiem uzyskiwania zgody właściciela na umiejscowienie pojemnika na danej nieruchomości, czy obowiązkiem uzyskiwania dodatkowych zgód w tym zakresie od podmiotów trzecich - zarządów dróg. Obowiązek wykonawcy może - w realiach niniejszej sprawy oraz w świetle obowiązujących regulacji prawnych - ograniczać się do obowiązku umieszczenia pojemnika w miejscu wskazanym przez właściciela nieruchomości. Podkreślił też, że aby możliwe było oszacowanie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia kosztów oraz ryzyka związanego z należyтым wykonaniem obowiązku w zakresie „uzyskania wymaganego prawem zezwolenia na zajęcie pasa” konieczne jest posiadanie przez wykonawcę wiedzy odnośnie tego, z jaką maksymalną ilością zajęć pasa drogowego może on mieć do czynienia w toku wykonywania umowy oraz danych niezbędnych do tego, by ustalić z jakimi kosztami z tego tytułu może mieć do czynienia, a więc m. in. maksymalnej powierzchni, której zajęcia te mogą dotyczyć. Przywołał art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 260), zgodnie z którym zajęcie pasa drogowego na cele niezwiązane z budową, przebudową, remontem, utrzymaniem i ochroną dróg wymaga zezwolenia zarządcy drogi, w drodze decyzji administracyjnej. Za zajęcie pasa drogowego - zgodnie z art. 40 ust. 3 ww. ustawy - pobiera się opłatę, która w omawianym przypadku (art. 40 ust. 6 ww. ustawy) ustalana będzie jako iloczyn liczby metrów kwadratowych powierzchni pasa drogowego zajętej przez rzut poziomy obiektu budowlanego albo powierzchni reklamy, liczby dni zajmowania pasa drogowego i stawki opłaty za zajęcie 1 m² pasa drogowego. Stawka opłaty za zajęcie pasa drogowego również jest zróżnicowana i zależy m. in. od kategorii drogi, której pas drogowy zostaje zajęty, procentowej wielkości zajmowanej szerokości jezdni, czy rodzaju zajęcia pasa drogowego. Powyższe – jego zdaniem - wskazuje, że wykonawca składając w niniejszym postępowaniu ofertę przyjmuje na siebie zobowiązanie do uzyskania bliżej nie określonej przez Zamawiającego ilości decyzji administracyjnych odnoszących się do zajęcia pasa drogowego oraz do poniesienia związanych z tym kosztów, których - również z uwagi na brak jakichkolwiek danych w tym zakresie w SIWZ nie można oszacować w sposób chociażby przybliżony, co powoduje, że

opis przedmiotu zamówienia jest w niniejszym postępowaniu niejednoznaczny, co z kolei prowadzić może do nieporównywalności ofert.

I. f) Co do zarzutu, iż Zamawiający zobowiązał wykonawców do stosowania technologii wymiany informacji w standardzie 125 UNIQUE, w sytuacji, gdy standard ten nie gwarantuje prawidłowego odczytu numeru pojemnika Odwołujący przywołał pkt 1.3.1.2. załącznika nr 11 do SIWZ, zgodnie z którym system radiowej identyfikacji pojemników musi pracować w oparciu o identyfikatory pracujące na częstotliwości ok. 125 kHz (np. typu 125 kHz UNIQUE). W ocenie Odwołującego, taki opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich okoliczności mających wpływ na sposób wykonania zamówienia i sporządzenia oferty, przede wszystkim co do tego, że:

1. Standard 125 UNIQUE nie gwarantuje prawidłowego odczytu numeru pojemnika w odróżnieniu np. standardu stosowanego w wielu krajach Europy w gospodarce odpadami obowiązuje - standard 134 FDX/HDX, który minimalizuje ryzyko błędnego odczytu, a różnice między obydwoma systemami polegają na tym, że:

- Standard 125 UNIQUE nie posiada sumy CRC (sumy kontrolnej), co powoduje, że łatwo odczytać błędnie numer taga (transpondera).
- Standard 134 FDX/HDX B posiada sumę CRC (sumy kontrolnej), która gwarantuje, że odczytany numer taga (transpondera) jest prawidłowy.

2. Standard 125 UNIQUE jest powszechnie stosowany do różnorodnych systemów wymiany informacji (np. systemy kontroli dostępu), tzw. tagi (różnego rodzaju transpondery i chipy) tego standardy są ogólnie dostępne, a taka powszechna dostępność zwiększa ryzyko błędnego odczytu (odbiornik znajdujący się na śmieciarce, może odczytać numer taga nie zamontowanego na pojemniku, a służącego do innego celu),

3. Standard 125 UNIQUE niesie ze sobą problem z odczytem pojemników metalowych (pkt 1.3.1.3) oraz pojemników podziemnych typu MOLOK.

Zwrócił uwagę na to, że Zamawiający w SIWZ w tym zakresie przewidział kary umowne np.: za odbiór pojemnika spoza sektora (25 000 zł za każdy przypadek) lub za tzw. zmieszanie odpadów zbieranych selektywnie z odpadami zmieszanymi (10 000 zł za każdy przypadek). Według niego zasadne jest co najmniej dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości zastosowania innego standardu transmisji danych - standardu 134 FDX/HDX B - jako rozwiązania równoważnego.

I. g) Co do zarzutu, iż Zamawiający nałożył na wykonawców nierealne i niemożliwe do dochowania terminy na zrealizowanie obowiązków związanych z oznakowaniem

pojemników, opracowaniem harmonogramów odbioru odpadów komunalnych oraz dostarczenia tych harmonogramów w wersji papierowej właścicielom nieruchomości. Odwołujący przywołał pkt 4 SIWZ, zgodnie z którym na wykonawców zostały nałożone określone obowiązki co do spełniania świadczenia z zakresu przedmiotu zamówienia w określonych terminach (nie później niż 3 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów - zapewnienie oznakowanych pojemników, kontenerów oraz dostarczenie pierwszej partii oznakowanych worków na teren wszystkich nieruchomości objętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi oraz nie później niż 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów - dostarczenie właścicielom nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, z których wykonawca będzie odbierał odpady komunalne, harmonogramu odbioru odpadów komunalnych). Wskazał też na pkt 3.5.1.(i) wzoru umowy - załącznika 13 do SIWZ, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany będzie także do przedstawienia Zamawiającemu do akceptacji w terminie 18 dni przed „Dniem rozpoczęcia” (tj. w 39 dniu po podpisaniu umowy) harmonogramu odbioru odpadów komunalnych. W ocenie Odwołującego, taki sposób określenia obowiązków umownych oraz ich wzajemnych relacji powoduje, że termin ich wykonania jest niemożliwy do dochowania. Zamawiający wyznacza wykonawcy terminy przygotowania pojemników (inwentaryzacja, oznakowanie i wprowadzenie do bazy danych wszystkich pojemników na terenie GOAP - 117 tys. adresów) w czasie 8 tygodni, podczas gdy dopiero w 6 tygodniu Zamawiający zakłada przesłanie do wykonawcy wszystkich informacji, które będą konieczne do wykonania tego zadania (załącznik 11. pkt 3.1. - do 3. 4. I pkt 4.1. oraz SIWZ pkt. 4.b), w tym danych o ilości i lokalizacji pojemników objętych przedmiotem zamówienia. W tej sytuacji wykonawca w ocenie Odwołującego będzie miał jedynie 2 tygodnie dla wykonania wskazanego zobowiązania, co przy skali przedsięwzięcia jest obiektywnie niemożliwe. Oceny tej sytuacji nie zmienia, zdaniem Odwołującego, fakt, iż Zamawiający do 14 dni od dnia podpisania umowy przekaże wykonawcy część danych, skoro dane te będą tylko wstępną, szacunkową inwentaryzacją. W tym zakresie wskazał też na karę umowną za każdy dzień zwłoki w wyposażeniu nieruchomości w oznakowane pojemniki.

Co do harmonogramu odbioru odpadów komunalnych Zamawiający w pkt 3.5.1.(i) umowy - załącznika 13 do SIWZ wymaga, aby wykonawcy dostarczyli mu do akceptacji ten harmonogram na 18 dni przed „Dniem rozpoczęcia” (tj. w 39 dniu po podpisaniu umowy), ustanawiając jednocześnie karę umowną w wysokości 1000 zł za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu harmonogramu do akceptacji. Wskazał też na pkt II. 3.3. i 3.4. załącznika 11 do SIWZ gdzie podano, że Zamawiający przekaże wykonawcom w 6 tygodniu (najpóźniej do 42 dnia po podpisaniu umowy) informacje co do adresów

poszczególnych MGO, unikalnych identyfikatorów klientów (właściciele nieruchomości), kodów czipów zamontowanych na pojemnikach Częstotliwości odbioru odpadów, ilości, pojemności i przeznaczenie pojemników znajdujących się w MGO, współrzędnych geograficznych każdego zinwentaryzowanego pojemnika. Podkreślił, że po otrzymaniu tych danych, wykonawca musi wgrać je do systemu informatycznego i utworzyć pełną bazy danych MGO i pojemników, na co zgodnie z punktem II. 3.4. załącznika 11 ma 2 tygodnie - 7 i 8 tydzień po podpisaniu umowy, co oznacza to, że proces tworzenia bazy danych zakończy się po 8 tygodniach od dnia podpisania umowy. Według Odwołującego posiadania pełnej bazy danych, zawierającej wszystkie wymienione informacje, jest zaś warunkiem koniecznym do rozpoczęcia pracy nad opracowaniem harmonogramu odbioru odpadów - nie można bowiem opracować harmonogramu odpadów, nie znając: częstotliwości odbioru odpadów i przeznaczenia pojemnika – te informacje Zamawiający przekazuje wykonawcom w 42 dniu po podpisaniu umowy - 3 dni po terminie, w którym wymaga przekazania harmonogramu odbioru do akceptacji. Wcześniejsza znajomość adresów MGO oraz ilości i pojemności pojemników - które to informacje Zamawiający przesłał wcześniej wykonawcy do aktualizacji, nie umożliwia opracowania harmonogramu odbioru odpadów. Powyższe, w ocenie Odwołującego, oznacza to, że Zamawiający zgodnie z opisanymi przez siebie wymaganiami, nakazuje przygotować wykonawcom harmonogram odbioru na 3 dni przed terminem przekazania przez Zamawiającego wszystkich niezbędnych informacji, do stworzenia bazy danych, umożliwiającej rozpoczęcie prac nad przygotowaniem tego harmonogramu. W świetle powyższego w jego ocenie niemożliwym jest dochowanie przez wykonawcę obowiązku dostarczenia właścicielom nieruchomości harmonogramu w oczekiwanym przez Zamawiającego terminie. Zamawiający w tym zakresie nie udostępnił wykonawcy adresów imiennych właścicieli nieruchomości, niezbędnych do skutecznego przekazania harmonogramów, a sam adres ustawienia pojemnika udostępniony przez Zamawiającego jest w tym zakresie jego zdaniem niewystarczający. Według niego jedyną możliwością potwierdzenia otrzymania harmonogramu przez adresata jest przesłanie harmonogramu listem poleconym za potwierdzeniem odbioru, a koszt wysłania takich listów do właścicieli nieruchomości jest znaczny, zawyży na koszty funkcjonowania systemu. Dodatkowo – jak podkreślił - przy przyjęciu, że harmonogramy mają być przesłane imiennie każdemu właścicielowi nieruchomości, zasadny jest zarzut naruszenia w ten sposób przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101 poz. 926, zwanej dalej „u.d.o”). Przywołał w tym zakresie art. 23 tej ustawy stwierdzając, że w przypadku wykonawcy odbierającego odpady na podstawie znowelizowanej ustawy u.c.p.g. żadna z okoliczności wskazanych w tym przepisie nie

zachodzi. W szczególności jego zdaniem nie może on powołać się na art. 23 pkt 2 u.d.o., albowiem wykonywanie obowiązku określonego przez Zamawiającego pkt 3.5.5 wzoru umowy nie jest „niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa”. Według niego wykonanie nałożonych przez Zamawiającego określonych w pkt 3.5.5 wzoru umowy nie może być przez wykonawcę w ogóle zrealizowane. Powyższe zapisy w ocenie Odwołującego naruszają w art. 483 k.c., art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na brak precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a także zmieniające się warunki o charakterze logistycznym jego zdaniem wykonawca nie będzie w stanie ustalić w zakreślonym przez Zamawiającego terminie harmonogramu odbioru odpadów, dlatego też ustalenie kary umownej na poziomie 1.000 zł będzie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, a przez to będzie sprzeczne z art. 483 k.c.

I. h) Co do zarzutu nałożenie na wykonawcę absolutnej odpowiedzialności za wybór usługodawcy GPS oraz prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS Odwołujący wskazał, że powyższe narusza zasady swobody umów wyrażonej w art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołał treść załącznika nr 11 do SIWZ, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany do wyposażenia pojazdów w system nawigacji GPS, zaś dane z tego systemu mają być przekazywane Zamawiającemu celem ich wprowadzenia do oprogramowania Zamawiającego - Moduł Kontrolujący Systemu Identyfikacji (MKSI) - umożliwiającego zarządzanie nimi (pkt 2.1.1 załącznika nr 11 do SIWZ). Przywołał pkt 2.1.9. załącznika nr 11 do SIWZ, gdzie Zamawiający określił, że „Odpowiedzialność za wybór usługodawcy GPS oraz prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS ponosi Wykonawca. Awaria u usługodawcy GPS będzie traktowana jako zawiniona przez Wykonawcę.” Odwołujący wskazał też, że zgodnie z pkt 11.2.2 załącznika nr 13 do SIWZ - wzór umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę z tego tytułu określone kary umowne. Powyższe postanowienia jego zdaniem naruszają zasady swobody umów wyrażonej w art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, jak również są niemożliwe do pogodzenia z zasadą określoności przedmiotu zamówienia wyrażoną w art. 29 ustawy Pzp. Podkreślił, że prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS nie jest zależne jedynie od podejmowanych przez wykonawcę działań, ale także od wielu innych czynników, na które nie będzie miał on nigdy wpływu, takich jak działanie siły wyższej (uniemożliwiający nawiązanie łączności satelitarnej), działania wynikające z wyłącznej winy Zamawiającego lub osoby trzeciej (odpowiedzialnej za zapewnienie łączności satelitarnej). W tym przypadku Zamawiający wprowadza – jego zdaniem - odpowiedzialność absolutną wykonawcy, który będzie na

zasadach określonych przez Zamawiającego odpowiadał za wybór usługodawcy GPS oraz prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS w każdej sytuacji. Powyższe – zdaniem Odwołującego - narusza zasady swobody umów wyrażonej w art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że zapisy umowy, których cel lub treść narusza zasady współżycia społecznego, będą nieważne w całości lub w części zgodnie z art. 58 § 1 i 3 k.c. wskutek przekroczenia granic swobody umów wskazanych w art. 353 k.c., przywołując na poparcie swojej argumentacji wyrok z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 528/10 Sądu Najwyższego.

II. Odwołujący, kwestionując dokonany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oparł się na brzmieniu przepisów art. 22 ust. 1 i 4 oraz 5 ustawy Pzp. Powołał się na realność spełniania warunków udziału w postępowaniu pod kątem właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. Według niego postawienie zbyt małych wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeciwia się narzuconemu przez przepisy Pzp obowiązkowi Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia. Tu powołał się na stanowisko doktryny, informacje zawarte na stronie internetowej UZP, uzasadnienie do projektu ustawy wprowadzającej w życie art. 22 ust. 5 ustawy Pzp oraz orzecznictwo wspólnotowe (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C- 176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Według niego warunki ustanowione w niniejszym postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania nie pozwalają na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Na poparcie swojej argumentacji o rzeczywistym dysponowaniu potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia Odwołujący wskazał również na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 10 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2081/12; KIO 2082/12 oraz wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 297/13; KIO 300/13), jak również orzecznictwo sądowe (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III Ca 88/09).

II. a) Co do zarzutu braku wymagań w zakresie zezwoleń niezbędnych do realizacji zamówienia Odwołujący powołał się na rozdział 3 ust. 2.1 pkt 2 SIWZ, zgodnie z którym przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko odbiór, ale i zagospodarowanie odpadów zebranych selektywnie, zaś odpady zebrane selektywnie zostaną poddane odzyskowi. Zgodnie z treścią art. 41 ust. 1 u.o. prowadzenie przetwarzania odpadów, przy czym przez

przetwarzanie rozumie się procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie (art. 3 ust. 1 pkt 3 u.o.), wymaga uzyskania zezwolenia. Podmiot prowadzący zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie może również posiadać zezwolenie na odzysk odpadów wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (przywołał art. 232 ust. 2 u.o.). Podkreślił, że Zamawiający nie wymaga jednak przedłożenia przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zezwolenia na przetwarzanie odpadów, względnie zezwolenia na ich odzysk. Zgodnie z treścią rozdziału 5 Załącznika nr 10 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” do SIWZ wykonawca zobowiązany jest posiadać bazę magazynowo-transportową, co – zdaniem Odwołującego - jest równoznaczne z tym, że na jej terenie będzie odbywać się magazynowanie odpadów. Zamawiający jego zdaniem powinien zatem zobowiązać wykonawców do przedłożenia - w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - zezwolenia na zbieranie odpadów. Przywołał tutaj art. 3 ust. 1 pkt 5 u.o. oraz art. 3 ust. 1 pkt 34 u.o. i art. 41 ust. 1 u.o. Podkreślił również na poparcie swojej argumentacji, że konieczność sformułowania przez zamawiających warunku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w przetargach na odbiór i zagospodarowanie odpadów potwierdza orzecznictwo Izby (wyrok KIO z dnia 29 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 559/13; 560/13; 561/13; 562/13). Podniósł, że posiadanie przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów jest szczególnie istotne z punktu widzenia przechodzenia odpowiedzialności za gospodarowanie odpadami, przywołał art. 27 ust. 3 u.o. oraz art. 27 ust. 4 u.o. Zwrócił też uwagę, że wśród rodzajów odbieranych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie Zamawiający wskazał zużyty sprzęt elektroniczny i elektryczny, a nie zobowiązał on jednocześnie wykonawców do przedłożenia - na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka województwa w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, tymczasem zgodnie z art. 37 pkt 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2005r. nr 180, poz. 1495, z późn. zm.) zbierający zużyty sprzęt jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru, a stosownie do art. 50 ust. 1 pkt 3 podmioty zbierające zużyty sprzęt są wpisywane do rejestru przez właściwego Marszałka województwa. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienie wykazu oświadczeń oraz dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o:

- zezwolenie na przetwarzanie odpadów, względnie zezwolenie na odzysk odpadów,
- zezwolenie na zbieranie odpadów,

- wpis do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka województwa w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

II. b) Co do zarzutu dotyczącego wiedzy i doświadczenia Odwołujący przywołał pkt 5.2 SIWZ (części III 2.3. Ogłoszenia o zamówieniu), gdzie Zamawiający opisał ten warunek. Jednocześnie Zamawiający określił tam, że w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia, Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący doświadczenia, jeżeli wykaże spełnienie warunku w odniesieniu do tej z części, na które złożono ofertę, dla której wymagana jest największa masa odpadów. Według Odwołującego określony przez Zamawiającego w powyższy sposób warunek umożliwia przejęcie przez podmiot odbierający odpady odpowiedzialność za obszar niewspółmiernie wielki w stosunku do jego dotychczasowych doświadczeń. Postawiony przez Zamawiającego warunek pozwala na realizację usługi odbioru odpadów w ilości 111 395,84 Mg/rok, podmiotowi, który wykaże się doświadczeniem w odbiorze w ilości 6 000 Mg/rok, a więc podmiotowi, który nigdy nie realizował usługi nawet w przybliżonej skali.

II. c) Co do zarzutu odnoszącego się do potencjału technicznego wykonawcy Odwołujący wskazał na brzmienie pkt 5.3 ppkt a) SIWZ (części III 2.3. Ogłoszenia o zamówieniu), gdzie Zamawiający dokonał opisu warunku. Zdaniem Odwołującego określony przez Zamawiającego warunek umożliwia przejęcie przez podmiot odbierający odpady odpowiedzialność za obszar niewspółmiernie wielki w stosunku do posiadanego przez niego potencjału, np. do złożenia oferty na 19 sektorów, zamieszkiwanych przez ponad 550 tys. mieszkańców i wytwarzających ponad 224 tys. Mg odpadów w ciągu roku, wystarczy wg Zamawiającego w sumie 11 pojazdów do odbioru odpadów, a do złożenia oferty na 3 sektory, liczące ok. 72 tys. mieszkańców i wytwarzających ok. 29 tys. Mg odpadów rocznie, potrzeba wg Zamawiającego aż 25 pojazdów do odbioru odpadów. Powyższe - w ocenie Odwołującego nie weryfikuje potencjału wykonawcy i jego możliwości w zakresie realizacji zamówienia. Pozwala na jego realizację przez podmioty, które w żaden sposób nie gwarantują jego prawidłowe wykonanie, w szczególności w ujęciu zbyt niskich wymagań Zamawiającego w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Tak postawione warunki nie dają jego zdaniem gwarancji, że wykonawca będzie zdolny przed rozpoczęciem świadczenia usług powiększyć tabor niezbędny do obsługi przedmiotu zamówienia, co z kolei zagraża sprawnemu odbiorowi odpadów z obszaru objętego przedmiotem zamówienia i w konsekwencji może spowodować zagrożenie sanitarno-epidemiologiczne na obszarze GOAP.

II. d) Co do zarzutu odnoszącego się do potencjału wykonawcy w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia Odwołujący przywołał pkt 5.3 ppkt b) SIWZ (części III 2.3. Ogłoszenia o zamówieniu), gdzie Zamawiający opisał wskazany warunek. Zdaniem Odwołującego określony przez Zamawiającego warunek umożliwia przejęcie przez podmiot odbierający odpady odpowiedzialność za obszar niewspółmiernie wielki w stosunku do posiadanego przez niego potencjału w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wskazał na zapisy SIWZ dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wymaga określonej liczby zatrudnionych pracowników, liczba ta – jego zdaniem - nie jest adekwatna do zakresu zadań przewidzianych do realizacji w ramach poszczególnych sektorów. Żądanie Zamawiającego w tym zakresie zdaniem Odwołującego winno być urealnione, uwzględniające nie tylko ilość osób niezbędnych do obsługi danego pojazdu, ale uwzględniające konieczność pracy zmianowej, przepisów BHP, kadrę administrującą i nadzorującą. Jego zdaniem jedynym logicznie spójnym sposobem ustalenia wymagań dotyczących niezbędnego zatrudnienia w przypadku złożenia oferty na kilka sektorów, jest konieczność sumowania wymagań Zamawiającego dla poszczególnych sektorów objętych ofertą. Według niego Zamawiający nie dookreślił również w opisie oceny spełniania przedmiotowego warunku pojęcia „zatrudnienie”, prowadząc po raz kolejny do obniżenia wymagań w odniesieniu do wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający jego zdaniem winien doprecyzować kwestionowany warunek udziału w postępowaniu także poprzez wskazanie, że wymagane średnioroczne zatrudnienie (liczba zatrudnionych osób) odnosi się wyłącznie do osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, zaś obecne brzmienie SIWZ może prowadzić do błędnego uznania, że przez „osoby zatrudnione” należy także rozumieć zatrudnionych w oparciu o umowy cywilnoprawne (umowa o dzieło, umowa zlecenia), czy świadczących na rzecz wykonawcy usługi w ramach wykonywanej działalności gospodarczej. Odwołujący zwrócił uwagę na pojęcie „zatrudnienia”, które jest charakterystyczne dla stosunku pracy nawiązanego na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t. j. Dz. U z 1998 r. nr 21, poz. 94, z późn. zm.). Do umowy o dzieło oraz umowy zlecenia stosuje się natomiast przepisy kodeksu cywilnego. Odwołujący odwołał się również do przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2008 r. nr 69, poz. 415, z późn. zm.), gdzie w art. 2 ust. 1 pkt 43 wskazuje się, że pojęcie „zatrudnienie” oznacza wykonywanie pracy na podstawie stosunku pracy, stosunku służbowego oraz

umowy o pracę nakładczą. Swoim zakresem nie obejmuje ono zatem umów cywilnoprawnych.

II. e) Co do zarzutu odnoszącego się do zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy Odwołujący przywołał pkt 5.4 SIWZ (części III.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu), gdzie Zamawiający opisał ten warunek. Tak opisany warunek, zdaniem Odwołującego, nie pozwala na zapewnienie bezpieczeństwa sanitarnego Miasta Poznania i całego obszaru GOAP. Nie pozwalają bowiem one na zagwarantowanie płynności finansowej przez podmiot odbierający odpady przez cały czas trwania umowy. Podkreślił, że płynność finansowa podmiotu odbierającej odpady powinna być zapewniona nie tylko w podstawowym okresie świadczenia usługi (miesiąc), ale także w okresie następujących po nim. Tutaj przywołał zapisy pkt 8.2.1 projektu umowy, wskazujące na płatność wynagrodzenia. Według niego, podmiot odbierający odpady powinien zapewniać płynność finansową przez co najmniej 67 dni, zaś określone przez Zamawiającego w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału takiego wymagania nie stawiają. Wręcz przeciwnie, określając, że spełnieniem warunku będzie wykazanie się środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na kwotę stanowiącą sumę kwot wymaganych dla części (sektorów), na które wykonawca składa ofertę, umożliwiają one realizację zamówienia przez podmioty, które nie są w stanie zagwarantować, iż będą spełniać na bieżąco swoje zobowiązania wobec kontrahentów.

W toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu części zarzutów odwołania dotyczących:

- 1) braku określenia w SIWZ maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia (pkt I lit. a) odwołania);
- 2) braku podania maksymalnej ilości worków typu „big bag”, jakie wykonawcy zobowiązani są zapewnić w trakcie realizacji umowy (pkt I lit. c) odwołania);
- 3) zobowiązanie przez Zamawiającego wykonawców do uzyskania zgody właścicieli nieruchomości na ustawienie pojemników na ich terenie, w tym m.in. poprzez uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego (pkt I lit. e) odwołania);
- 4) zobowiązanie przez Zamawiającego wykonawców do stosowania technologii wymiany informacji w standardzie 125 UNIQUE, w sytuacji gdy standard ten nie gwarantuje prawidłowego odczytu numeru pojemnika (pkt I lit. f) odwołania);
- 5) braku wymagań w zakresie zezwoleń niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym zakresie Odwołujący podtrzymał wyłącznie zarzut co do żądania zezwolenia na

zbieranie odpadów, sprzęt i żądanie dokumentów wpisu do rejestru w zakresie zbierania sprzętu elektronicznego (pkt II lit. a) odwołania);

- 6) braku opisu warunku wiedzy i doświadczenia wykonawców (pkt II lit. b) odwołania);
- 7) braku opisu warunku potencjału technicznego wykonawcy (pkt II lit. c) odwołania);
- 8) opisu warunku potencjału wykonawcy w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzut wyłącznie, co do pojęcia „zatrudnienia” w opisie warunku (pkt II lit. d) odwołania);
- 9) opisu warunku zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy (pkt II lit. e) odwołania).

W pozostałym zakresie Odwołujący odwołanie podtrzymał, w tym również co do argumentacji podnoszonej w odwołaniu.

Jako dowody w sprawie wniósł:

- 1) regulamin utrzymania czystości i porządku przyjęty uchwałą numer VI/30/2013 z dnia 12 marca 2013 r.;
- 2) uchwałą numer VII/39/2013 z 28 marca 2013 r. w sprawie wzoru deklaracji;
- 3) materiał fotograficzny co do nieprecyzyjnych zapisów SIWZ w zakresie granic pomiędzy poszczególnymi sektorami (adresy: ul. Bełchatowska 5a-b, ul. Jawornicka 5, ul. Przepiórcza 21-39, ul. Palacza 76-82, ul. Palacza 120 i 122, ul. Zamenhofska 63, Osiedle Piastowskie, Osiedle Orła Białego, ul. Ślężańska, ul. Piłsudskiego 98, Osiedle Armii Krajowej, ul. Pawia);
- 4) wykaz adresów z GeoPoz;
- 5) uchwałą numer VI/29/2013 z 12 marca 2013 r. o podziale obszaru na sektory odbioru odpadów komunalnych;
- 6) harmonogram operacji, które należy wykonać w ramach wdrożenia umowy w przygotowany przez Odwołującego w oparciu o wymogi SIWZ;
- 7) projekt przykładowej umowy o świadczeniu usługi monitorowania z powołaniem na jej § 6 ust. 12 litera a) i b) co do ograniczenia odpowiedzialności za określone szkody wynikłe z określonych okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności dostawca usługi na rzecz podmiotu, z którym ta umowa jest zawierana w tym przypadku umowa z wykonawcą;
- 8) wyciąg z dokumentu zamieszczonego na stronie internetowej Ministerstwa Obrony Narodowej rządu USA z września 2008 r. w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski – strony: V, 11, 21 i 22;

- 9) wystąpienie Komisji Zakładowej NSZZ Solidarność Odwołującego do Prezydenta Miasta Poznań z dnia 26 lutego 2013 r. co do konieczności zatrudniania w oparciu o umowę o pracę osób wykonujących określone czynności w zakresie odbioru odpadów komunalnych;
- 10) odpowiedź udzieloną KZ NSZZ Solidarność Odwołującego przez Urząd Miasta Poznań - pismo z dnia 26 marca 2013 r.;
- 11) wyciąg z Krajowej Strategii Zatrudnienia z lat 2007 – 2013 r. strona tytułowa oraz strony 35, 36 i 67, wskazując na promocję zatrudnienia;
- 12) wyciąg załącznika do uchwały numer 138/12 Rady Ministrów z 28 sierpnia 2012 r. wraz z projektem ustawy o szczególnych rozwiązaniach dla pracowników i przedsiębiorców na rzecz ochrony miejsc pracy związanych z łagodzeniem skutków spowolnienia gospodarczego lub kryzysu ekonomicznego, wskazując na promocję zatrudnienia;
- 13) mapę sektorów odbioru odpadów komunalnych obszaru Związku Międzygminnego Gospodarką Odpadami Aglomeracji Poznańskiej, która stanowi odzwierciedlenie mapy z załącznika numer dwa do uchwały numer VI/29/2013;
- 14) powiększenie przedłożonej mapy w zakresie spornych - o wątpliwych granicach – sektorów;
- 15) mapę jednostek pomocniczych miasta Poznań z GeoPoz;
- 16) zmodyfikowany harmonogram operacji przygotowany przez Odwołującego w oparciu o terminy i czynności zakładane przez Zamawiającego;
- 17) przykładowa nalepka identyfikująca pojemniki na odbiór odpadów;
- 18) proponowany przez Odwołującego harmonogram operacji przewidujący urealnione terminy dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia;
- 19) dwie oferty producentów transponderów firmy CTRACE oraz firmy EL GPS Sp. z o.o.;
- 20) materiał poglądowy dla zobrazowania całego procesu znakowania pojemników;
- 21) materiał poglądowy co do znakowania pojemników – czas wykonania;
- 22) zdjęcia pojemników;
- 23) oferta handlowa firmy SCHAEFFER co do różnych cen pojemników;
- 24) uchwała numer VI/31/2013 Zgromadzenia Związku Międzygminnego z 12 marca 2013 r. co do ustalenia opłaty oraz stawki opłaty za pojemnik o określonej pojemności z przywołaniem § 3 ust. 2 tej uchwały.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 7 czerwca 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów;
- 2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podkreślił, że w dniu 7 czerwca 2013 r. zmienił treść SIWZ, publikując zmienioną SIWZ na swojej stronie internetowej. Wskazał, że opublikowane przez niego zmiany SIWZ dotyczą w głównej mierze kwestii podniesionych w odwołaniu, zaś nowe postanowienia SIWZ odpowiadają niemalże w całości wnioskowi odwołania - tym samym w jego ocenie zarzuty odwołania stały się w tym zakresie bezprzedmiotowe i nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał, że w całości uwzględnił wnioski Odwołującego i dokonał zmiany SIWZ co do:

- a) wskazania maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia z uwzględnieniem poszczególnych frakcji odpadów zbieranych w sposób selektywny;
- b) podania ilości oraz pojemności pojemników dla wszystkich nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia, jak również ilości worków typu „big bag” objętych zamówieniem;
- c) podania granic geograficznych poszczególnych sektorów;
- d) doprecyzowania, że obowiązkiem wykonawców będzie jedynie umieszczenie pojemników i kontenerów na odpady w miejscach wskazanych przez właściciela nieruchomości;
- e) dopuszczenia możliwości zastosowania przez wykonawców technologii wymiany informacji w standardzie 134 FDX/HDX B;
- f) urealnienia terminów realizacji obowiązków związanych ze sporządzaniem harmonogramów i wykonaniem oznakowania pojemników.

W tym zakresie wprowadzone przez niego zmiany w SIWZ polegały na tym, że:

- a) doprecyzował dane o szacunkowej ilości odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnych objętych zamówieniem w poszczególnych sektorach przedstawione

w tabeli nr 4 Załącznika nr 10 do SIWZ, rozbijając również dane dotyczące odpadów selektywnych na poszczególne frakcje (dodał dwie nowe tabele nr 4a oraz 4b w Załączniku nr 10 do SIWZ) oraz jednocześnie wyraźnie wskazał, że te właśnie dane stanowią maksymalny wolumen odpadów objętych przedmiotem zamówienia, zaś umowa ulega rozwiązaniu w całości lub w części (odpowiednio do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych lub selektywnych) w razie wyczerpania ww. maksymalnego wolumenu odpadów komunalnych;

- b) dodał w załączniku nr 10 do SIWZ nową tabelę nr 4c określającą szacunkową liczbę pojemników objętych zamówieniem w poszczególnych sektorach, wskazując jednocześnie, że określa ona maksymalną pojemność pojemników i kontenerów, do której zapewnienia będzie zobowiązany wykonawca w ramach zamówienia (z zastrzeżeniem, że wykonawca w ramach realizacji zamówienia może stosować także pojemniki i kontenery zgodne z SIWZ o pojemności innej niż wskazane w ww. tabeli)
- c) sprecyzował, że jeżeli chodzi o worki „big bag” na odpady zielone, to w ramach zamówienia wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia jednego takiego worka na jeden tysiąc miejsc gromadzenia odpadów znajdujących się w danym sektorze;
- d) sprecyzował w SIWZ, iż granice poszczególnych sektorów określa uchwała dotycząca ich powołania, zaś granice poszczególnych osiedli wschodzących w skład danego sektora określają szczegółowo uchwały Rady Miejskiej Poznania powołujące jednostki pomocnicze (osiedla) - dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że chociaż brak było takiego wniosku w odwołaniu, to zmniejszył on wysokość kary umownej przewidzianej za każdy przypadek odebrania odpadów komunalnych z sektora innego niż objęty umową z 25.000 zł do 1.000 zł;
- e) zrezygnował z nakładania na wykonawców obowiązku uzyskania zezwolenia na zajęcie pasa drogowego, wykreślając odpowiednie postanowienie SIWZ, które taki obowiązek wprowadzało;
- f) w miejsce dotychczasowego wymogu, aby system radiowej identyfikacji pojemników pracował w oparciu o identyfikatory pracujące „w częstotliwości ok. 125 kHz (np. typu 125 kHz UNIQUE)” wprowadził wymóg pracy ww. identyfikatorów „w częstotliwości 134,2 kHz, gwarantujący w większym stopniu prawidłowy odczyt numeru pojemnika;
- g) wydłużył termin rozpoczęcia świadczenia usług odbioru odpadów z dotychczasowych 8 tygodni od dnia podpisania umowy do 10 tygodni od dnia podpisania umowy, co przy pozostawieniu dotychczasowych terminów dotyczących budowy bazy danych i wprowadzania danych o punktach gromadzenia odpadów do systemu wykonawcy

powoduje znaczne wydłużenie terminu na przygotowanie przez wykonawcę projektu harmonogramu odbioru odpadów (który to projekt należy przedłożyć Zamawiającemu 18 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów) oraz dostarczenia go mieszkańcom (co powinno nastąpić nie później niż 5 dni przed rozpoczęciem odbioru odpadów) - jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, iż wbrew błędnym twierdzeniom zawartym w odwołaniu, Zamawiający nigdy nie wymagał, aby wykonawca dostarczył harmonogram imiennie oznaczonemu właścicielowi nieruchomości i za jego potwierdzeniem;

- h) wydłużył termin oznaczenia pojemników i kontenerów w Transpondery z dotychczasowych 5 tygodni do 7 tygodni od dnia podpisania umowy - jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, iż zgodnie z dotychczasowym pkt 4.2. Załącznika nr 11 do SIWZ „w przypadku, gdy w/w terminie nie zostaną oznaczone pojemniki lub kontenery przez Wykonawcę z powodu braku możliwości dostępu do pojemnika lub kontenera albo jego braku, Wykonawca oznaczy pojemniki lub kontenery najpóźniej w dniu przypadającym na odbiór odpadów z MGO, w którym pojemnik lub kontener Transpondera jest dostępny dla Wykonawcy”; Zamawiający przewidział ponadto karę umowną jedynie za zwłokę w wyposażeniu nieruchomości w oznakowane pojemniki - brak jest kary za niewyposażenie pojemnika w Transponder w ww. terminie 7 tygodni od dnia podpisania umowy.

Wobec powyższego, według niego całkowicie bezprzedmiotowe stały się zarzuty Odwołującego dotyczące niewyczerpującego i uniemożliwiającego złożenie oferty opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego według niego odpowiada wymogom z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - jest on wyczerpujący i jednoznaczny, uwzględnia wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty z zachowaniem pełnej konkurencji. Nie istnieje również ryzyko złożenia przez wykonawców ofert nieporównywalnych, gdyż wszyscy wykonawcy dysponują precyzyjnymi danymi dotyczącymi przedmiotu zamówienia, ustalonymi przez Zamawiającego z należytą starannością zarówno w zakresie maksymalnego wolumenu odpadów (zmieszanych i selektywnych z rozbiem tych ostatnich na poszczególne frakcje) objętych zamówieniem, jak i w zakresie pojemników i worków typu „big bag”, co za tym idzie, wykonawcy mogą bez problemu oszacować wszelkie biznesowe ryzyka związane z realizacją zamówienia, uwzględniając je w zaoferowanej cenie. Nie zachodzą zatem w jego ocenie przypadki, o których mowa w orzeczeniach przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Zamawiający wskazał też na wnioski odwołania, które zostały częściowo przez niego uwzględnione. Podkreślił, że zmieniając w dniu 7 czerwca 2013 r. treść SIWZ dokonał również modyfikacji opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia oraz potencjału osobowego i technicznego w sytuacji składania przez jednego wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia. Podkreślił, że w zmienionej SIWZ przyjął, że w razie składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia, wykonawca musi wykazać, że:

- a) posiada doświadczenie odpowiadające sumie mas odebranych odpadów komunalnych, wymaganych dla części, na które składana jest oferta;
- b) dysponuje liczbą pojazdów określonego rodzaju odpowiadającą sumie pojazdów wymaganych dla części, na które składana jest oferta;
- c) posiada średnioroczne zatrudnienie w ww. okresie odpowiadające sumie liczby zatrudnionych osób wymaganych dla części, na które wykonawca składa ofertę.

Powyższa zmiana SIWZ według Zamawiającego odpowiada w pełni wnioskowi odwołania o wprowadzenie wymogu sumowania przez Zamawiającego potencjałów wymaganych dla poszczególnych sektorów, których dotyczy oferta.

W ocenie Zamawiającego za całkowicie bezzasadne uznać należało dalsze wnioski odwołania i zarzuty czynione Zamawiającemu w zakresie:

- a) wprowadzenia dodatkowego wymogu dotyczącego wykazania się doświadczeniem w odebraniu odpadów o łącznej masie nie mniejszej niż 80 tys Mg odpadów rocznie, w razie składania oferty na wszystkie 23 części (sektory);
- b) podwyższenia wymagań dotyczących poziomu zatrudnienia stawianych poszczególnym sektorom, zgodnie tabelą przedstawioną w załączeniu do odwołania z jednoczesnym zastrzeżeniem, że wymagane średnioroczne zatrudnienie odnosi się wyłącznie do osób zatrudnionych na umowę o pracę;
- c) zwiększenia o ok. 47% wymagań finansowych stawianych wykonawcom w poszczególnych częściach (sektorach);
- d) wprowadzenia wymogu posiadania przez wykonawców zezwolenia na przetwarzanie odpadów (względnie na odzysk) oraz zezwolenia na zbieranie odpadów i wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka województwa w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

Tego rodzaju żądania Odwołującego zdaniem Zamawiającego są nieuprawnione w świetle przepisów ustawy Pzp i nie mogą zasługiwać na uwzględnienie. Podkreślił, że to podmiot zamawiający jest podmiotem wyłącznie uprawnionym do podjęcia decyzji, o tym czy stawiać warunki dotyczące uprawnień, doświadczenia, potencjału technicznego i osobowego

oraz zdolności ekonomiczno -finansowej (tj. opisywać sposób oceny warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp), a jeżeli tak to ewentualnie na jakim poziomie. Podkreślił, że na taki kierunek rozumienia opisu warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje stanowisko doktryny oraz Prezes Zamówień Publicznych powołując się na opinie zamieszczone na stronie internetowej UZP. Podniósł, że Zamawiający podlega w tym zakresie kontroli jedynie pod kątem tego, czy stawiane przez niego warunki są związane z zamówieniem oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp), a także czy nie naruszają podstawowych zasad wynikających z art. 7 ustawy Pzp, a te kryteria – jego zdaniem - zostały w niniejszym przetargu spełnione. Zwrócił uwagę, że Odwołujący błędnie interpretuje art. 22 ust. 4 oraz ust. 5 ustawy Pzp, a przywołane przez niego orzecznictwo KIO jest nierelevantne dla oceny sprawy. Odwołujący – jego zdaniem - błędnie twierdzi, że opisane w SIWZ warunki udziału w postępowaniu nie są adekwatne (proporcjonalne) do przedmiotu zamówienia, a to żądania Odwołującego dążą do określenia warunków nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia, naruszając zasady określone w art. 7 ustawie Pzp. Według niego postawione warunki odpowiadają też w pełni dyspozycji przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż ich celem jest właśnie weryfikacja wykonawców do należytego wykonania udzielanego zamówienia, z zastrzeżeniem konieczności dopuszczenia do postępowania wszystkich wykonawców zdolnych do jego wykonania. Jego zdaniem żądania Odwołującego nie mają nic wspólnego z troską o zapewnienie należytej realizacji zamówienia, lecz w sposób oczywisty i sprzeczny z przepisami ustawy Pzp dążą do ograniczenia konkurencji w przetargu prowadzonym przez Zamawiającego, zwiększając tym samym szanse Odwołującego na wygraną. Żądając nie tylko sumowania potencjałów wymaganych dla poszczególnych części zamówienia, lecz również podwyższenia wymogów dotyczących doświadczenia, zatrudnienia oraz zdolności finansowej, Odwołujący dąży de facto do tego, aby Zamawiający wymagał od wykonawców już na etapie przetargu wykazaniem się dokładnie takim potencjałem, jaki będzie niezbędny do wykonania zamówienia, co jest nieuprawnione i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, w tym z wielokrotnie przywoływaną przez samego Odwołującego zasadą kreowania warunków związanych z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalnych. Zamawiający podkreślił, że w tym kontekście nierelevantne dla oceny sprawy pozostają orzeczenia przywołane w odwołaniu, które potwierdzają jedynie, iż wykonawcy zobowiązani są do udowodnienia, że w sposób realny dysponują przedstawianymi w ofercie zasobami (własnymi lub cudzymi). Jest bowiem oczywiste, że obowiązek taki znajduje zastosowanie w granicach warunków postawionych przez zamawiającego - takie też podejście przyjął Zamawiający w niniejszym postępowaniu, który żąda od wykonawców określonych

dokumentów potwierdzających realne dysponowanie przez nich np. potencjałem technicznym (pojazdy do odbioru odpadów), czy też osobowym (średnioroczne zatrudnienie) w granicach warunków określonych w SIWZ.

Z przyczyn wskazanych powyżej Zamawiający nie uwzględnił wniosków odwołania dotyczących:

- 1) podwyższenia warunków stawianych wykonawcom w poszczególnych częściach zamówienia;
- 2) ograniczenia wymogu dotyczącego średniorocznego zatrudnienia wyłącznie do zatrudnienia „na podstawie umowy o pracę” (zwłaszcza, że przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają pojęcia zatrudnienia);
- 3) w zakresie żądania od wykonawców zezwolenia na przetwarzania odpadów (względnie na odzysk) oraz zezwolenia na zbieranie odpadów.

Zamawiający podkreślił, że nie żąda od wykonawców posiadania ww. zezwoleń, gdyż wbrew błędnym twierdzeniom Odwołującego nie są one niezbędne do wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie. Co do zezwolenia na przetwarzanie odpadów/zezwoleń na odzysk, to Zamawiający wyjaśnił, że nie wymaga w SIWZ (w opisie przedmiotu zamówienia), aby wykonawca osobiście przetwarzał odpady selektywne/poddawał je odzyskowi. Zatem zagospodarowanie odpadów zebranych selektywnie opisane przez Zamawiającego nie wymaga posiadania przez odbierającego odpady zezwolenia na przetwarzanie odpadów i nałożenie na każdego wykonawcę obowiązku posiadania odnośnego zezwolenia ograniczyłoby krąg podmiotów, które mogłyby uczestniczyć w przetargu. Według Zamawiającego wymóg posiadania odnośnego zezwolenia wykraczałby zaś poza niezbędne minimum oczekiwań stawianych wszystkim potencjalnym podmiotom zainteresowanym udziałem w przetargu. Z tych samych względów Zamawiający nie żądał, aby wykonawcy posiadali wpis do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka województwa w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zwłaszcza, że zbiórka tego rodzaju problemowych odpadów ma się odbyć maksymalnie dwa razy w czasie realizacji zamówienia. Co do zezwolenia na zbieranie odpadów Zamawiający podkreślił, że realizacja przedmiotu zamówienia nie jest immanentnie związana z koniecznością magazynowania odpadów, czynność ta może, ale nie musi mieć miejsca w ramach odbioru i zagospodarowania odpadów przez podmiot wyłoniony w przetargu, jest to uzależnione od pragmatyki biznesowej odbierającego, jako że to do niego należy prawo określenia w jakim rytmie odbierane odpady będą transportowane do miejsc przetwarzania. Z samego faktu

posiadania bazy określanej jako „baza magazynowo-transportowa” – jego zdaniem - nie wynika jeszcze konieczność (ani tym bardziej obowiązek) magazynowania tam odpadów, odbierający może także przekazywać odpady do odpowiednich instalacji na bieżąco, bez ich tymczasowego magazynowania. Przedmiotem zamówienia zaś objęte jest (oprócz odbioru) zagospodarowanie odpadów zbieranych w sposób selektywny, co nie jest równoznaczne z ich zbieraniem w rozumieniu ustawy o odpadach. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 644/13, 647/13, 648/13, 658/13). Z tych też względów, Zamawiający poprzestał na żądaniu od wykonawców wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenia na transport odpadów (lub wpisu do rejestru, o których mowa w art. 233 ust. 2 ustawy o odpadach).

W ocenie Zamawiającego jako nie zasługujący na uwzględnienie pozostaje ostatni z zarzutów zawartych w odwołaniu, jakoby Zamawiający - naruszając zasadę swobody umów - wprowadził absolutną odpowiedzialności wykonawcy za wybór usługodawcy GPS oraz prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z pkt 2.1.9. Załącznika nr 11 do SIWZ Zamawiający wprowadził odpowiedzialność wykonawcy za działania innego podmiotu (usługodawcy GPS), jednakże nie zmienił zasady odpowiedzialności tego innego podmiotu, który nadal odpowiada na zasadzie winy. Powyższe oznacza, że postanowienia te należy interpretować w ten sposób, że jeżeli awaria u usługodawcy GPS będzie przez niego zawiniona to wykonawca nie może uwolnić się od odpowiedzialności wyborem profesjonalisty - tj. nawet jeżeli wykonawca wybrał na usługodawcę GPS podmiot profesjonalny, to odpowiada wobec Zamawiającego w sytuacji, gdy awaria u usługodawcy będzie przez usługodawcę zawiniona. Podkreślił, że celem Zamawiającego nie jest w żadnym wypadku karanie wykonawcy za okoliczności działania siły wyższej.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w sprawie. Wniósł również pismo procesowe z dnia 18 czerwca 2013 r., w którym także podtrzymał swoją argumentację co do niezasadności zarzutów odwołania.

Jako dowody w sprawie Zamawiający, oprócz dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w toku rozprawy wniósł:

- 1) wykaz danych adresowych w poszczególnych sektorach odbioru odpadów wraz z mapkami ze strony internetowej GeoPoz z zaznaczeniem, że dane te zostały zamieszczone na tej stronie w dniu 17 kwietnia 2013 r. (15 stron);

- 2) materiał poglądowy w postaci przykładowych wzorów harmonogramów odbioru odpadów komunalnych dla innych postępowań

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

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

W drugiej kolejności Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec określonych postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, wskazuje na wprowadzenie ograniczeń w złożeniu przez niego oferty w postępowaniu, co utrudni mu dostęp do zamówienia. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba jako materiał dowodowy w sprawie przyjęła dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz załącznik numer 12 do SIWZ w wersji elektronicznej udostępniony w toku rozprawy, jak również wszystkie dokumenty i materiały przedłożone w toku rozprawy przez strony postępowania odwoławczego i załączone do odwołania i pism procesowych, jak również stanowiska i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w toku tego postępowania.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu nie podania ilości oraz pojemności pojemników dla nieruchomości Izba uznała zarzut odwołania za zasadny. W ocenie Izby brak określenia w pierwotnej treści SIWZ ilości oraz pojemności pojemników wymaganych w niniejszym postępowaniu stanowi naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców. W związku jednak z modyfikacją SIWZ dokonaną przez Zamawiającego w dniu 7 czerwca 2013 r., uwzględniając dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że potwierdzenie się zarzutu nie może stanowić podstawy do uwzględniania odwołania bowiem przywołane naruszenie SIWZ nie ma wpływu na wynik postępowania. Odwołujący pomimo wprowadzenia do postanowień SIWZ określonych zapisów odnoszących się do przywołanego zarzutu odwołania w dalszym ciągu w toku rozprawy podtrzymywał ten zarzut.

W ocenie Izby postanowienia zmodyfikowanej SIWZ we wskazanym zakresie stanowią wypełnienie dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i pozwalają wykonawcom na prawidłowe przygotowanie oferty i oszacowanie w tym zakresie swojego ryzyka gospodarczego związanego z planowaną w ramach tego zamówienia dostawą pojemników dla nieruchomości.

Zamawiający, dokonując modyfikacji postanowień SIWZ przede wszystkim dokonał skreślenia postanowień pkt VII. 4 i 5 Załącznika nr 10 do SIWZ. Co do pojemników istotne znaczenie w tym zakresie mogły mieć postanowienia zawarte w pkt VII.5 Załącznika nr 10 do SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający oczekiwał od wykonawców dostarczenia pojemników z uwzględnieniem rzeczywistych, a więc bieżących, powstających w toku realizacji przedmiotu zamówienia, potrzeb nieruchomości, również w przypadku gdy potrzeby te okazałyby się wyższe czy niższe niż szacunkowe dane udostępnione wykonawcom przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzegł tam, że wykonawcy w takim przypadku nie przysługiwałoby z tego tytułu żadne roszczenie względem Zamawiającego. Wskazane postanowienie SIWZ, przy jednoczesnym braku określenia jakichkolwiek informacji w SIWZ odnośnie zapotrzebowania na pojemniki do odbioru odpadów, prowadziłyby do możliwości skalkulowania swoich ofert przez poszczególnych wykonawców w postępowaniu w oparciu o dowolne wyznaczniki. Wykonawcy w takiej sytuacji nie uzyskali od Zamawiającego wystarczających informacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia co do wszystkich okoliczności związanych z jego realizacją, a mających znaczenie dla sporządzenia oferty. Jednakże wykreślenie przez Zamawiającego modyfikacją SIWZ z dnia 7 czerwca 2013 r. wskazanych postanowień SIWZ, w tym przede wszystkim pkt VII.5 Załącznika nr 10 do

SIWZ, z jednoczesnym wprowadzeniem do SIWZ postanowień Tabeli nr 4c, wskazującej na szacunkową liczbę wymaganych w postępowaniu pojemników o pojemności 1,1 m³ na terenie zabudowy zwartej oraz 0,12 m³ na terenie zabudowy rozproszonej przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych w poszczególnych sektorach, stanowi – zdaniem Izby – o wypełnieniu dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający z jednej bowiem strony określił ilości pojemników co do zakresu wymaganej przez siebie pojemności dla poszczególnych sektorów, czego w pierwotnej treści SIWZ w ogóle nie było, z drugiej zaś strony wykreślił wątpliwe dla wykonawców postanowienia SIWZ, wskazujące na brak możliwości dochodzenia od Zamawiającego roszczeń związanych z przekroczeniem granic szacunku Zamawiającego. Tym samym zatem określone przez Zamawiającego w SIWZ szacunkowe ilości wymaganych pojemników nie mają już znaczenia jedynie informacji dodatkowych dla wykonawców, a stanowią opis przez Zamawiającego pewnej części przedmiotu zamówienia - dostawy pojemników objętej niniejszym zamówieniem. Wykonawca, dysponując wiedzą na temat potrzeb Zamawiającego co do pojemności pojemników, uwzględniając również w tym względzie postanowienia pkt II.6 Załącznika nr 10 do SIWZ odwołującego się do postanowień Regulaminu utrzymania czystości i porządku w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi na obszarze gmin wchodzących w skład Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej (przyjęty uchwałą nr VI/30 2013 Zgromadzenia Związku Międzygminnego z dnia 12 marca 2013 r.) oraz informacją na temat ilości tych pojemników dla poszczególnych sektorów jest w stanie prawidłowo przygotować ofertę w tym zakresie w niniejszym postępowaniu. Odnosząc się do wskazanego zarzutu zauważyć również należy, że Zamawiający w wyniku przywołanej modyfikacji SIWZ wprowadził również istotne zmiany w pkt 3 ppkt 2.4 lit. a) i b) - Opis przedmiotu zamówienia - bezpośrednio w treści SIWZ. W wyniku modyfikacji tego punktu SIWZ Zamawiający wskazał na obowiązek zapewnienia pojemników w celu prawidłowej realizacji usługi, ale z zastrzeżeniem limitów dotyczących pojemników i kontenerów określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Tym samym zatem wiążący dla wykonawcy w tym postępowaniu jako górna granica zakresu przedmiotu zamówienia jest określony przez Zamawiającego limit pojemników określony w SIWZ. Do przywołanego limitu pojemników odnoszą się również postanowienia zmodyfikowanego wzoru umowy (załącznik do SIWZ) w pkt 6.1.1 (wyznaczający obowiązek wykonawcy) oraz w pkt 8.1.4 (odnoszący się do wynagrodzenia umownego).

Odnosząc się do zarzutu niedoprecyzowania w SIWZ sposobu przebiegu granic pomiędzy poszczególnymi sektorami, w ramach których będzie realizowany przedmiot

zamówienia Izba uznała go za niezasadny. Odwołujący przywołany zarzut podnosił przede wszystkim w kontekście ustalenia przez Zamawiającego określonych kar umownych z tytułu odbioru odpadów komunalnych z sektora Związku innego niż sektor objęty umową. Izba ustaliła, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ w pkt 2.1.2 oraz w pkt 3 SIWZ określił, że przedmiot zamówienia został podzielony na 23 części, z których każda odpowiada jednemu sektorowi. Sektory te zostały w sposób szczegółowy określone w Załączniku nr 10 do SIWZ. Zamawiający w tabeli nr 3 z tego załącznika dokonał charakterystyki sektorów wchodzących w skład obszaru działalności Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, gdzie wskazał oprócz nazwy sektor również dookreślenie Osiedla / Gminy, wchodzących w skład tego sektora. Podstawą podziału przez Zamawiającego obszaru, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie była również uchwała nr VI/29/2013 Zgromadzenia Związku Międzygminnego z dnia 12 marca 2013 r. w sprawie podziału obszaru Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” na sektory odbioru odpadów komunalnych. W uchwale tej w załączniku nr 1 określono wykaz Osiedli i Gmin wchodzących w skład danego sektora. W załączniku nr 2 do uchwały określono mapę, która wedle § 2 tej uchwały określa szczegółowy zakres terytorialny oznaczenia wszystkich 23 sektorów odbioru odpadów komunalnych oraz przebieg ich granic. W ramach niektórych sektorów, jak np. w przypadku pierwszego sektora, Zamawiający dokonał wydzielenia pewnych obszarów z sektora, np. „Grunwald Południe bez obszaru spółdzielni mieszkaniowej”. Powyższe – jak wykazywał w toku rozprawy Odwołujący – było niejasne dla wykonawców w kontekście ustalenia granic danego obszaru, skoro Zamawiający nie dookreślił co oznacza obszar spółdzielni. Zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający wykazywali się w toku postępowania odwoławczego wykazami nieruchomości (adresami) określonymi w wykazie internetowym GeoPoz (Odwołujący, wskazując na mniej szczegółowe dane tam zawarte wykazywał niewystarczający zakres informacji tam zawartych, Zamawiający zaś, powołując się na bardziej szczegółowe dane, wskazywał na odpowiedni zakres informacji zawartych w tym wykazie dla wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o niniejsze zamówienie). Izba ustaliła również, że w załączniku nr 12 do SIWZ Zamawiający wskazał szczegółowy wykaz nieruchomości wraz z pojemnikami w dotychczasowym systemie gospodarowania odpadami w podziale na poszczególne sektory.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie nie prowadził do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, że wykonawca w oparciu o przywołane postanowienia SIWZ, dodatkowo z odwołaniem się do aktów prawa miejscowego, dysponuje podstawą do ustalenia, z jakich terenów wchodzących

w zakres określonego sektora będzie on miał obowiązek dokonywać odbioru odpadów. Zgodzić należy się z Odwołującym, że mapa stanowiąca załącznik nr 2 do przywołanej uchwały nr VI/29/2013 – biorąc pod uwagę niekwestionowane przez Zamawiającego, a przedstawione przez Odwołującego jako dowody w sprawie odwzorowania tej mapy - nie była dość szczegółowa. Powyższe wykazał Odwołujący, przedkładając w toku rozprawy wskazaną mapę wraz z jej powiększeniem co do spornych obszarów – w taki sposób, aby umożliwić dokładne odzwierciedlenie granic wydzielonych sektorów. Wskazana mapa stanowiła jednak jeden z kilku wyznaczników obszaru poszczególnych sektorów przewidzianych dla opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Pierwszorzędne znaczenie w tym zakresie miały postanowienia SIWZ z określeniem Osiedli i Gmin wchodzących w zakres sektora wraz z załącznikiem nr 1 do uchwały Nr VI/29/2013, a także Tabela nr 3 z Załącznika nr 10 do SIWZ. Przywołane regulacje wskazywały wprost, jakie Osiedla czy Gminy wchodzi w skład danego sektora. Regulacje te również przewidywały w niektórych sytuacjach wyłączenia z obszaru konkretnego sektora określonego obszaru – spółdzielni. Istotne znaczenie w tym zakresie ma również Załącznik nr 12 do SIWZ, który określa szczegółowe adresy poszczególnych nieruchomości wchodzących w obszar danego sektora. Tak więc przywołane adresy wyznaczają w sposób szczegółowy granice określonych sektorów. Podobny wykaz znajduje się również w przedłożonym przez Zamawiającego przy piśmie procesowym z dnia 18 czerwca 2013 r. wykazie nieruchomości dla poszczególnych przykładowych obszarów wykazu GeoPoz. Odwołujący podniósł, że gdyby podobny wykaz został określony przez Zamawiającego w SIWZ powyższe wyczerpywałyby oczekiwania Odwołującego co do modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie. Wykaz ten – w ocenie Izby - wprost nie może stanowić odniesienia do oceny prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie odwoływał się do niego jako wiążącego dokumentu, w którym opisał część sposobu realizacji przedmiotu zamówienia dla wykonawców. Z tych też względów Izba uznała za bezprzedmiotowy w niniejszej sprawie ten dokument, jak i wykaz z GeoPoz przedłożony przez Odwołującego. Niezależnie jednak od powyższego podobne dane adresowe, gdzie dokonano przyporządkowania konkretnego adresu konkretnej nieruchomości, z której mają być odprowadzane odpady, zostały określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 12 do SIWZ. Powyższe – zdaniem Izby – pozwala wykonawcom na określenie zakresu sektora – zakres ten wyznaczają konkretne nieruchomości. Tym samym również wydzielenie z konkretnego sektora obszaru określonej spółdzielni wyznacza granice sektora poprzez wyszczególnienie w Załączniku nr 12 konkretnych adresów nieruchomości wchodzących w zakres danego sektora.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Zamawiający w tym przedmiocie nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Co do naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego Izba nie mogła stwierdzić ich naruszenia, bowiem zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej, w tym odwołania, mogą być wnoszone i tym w konsekwencji oceniane przez Izbę jedynie co do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Co do zarzutu nałożenia przez Zamawiającego na wykonawców nierealnych i niemożliwych do dochowania terminów na zrealizowanie obowiązków związanych z oznakowaniem pojemników, opracowaniem harmonogramów odbioru odpadów komunalnych oraz dostarczenia tych harmonogramów w wersji papierowej właścicielom nieruchomości Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący kwestionował ustalone przez Zamawiającego terminy realizacji przedmiotu zamówienia. Pierwotnie postanowienia SIWZ w pkt 4 przewidywały termin realizacji zamówienia dla każdej części do dnia 31 grudnia 2014 r., przy czym wprowadzono również szczegółowe, pośrednie terminy:

- a) od pierwszego dnia następującego po upływie 8 tygodni od dnia podpisania umowy miało nastąpić rozpoczęcie świadczenia usług odbioru odpadów rozumiane jako dzień, od którego wykonawca odpowiada za odbiór odpadów;
- b) nie później niż w terminie 3 miesięcy od zawarcia umowy miało nastąpić zapewnienie pełnej funkcjonalności systemów rejestracji zdarzeń oraz wymiany informacji;
- c) nie później niż 3 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług odbioru odpadów miało nastąpić zapewnienie oznakowanych pojemników, kontenerów oraz dostarczenie pierwszej partii oznakowanych worków na teren wszystkich nieruchomości objętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi;
- d) nie później niż 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług odbioru odpadów miało nastąpić dostarczenie właścicielom nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, z których wykonawca będzie odbierał odpady komunalne harmonogramu odbioru odpadów komunalnych.

Jednocześnie też w postanowieniach wzoru umowy (pkt 3.5.1.(i)) Zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest przedstawić mu do akceptacji projekt harmonogramu odbioru odpadów komunalnych nie później niż 18 dni przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi (8 tygodni od podpisania umowy).

Postanowienia te modyfikacją SIWZ z dnia 7 czerwca 2013 r. zostały przez Zamawiającego zmienione. Zmodyfikowaniu uległ zasadniczy termin przewidziany w pkt 4

lit. a) SIWZ, tj. termin rozpoczęcia świadczenia usług odbioru odpadów, który wydłużono z 8 do 10 tygodni od dnia podpisania umowy.

Pomimo powyższego Odwołujący podtrzymał w toku rozprawy przed Izbą swój zarzut, wskazując przede wszystkim na okoliczność, iż nie jest możliwe dotrzymanie terminu rozpoczęcia świadczenia usługi przez wykonawcę przy założeniu okresu 10 tygodni od dnia podpisania umowy, jak również terminu na przekazanie Zamawiającemu harmonogramu usług, uwzględniając przede wszystkim okoliczność, iż niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia dane takie jak: adresy poszczególnych posesji, unikalne identyfikatory właścicieli nieruchomości, położenie geograficzne oraz ilość i pojemność pojemników Zamawiający przekazał wykonawcom zbyt późno i będą one jeszcze podlegały jego weryfikacji a – zdaniem Odwołującego – niemożliwe jest równoczesne podejmowanie czynności przez wykonawcę związanych z rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów w sytuacji braku szybkiego przekazania danych od Zamawiającego. Odwołujący na tę okoliczność przedłożył Izbie sporządzone przez siebie harmonogramy realizacji poszczególnych działań (operacji), które należy – zgodnie z postanowieniami SIWZ – wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów (10 tygodni od podpisania umowy). Odwołujący przedstawił również propozycję własnego harmonogramu realizacji poszczególnych operacji przed rozpoczęciem odbioru odpadów z uwzględnieniem takiego ukształtowania kolejności podejmowanych czynności, aby możliwe było – w jego ocenie - dochowanie terminu 10 tygodni. Odwołujący wskazał tutaj przede wszystkim na konieczność przedłożenia wykonawcy przez Zamawiającego w ciągu jednego (pierwszego) dnia od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego wszystkich informacji istotnych z punktu widzenia świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia (adresy poszczególnych posesji, unikalne identyfikatory właścicieli nieruchomości, położenie geograficzne posesji, ilość, pojemność oraz przeznaczenie pojemników), bez późniejszej możliwości weryfikacji tych danych przez Zamawiającego.

Izba, dokonując oceny tych materiałów przygotowanych przez Odwołującego stwierdziła w pierwszej kolejności, że Odwołujący założył maksymalny czas na wykonywanie poszczególnych czynności przed rozpoczęciem świadczenia usługi przez wykonawcę, zwłaszcza, jeśli chodzi o czynności leżące po stronie Zamawiającego. Jednak nawet przy przyjęciu takiego założenia oraz założenia, że wykonawca nie będzie mógł podejmować poszczególnych czynności równocześnie, obiektywnie realne jest dotrzymanie wydłużonego przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi – 10 tygodni po podpisaniu umowy, przy podjęciu zintensyfikowanych działań organizacyjnych i zaangażowaniu niezbędnego potencjału kadrowego i technicznego po stronie wykonawcy. Odwołujący

w toku rozprawy wskazywał m.in. na konieczność oddelegowania do oznakowania pojemników w transpondery oraz nalepki określonej ilości osób. Wskazywał też na konieczność zakupu określonych urządzeń elektronicznych, przy pomocy których ma nastąpić identyfikacja pojemników. Powyższe okoliczności związane są z indywidualnym podejściem Odwołującego do realizacji przedmiotu zamówienia. Są to okoliczności organizacyjne danego przedsiębiorcy i jego podejścia biznesowego do realizacji przedmiotowego zadania. Powyższe jednak nie stanowi obiektywnych okoliczności uniemożliwiających w ogóle zrealizowanie tego zadania w terminach przewidzianych przez Zamawiającego. Nie wykluczone bowiem jest, że przy przyjęciu innych rozwiązań organizacyjnych możliwe byłoby także po stronie Odwołującego prawidłowe wykonanie czynności związanych z rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów w terminie 10 tygodni od podpisania umowy. Nie zostało przez Odwołującego - zdaniem Izby – wykazane w sposób obiektywny, że terminy przywołane przez Zamawiającego w SIWZ są nierealne.

Istotne jednak z punktu widzenia uznania za niezasadny tego zarzutu odwołania przez Izbę było ustalenie, że Odwołujący podniósł ten zarzut wyłącznie w kontekście naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazał przede wszystkim, poprzez przepis odsyłający ustawy Pzp (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), na naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego (art. 483 K.c i 353 (1) K.c.), wykazując przede wszystkim nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. Powyższe naruszenia – w ocenie Izby – nie podlegają ocenie Izby w trybie rozpoznawania środków ochrony prawnej. Odwołujący nie wykazał w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp, np. związanych z opisem przedmiotu zamówienia, czy nierównym traktowaniem wykonawców ubiegających się o zamówienia, czy naruszeniem uczciwej konkurencji w postępowaniu. Tymczasem w przypadku rozpoznawania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp (odwołanie i skarga) w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp istotne jest wykazanie naruszenia przepisów ustawy Pzp, a nie samoistnie przepisów Kodeksu cywilnego, czy przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z tych też względów zarzut należało uznać za niezasadny. Uwzględniając powyższe przywołane na tę okoliczność przez Odwołującego dowody (oferty zakupu pojemników i transponderów, materiały poglądowe dotyczące czasu wykonania oznakowania pojemników, odnoszące się do procesu oznakowania pojemników, zdjęcia) nie mogły mieć dla Izby znaczenia.

Odnosząc się do zarzutu nałożenia na wykonawcę absolutnej odpowiedzialności za wybór usługodawcy GPS oraz prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS, które – zdaniem

Odwołującego – narusza zasady swobody umów wyrażonej w art. 353 (1) K.C. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w tym zakresie kwestionował przede wszystkim zapis pkt 2.1.9 Załącznika nr 11 do SIWZ, gdzie Zamawiający określił zasady odpowiedzialności wykonawcy za wybór usługodawcy GPS. Zamawiający wskazał tam, że awaria u usługodawcy GPS będzie traktowana jako zawiniona przez wykonawcę. Odwołujący wskazywał tutaj również na kary umowne przewidziane w tym zakresie przez Zamawiającego.

Izba oddaliła wskazany zarzut, opierając się na argumentacji przyjętej powyżej przy rozpoznawaniu poprzedniego zarzutu. W tym również przypadku Odwołujący nie wykazał, wskazując na określone zapisy SIWZ, naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Podstawą opisanego zarzutu odwołania jest naruszenie art. 353 (1) K.c. wskazanego także poprzez przepis odsyłający ustawy Pzp (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Ocena naruszenia zasady swobody umów i równości stron stosunku cywilnoprawnego w tym kontekście - przy rozpoznawaniu środków ochrony prawnej - nie leży w kompetencji Izby. Wskazywany przy okazji podnoszenia tego zarzutu przepis art. 29 ustawy Pzp nie został w żaden sposób opisany przez Odwołującego. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób określone postanowienia SIWZ mogłyby mieć wpływ na naruszenie tego przepisu ustawy Pzp. W treści odwołania przepis ten został jedynie w sposób gołosłowny przywołany przez Odwołującego, tymczasem główny zarzut odwołania sprowadza się do oceny konkretnych wymogów związanych z realizacją przedmiotu umowy nałożonych na wykonawcę w określony sposób i z przewidzianymi w tym zakresie karami umownymi w przypadku nie wywiązywania się przez niego z tego obowiązku. Powyższe, w ocenie Izby, związane jest wyłącznie z oceną prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia w przyszłości, a nie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp związanych z procedurą ubiegania się o zamówienie przez wykonawców na równych zasadach i w warunkach konkurencyjności. Tym samym – zdaniem Izby – zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. W związku z powyższym przywołane na tę okoliczność przez Odwołującego dowody (wyciąg ze strony internetowej rządu USA, przykładowa umowa o świadczenie usług monitorowania) nie mogły mieć dla Izby znaczenia.

Co do zarzutu braku opisu przez Zamawiającego wymagań w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba rozpoznawała wskazany zarzut, biorąc pod uwagę jego ograniczenie wprowadzone oświadczeniem złożonym przez Odwołującego w toku rozprawy o niepodtrzymaniu części zarzutów odwołania. Tym samym wskazany zarzut odwołania ostał się jedynie, co do braku żądania

przez Zamawiającego zezwolenia na zbieranie odpadów oraz wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka województwa w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

Odwołujący domaga się w ramach tego zarzutu odwołania wprowadzenia w niniejszym postępowaniu weryfikacji wykonawców w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu pod kątem posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów i wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka województwa w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Izba, dokonując oceny tego zarzutu stwierdziła, że Zamawiający nie wprowadzając w tym zakresie żadnych wymogów nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 22 ust. 4 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym również warunek posiadania określonych uprawnień do wykonywania danej działalności, podlegają dookreśleniu przez Zamawiającego (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu). Zamawiający dokonując opisu tych warunków ma tutaj pewną swobodę – może stwierdzić, że dla określonego przedmiotu zamówienia istotna jest weryfikacja potencjału technicznego wykonawców, a dla innego zamówienia istotny będzie potencjał osobowy, czy finansowy lub ekonomiczny. Zamawiający może również uznać za zasadne opisanie wszystkich warunków, o których mowa w przywołanym przepisie ustawy Pzp. Zamawiający dokonując opisu warunków może także uznać, że w danym przypadku niezbędne jest wykazanie się przez wykonawców określonymi uprawnieniami, w innym zaś przypadku te uprawnienia nie będą dla niego istotne. Z punktu widzenia zatem oceny legalności działań Zamawiającego przy opisie warunków udziału w postępowaniu ważna jest ocena tego opisu pod kątem związania z przedmiotem zamówienia (a nie tożsamości) oraz proporcjonalności do tego przedmiotu zamówienia. W świetle przepisów ustawy Pzp nie można postawić Zamawiającemu zarzutu nieracjonalności opisu warunków, prowadzących np. do niegospodarności, w sytuacji gdy Zamawiający dokona opisu warunków zamówienia na zbyt niskim poziomie. W świetle regulacji ustawy Pzp opis warunków zamówienia podlegający zaskarżeniu w trybie odwoławczym to opis, który prowadzi do dyskryminacji czy nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu poprzez wprowadzenie warunków na poziomie wykraczającym poza dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp (warunek niezwiązany z przedmiotem zamówienia, nadmierny, preferujący określone podmioty, czy też dyskryminujący inne).

Brak żądania przez Zamawiającego od wykonawców określonych uprawnień w żaden sposób nie wpływa na sytuację Odwołującego się wykonawcy w postępowaniu - nie pozbawia, czy też nie ogranicza mu szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Domaganie się od Zamawiającego opisu dodatkowych, zaostrzających granice ubiegania się o zamówienie, warunków nie narusza interesu Odwołującego w ubieganiu się o niniejsze zamówienie, a ponadto nie narusza przepisów ustawy Pzp. Przywoływanie w tym zakresie naruszenia przepisów innych ustaw nie podlega ocenie Izby w świetle dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jak podniesiono powyżej w odniesieniu do wcześniej opisywanych zarzutów odwołania. Tym samym zarzut odwołania należało uznać za niezasadny.

Co do zarzutu dotyczącego potencjału wykonawcy w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba rozpoznawała wskazany zarzut, biorąc pod uwagę jego ograniczenie wprowadzone oświadczeniem złożonym przez Odwołującego w toku rozprawy o niepodtrzymywaniu części zarzutów odwołania. Tym samym wskazany zarzut odwołania ostał się jedynie co do braku odpowiedniego dookreślenia przez Zamawiającego w ramach opisanego warunku udziału w postępowaniu pojęcia „zatrudnienia”.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba uznała go za niezasadny. Odwołujący zakwestionował opis warunku udziału w postępowaniu wprowadzony przez Zamawiającego w SIWZ w pkt 5.3 ppkt b) SIWZ, który znajduje swoje odzwierciedlenie - co do dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunku - w § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia 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. poz. 231), mającego zastosowanie do niniejszego postępowania o zamówienie publiczne. W świetle tej regulacji Zamawiający może żądać od wykonawców oświadczenia na temat wielkości średnio rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług lub robót budowlanych oraz liczebności personelu kierowniczego w określonym czasie. Użyte tam pojęcie „zatrudnienia” nie występuje z określeniem „na podstawie stosunku pracy”. Warto również przywołać tutaj art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym o zamówienie może ubiegać się wykonawca dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przepis posługuje się w tym zakresie pojęciem: „dysponowanie” potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przepis ten nie wskazuje zatem na obowiązek wykazywania się przez wykonawców określonymi osobami jedynie w oparciu o stosunek pracy. Jakkolwiek stosunek zatrudnienia w oparciu o przepisy Kodeksu pracy chroni w sposób najlepszy prawa pracownicze Izba w tym zakresie nie jest uprawniona do oceny tych kwestii pod kątem zasady słuszności, czy jakichkolwiek względów społecznych. Tym samym zatem przywołane na tę okoliczność przez Odwołującego dowody (wystąpienie Komisji Zakładowej NSZZ Solidarność”

i udzielona w tym zakresie odpowiedź ze strony Urzędu Miasta, czy dokumenty rządowe wskazujące na promocję zatrudniania w oparciu o stosunek pracy) nie mogły mieć dla Izby znaczenia. Izba ocenia zachowania podmiotu zamawiającego w postępowaniu pod kątem legalności tych działań i oceny ich zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Tym samym zatem Odwołujący, domagając się od Zamawiającego zaostrożenia warunku, co mogłoby powodować ograniczenie konkurencji w tym zamówieniu, nie wykazał z jednej strony ani uszczerbku w swoim interesie związanym z uzyskaniem niniejszego zamówienia publicznego, ani też naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W tym zakresie pozostaje również aktualna argumentacja przywołana powyżej w odniesieniu do zarzutu związanego z brakiem opisu w SIWZ warunku dotyczącego dysponowania konkretnymi uprawnieniami przez wykonawców.

Izba nie rozpoznała pozostałych zarzutów odwołania, które nie zostały przez Odwołującego w toku rozpraw podtrzymane.

Izba nie uwzględniła przy podjęciu przedmiotowego rozstrzygnięcia stanowisk w sprawie złożonych jako załączniki do protokołu, tak przez Odwołującego (pismo datowane na 28 maja 2013 r. z wpływem do Izby w dniu 20 czerwca 2013 r.), jak i przez Zamawiającego (pismo z dnia 20 czerwca 2013 r. z wpływem w tej dacie do Izby) jako że pisma te zostały złożone przez strony postępowania odwoławczego po zamknięciu rozprawy. Izba nie stwierdziła również, aby okoliczności przywołane we wskazanej korespondencji mogły stanowić podstawę do podjęcia czynności, o których mowa w art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, tj. otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przywołane w odwołaniu naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp nie potwierdziło się, z zastrzeżeniem oceny zarzutu braku określenia ilości i pojemności pojemników dla nieruchomości, gdzie Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy Pzp pozostające bez wpływu na wynik postępowania w świetle dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji postanowień SIWZ w dniu 7 czerwca 2013 r. Powyższe zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie mogło jednak skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz – stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący:

Członkowie :

.....