

WYROK
z dnia 5 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**
Magdalena Rams
Ewa Sikorska

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa 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 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków** 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Miejskiej Kraków i transport do instalacji przetwarzania odpadów wskazanych przez Zamawiającego”. Zamówienie podzielono na 5 zadań.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 lutego 2014 r., nr 2014/S 024-037990.

W dniu 14 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 14 lutego 2014 r.) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, tj. żądanie posiadania odpowiednich dokumentów zezwalających na wykonywanie przewozów drogowych rzeczy (odpadów komunalnych) w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. (tj. z dnia 15 października 2013 r., Dz. U. z 2013 r. poz. 1414) oraz żądanie załączenie do oferty „odpowiednich dokumentów” bez wskazania o jakie dokumenty chodzi, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz brak jednoznacznego wskazania w treści SIWZ i ogłoszenia jakie dokumenty ma przedstawić wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu [pkt 7.1) c) oraz pkt 8.1) c) SIWZ]
2. art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. art. 7 ustawy Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w sposób nadmierny,

niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez postawienie warunków w zakresie dysponowania dla:

- a. zadania nr 1 (sektor nr 1) – 3 szt.
- b. zadania nr 2 (sektor nr 2) - 2 szt.
- c. zadania nr 3 (sektor nr 3) -1 szt.
- d. zadania nr 4 (sektor nr 4) -1 szt.
- e. zadania nr 5 (sektor nr 5) -1 szt.

- pojazdami do bezpylnej zbiórki odpadów (śmieciarek) o pojemności zabudowy nie mniejszej niż 18,1 m³, do max 23 m³ z zabudową przystosowaną do odbierania odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120 dm³, 180 dm³, 240 dm³, 660 dm³, 770 dm³, 1.100 dm³, w tym min. 1 pojazd z możliwością opróżniania kontenerów z odpadami o pojemności od 2,5 m³ do 7 m³ (np. w kontenerach typu KP-7), co najmniej jeden z pojazdów musi posiadać silnik spełniający wymagania min. EURO 4 [pkt 7.3)a) dla każdego z zadań (sektorów)]

3. art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia bez określenia jaką ilością tych osób ma dysponować wykonawca (zamawiający przyjął, że wykonawca jest zobowiązany dostosować ilość osób, którymi będzie dysponował do ilości wybranych przez siebie do realizacji zadań, ich zakresu przedmiotowego oraz wymagań stawianych przez niniejszą SIWZ, jakie muszą być spełnione dla celów prawidłowej realizacji tych zadań) oraz żądanie dołączenia do oferty wykazu osób bez wskazania w jaki sposób dokument ten ma potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a tym samym określenie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, pozwalający zamawiającemu na arbitralną ocenę ich spełniania [pkt 7.4) SIWZ oraz pkt 8.3)b)]
4. art. 23 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 22 ust. 2 - 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez żądanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podczas gdy w przypadku tych wykonawców przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio, a zatem weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest w stosunku do nich jako do całości, nie zaś do poszczególnych wykonawców [pkt 8.5)f) SIWZ]

5. art. 353¹, art. 387 i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę bezwzględnego obowiązku odbierania odpadów selektywnie zbieranych (papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, o kodach: 20 01 99, 20 01 39, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 40, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07) [pkt 1.1. ppkt 3) OPZ] a przez to zaniechanie podania, że przedmiot zamówienia nie obejmuje odbioru odpadów o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, w przypadku gdy właściciel nieruchomości na której nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne prowadzi na własny koszt selektywne zbieranie odpadów opakowaniowych po produktach w opakowaniach zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi [pkt 1.1. ppkt 6) OPZ], co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz świadczeniem niemożliwym do zrealizowania, a także stanowi nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i prowadzi do nieporównywalności ofert
6. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie:
- a. zaniechania określenia częstotliwości odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie (papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe) z nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne [pkt 3.1.) b) OPZ]
 - b. zobowiązania wykonawcy do zapewnienia zamawiającemu oraz osobom przez niego wskazanym, przed podpisaniem umowy oraz w trakcie jej realizacji nieograniczonego dostępu do bazy magazynowo-transportowej oraz pojazdów dla umożliwienia kontroli przestrzegania zapisów umowy [pkt 6 OPZ] oraz zobowiązania wykonawcy do zapewnienia przedstawicielom Zamawiającego oraz pracownikom służb publicznych upoważnionych do kontroli wypełniania postanowień zawartych w ustawie o odpadach, jak też w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej o każdej porze [pkt 8 ppkt 3) OPZ]
 - c. zobowiązania wykonawcy do odbierania odpadów w godzinach od 6.00 do 16.00, a w przypadku części zabytkowej Dzielnicy I, tj. w obrębie Plant (Sektor I - Zadanie Nr 1) do godz. 10.00. [pkt 6 ppkt 2 OPZ]

- d. zobowiązania wykonawcy do prowadzenia w każdym, sektorze odbierania odpadów całodobowego biura obsługi klienta, zapewniającego co najmniej 3 stanowiska z obsługą telefoniczną w godzinach od 7.00 do 15.0, a w pozostałych godzinach co najmniej 1 stanowisko, gdzie właściciele nieruchomości będą mieli możliwość zgłaszania reklamacji zarówno telefonicznych jak i osobistych [pkt 6 ppkt 16 OPZ oraz § 4 ust. 4 projektu umowy]
 - e. nie określenia przez zamawiającego terminu, w którym będzie weryfikował i akceptował sporządzane przez wykonawcę raporty miesięczne, które po dokonaniu tych czynności przez zamawiającego stają się protokołami odbioru usług i będą stanowić podstawę do wystawienia faktury [pkt 9 ppkt 1) OPZ]
7. art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie gwarantującego równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim:
- a. zamawiający wskazał, że wykonawca ma obowiązek wykonania kluczowych części przedmiotu umowy, tj. czynności odbierania i transportu zmieszanych odpadów komunalnych oraz selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, a zatem de facto całości umowy, czym wykluczył możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (S 11 ust. 1 projektu umowy)
 - b. wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne:
 - za każdy przypadek odebrania odpadów z pojedynczej nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej w terminie niezgodnym z Harmonogramem - w wysokości 30 zł za pierwszy dzień opóźnienia, 40 zł za drugi, 60 zł za trzeci oraz 100 zł za czwarty i każdy następny dzień opóźnienia w stosunku do terminu wynikającego z Harmonogramu, przy czym jeżeli opóźnienie nie przekracza 7 dni, to łączna kara umowna z tego tytułu nie może przekroczyć kwoty 500 zł (§12 ust. 1 lit. a) projektu umowy)
 - za każdy stwierdzony przypadek odebrania odpadów z pojedynczej nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej, z pojedynczej nieruchomości tzw. „mieszanej”, tj. takiej na której w części zamieszkują mieszkańcy a w części nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości niezamieszkanymi w terminie niezgodnym z Harmonogramem - w wysokości 200 zł za pierwszy dzień opóźnienia, 300 zł za drugi, 400 zł za trzeci oraz 500 zł za czwarty i każdy następny dzień opóźnienia w stosunku do terminu

- wynikającego z Harmonogramu, przy czym jeżeli opóźnienie nie przekracza 7 dni, to łączna kara umowna z tego tytułu nie może przekroczyć kwoty 2 000 zł (§ 12 ust. 1 lit. b) projektu umowy)
- za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu kompletnego raportu miesięcznego, o którym mowa w § 5 ust. 3 Umowy-w wysokości 1 500 zł (§ 12 ust. 1 lit. d) projektu umowy)
 - za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem umowy (§ 12 ust. 1 lit. f) projektu umowy)
 - za nieprzestrzeganie obowiązku trwałego i czytelnego oznakowania pojazdów zgodnie z pkt. 7.3 OPZ - w wysokości 1000 zł za każdy przypadek stwierdzenia naruszenia powyższego obowiązku (§ 12 ust. 1 lit. g) projektu umowy)
 - za świadczenie usług pojazdem niewyposażonym w system monitoringu bazujący na systemie pozycjonowania satelitarne, umożliwiającym trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych co najmniej o położeniu pojazdu i miejscach postojów, miejscach wylądunku oraz miejscach załadunku - w wysokości 1 000 zł za każdy dzień wykonywania usługi takim pojazdem. Przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że świadczenie usług pojazdem nieposiadającym ww. systemu skutkować będzie nadto utratą przez wykonawcę prawa do wynagrodzenia za odbiór odpadów transportowanych przez taki pojazd w okresie, w którym nie był on wyposażony w ww. system (§ 12 ust. 1 lit. i) projektu umowy)
- c. zamawiający nie przewidział procedury reklamacyjnej mającej na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych (§12 ust. 3 projektu umowy)
- d. trzykrotne naliczenie którejkolwiek z kar umownych określonych w § 12 ust. 1 w okresie dowolnych 30 dni stanowi rażące naruszenie warunków umowy i może stanowić podstawę pisemnego odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania w trybie natychmiastowym przez zamawiającego z winy wykonawcy (§12 ust. 4 projektu umowy)
- e. zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym, z winy wykonawcy w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w §14 ust. 2 lit b) - g) projektu umowy, które zostały określone bardzo ogólnie i umożliwiają arbitralną ocenę

f. w przypadkach wymienionych w § 14 ust.2 lit. a) - d) projektu Umowy zamawiający wezwie wykonawcę do świadczenia usług zgodnie z umową i wyznaczy mu w tym celu termin nie krótszy niż jeden dzień (kalendarzowy), po którego bezskutecznym upływie może powierzyć dalsze wykonywanie przedmiotu umowy innemu podmiotowi, a pełnymi kosztami tego wykonania obciąży wykonawcę, na co wykonawca wyraża zgodę (§14 ust. 5 projektu umowy)

8. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez:

1. modyfikację pkt 7.1)c) oraz 8.1) c) SIWZ (oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia) poprzez wskazanie jakie dokumenty zezwalające na wykonywanie przewozów drogowych rzeczy w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. (tj. z dnia 15 października 2013 r., Dz. U. z 2013 r. poz. 1414) powinien posiadać wykonawca i załączyć do oferty
2. modyfikację pkt 7.3) a) SIWZ (oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia) dla każdego z zadań (sektorów) w ten sposób, iż wykonawca powinien dysponować odpowiednią ilością pojazdów do zbiórki odpadów (śmieciarek lub samochodów z HDS) o pojemności zabudowy dla śmieciarek nie mniejszej niż 18,1 m³, do max 23 m³ z zabudową przystosowaną do odbierania odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120 dm³, 180 dm³, 240 dm³, 660 dm³, 770 dm³, 1.100 dm³, w tym min. 1 pojazd bezpylny lub samochód z HDS z możliwością opróżniania kontenerów z odpadami o pojemności od 2,5 m³ do 7 m³ (np. w kontenerach typu KP-7), co najmniej jeden z pojazdów musi posiadać silnik spełniający wymagania min. EURO 4
3. modyfikację pkt 7.4) SIWZ (oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia) poprzez wskazanie ilości osób, którymi powinien dysponować wykonawca dla każdego z sektorów
4. modyfikację pkt 8.5) f) SIWZ w ten sposób, iż aby obecne brzmienie zastąpić następującym „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki określone w pkt 7.2) - 7.4) SIWZ zostaną spełnione, jeżeli wykonawcy wykażą się wspólnie spełnianiem warunków udziału w postępowaniu. Czyli nie każdy z wykonawców musi spełniać poszczególne warunki udziału w postępowaniu a jedynie ich wspólny potencjał ma potwierdzać spełnianie warunków”

5. określenie w SIWZ, że przedmiot zamówienia obejmuje odbieranie odpadów selektywnie zbieranych jedynie w zakresie: papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne o kodach: 20 01 99, 20 01 39, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 40
6. modyfikację [pkt 1.1. ppkt 6) OPZ] w ten sposób, że w akapicie Świadczenie usług podstawowych nie obejmuje odbierania, dodać tiret czwarty o treści „odpadów o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, w przypadku gdy właściciel nieruchomości na której nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne prowadzi na własny koszt selektywne zbieranie odpadów opakowaniowych po produktach w opakowaniach zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi”
7. określenie w SIWZ częstotliwości odbierania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie (papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne) z nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne
8. modyfikację pkt 6 OPZ i pkt 8 ppkt 3) OPZ w ten sposób, aby dostęp do bazy magazynowo-transportowej oraz pojazdów dla umożliwienia kontroli zapewniany został zamawiającemu w dni robocze w godz. 7-15, po uprzednim zawiadomieniu wykonawcy z 24 - godzinnym wyprzedzeniem
9. modyfikację pkt 6 ppkt 2 OPZ poprzez wskazanie, że odbiór odpadów będzie się odbywał w godzinach od 6.00 - 22.00
10. modyfikację pkt 6 ppkt 16 OPZ poprzez określenie, że właściciele nieruchomości będą mieli możliwość zgłaszania reklamacji telefonicznie przez całą dobę i osobiście w biurze obsługi klienta w godzinach od 7.00 do 15.00
11. modyfikację pkt 9 ppkt 1) poprzez określenie, że niezwyfikowanie i niezaakceptowanie przez zamawiającego raportu miesięcznego w ciągu 30 dni od dnia przekazania go zamawiającemu upoważnia wykonawcę do wystawienia faktury
12. modyfikację § 11 ust. 1 projektu umowy w taki sposób aby możliwe było powierzenie wykonanie części zamówienia podwykonawcy
13. modyfikację § 12 ust. 1 lit. a), b) i d) projektu umowy poprzez zastąpienie zwrotu „opóźnienie” zwrotem „zwłoka”
14. wykreślenie § 12 ust. 1 lit. f) projektu umowy
15. wykreślenie § 12 ust. 1 lit. g) projektu umowy
16. wykreślenie z § 12 ust. 1 lit. i) projektu umowy zastrzeżenia, iż świadczenie usług pojazdem nieposiadającym ww. systemu skutkować będzie nadto utratą przez wykonawcę prawa do wynagrodzenia za odbiór odpadów transportowanych przez taki pojazd w okresie, w którym nie był on wyposażony w system monitoringu
17. wprowadzenie do projektu umowy postanowienia zgodnie, z którym każdorazowe naliczenie kar umownych przewidzianych w umowie zostanie poprzedzone

przeprowadzeniem stosownego postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przestaniek naliczenia kar umownych

18. wykreślenie § 12 ust. 4 projektu umowy

19. wykreślenie § 14 ust. 2 lit. b) - g) projektu umowy

20. modyfikację §14 ust. 2 lit. a) - d) projektu umowy poprzez określenie, że wyznaczony przez Zamawiającego termin nie może być krótszy niż 3 dni (kalendarzowe).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp (zarzut 2 odwołania) poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania spełniania warunków w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 3 SIWZ (str. 7) wskazał, iż „o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym, tj. dysponują co najmniej” dla:

- a) zadania nr 1 (sektor nr 1) – 3 szt.
- b) zadania nr 2 (sektor nr 2) - 2 szt.
- c) zadania nr 3 (sektor nr 3) -1 szt.
- d) zadania nr 4 (sektor nr 4) -1 szt.
- e) zadania nr 5 (sektor nr 5) -1 szt.

„pojazdów do bezpylnej zbiórki odpadów (śmieciarek) o pojemności zabudowy nie mniejszej niż 18,1 m³, do max. 23 m³ z zabudową przystosowaną do odbierania odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120 dm³, 180 dm³, 240 dm³, 660 dm³, 770 dm³, 1.100 dm³, w tym min. 1 pojazd z możliwością opróżniania kontenerów z odpadami o pojemności od 2,5 m³ do 7 m³ (np. w kontenerach typu KP-7), co najmniej jeden z pojazdów musi posiadać silnik spełniający wymagania min. EURO 4”. Nadto wskazał, iż określona ilość pojazdów (różna w zależności od zadania) ma być wyposażona „w urządzenia hakowe lub bramowe o udźwigu min. 6.500 kg przystosowanych do odbierania odpadów z kontenerów typu KP7”.

Odwołujący zakwestionował powyższe, żądając modyfikacji treści SIWZ i dopuszczenia możliwości odbioru odpadów „również przez samochody z HDS (samochody z zamontowanym hydraulicznym dźwigiem schodowym”, i podnosząc iż „poprzestanie jedynie na wymogu dysponowania śmieciarkami bez możliwości wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu (oraz realizacji zamówienia) przy pomocy jedynie śmieciarek nie znajduje żadnego uzasadnienia a prowadzi jedynie do bezzasadnego ograniczenia konkurencji”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być związany z przedmiotem zamówienia i być do niego proporcjonalny. Konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu ma bowiem służyć wyłonieniu wykonawców zdolnych do wykonania opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, nie ograniczając przy tym zasady uczciwej konkurencji. Skonkretyzowane w opisie warunki udziału w postępowaniu winny uwzględniać potrzeby zamawiającego, przy czym nie mogą być określane ponad te uzasadnione potrzeby.

Zamawiający wymagania dotyczące dysponowania przez potencjalnych wykonawców samochodami wyposażonymi w urządzenia hakowe lub bramowe o udźwigu min. 6.500 kg przystosowanymi m.in. do odbierania odpadów z kontenerów typu KP7 uzasadnił przede wszystkim tym, iż dysponuje on tego typu kontenerami (KP7). Kontenery te przystosowane są do transportu samochodami wyposażonymi wyłącznie w urządzenia hakowe, jak i bramowe. Ich rozładunek nie jest możliwy za pomocą samochodów z HDS, tj. samochodów z zamontowanym hydraulicznym dźwigiem schodowym, a więc takich za pomocą których rozładowywać kontenery typu KP7 chciałby odwołujący. Powyższe w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał zamawiający, przedkładając opinię prywatną (uzyskaną w trybie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp), w treści której wskazano, że „hydraulicznym dźwigiem samochodowym nie da się w sposób bezpieczny dokonać załadunku kontenerów o pojemności od 2,5 m³ do 7 m³ (np. Kp-7)”, jak i, że „ewentualne manewrowanie wiszącym kontenerem (...) jest ryzykowne z punktu widzenia bezpieczeństwa osób i uszkodzenia

mienia". Zamawiający formułując ten warunek, poza faktem posiadania już określonego typu kontenerów, brał także pod uwagę specyfikę zabudowy Miasta Krakowa i kwestie związane z bezpieczeństwem oraz trudności w poruszaniu się samochodów z HDS na wąskich uliczkach miasta. Także odwołujący ów warunek jest w stanie spełnić. W toku rozprawy oświadczył bowiem, iż dysponuje samochodami, które pozwolą mu na opróżnienie kontenerów typu KP7 w sposób wymagany przez zamawiającego. Następnie wycofał się z tego, twierdząc iż takimi pojazdami nie dysponuje. Niemniej jednak w postępowaniu poprzedzającym to postępowanie – jak podniósł zamawiający, a czemu odwołujący nie zaprzeczył - ubiegał się o zamówienie w dwóch zadaniach i wówczas spełniał tak postawiony warunek dotyczący właśnie potencjału technicznego. Warunek ten jest więc adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nie powoduje przy tym ograniczenia konkurencji a na co wyłącznie wskazywał odwołujący w treści wniesionego odwołania. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 353¹, art. 387 i art. 5 k.c. w zw. z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 5 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” (str. 2) podał, iż „przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Miejskiej Kraków i ich transport do instalacji przetwarzania odpadów wskazanych przez Zamawiającego w okresie od 1 lipca 2014 roku do 31 marca 2016 roku”. Wskazał także, iż „przedmiot zamówienia obejmuje: świadczenie usług podstawowych

1) odbieranie:

- a) odbieranie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (o kodzie 20 03 01)
- b) odbieranie odpadów kuchennych (o kodzie 20 01 08)
- c) odbieranie odpadów selektywnie zbieranych (papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, o kodach: 20 01 99, 20 01 39, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 40, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07)".

Odwołujący zakwestionował powyższe, podnosząc m.in., iż strumień odpadów należących do grupy nr 15 będzie służył wypełnieniu obowiązków przedsiębiorców wynikających z ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi z dnia 13 czerwca 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 888). Tym samym, odpady te nie będą trafiały do gminnego systemu odbioru odpadów i nie będą przekazywane wykonawcy wybranemu w przedmiotowym postępowaniu. Brak jest zatem uzasadnienia do wskazywania w przedmiocie zamówienia odpadów z grupy nr 15. Zobowiązanie zatem nałożone na wykonawcę jest niemożliwe do zrealizowania, ma natomiast wpływ na oszacowanie ceny

oferty. Wobec powyższego zażądał modyfikacji treści SIWZ, modyfikując na rozprawie żądanie sformułowane w treści odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż w zakres przedmiotowego zamówienia opisanego w SIWZ, tj. świadczenia usług odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Miejskiej Kraków i ich transport do instalacji przetwarzania odpadów wskazanych przez zamawiającego – jak jednoznacznie wynika z treści przedłożonej przez zamawiającego „Opinii eksperckiej dotyczącej klasyfikacji odpadów komunalnych” i na co jednoznacznie wskazywał zamawiający – nie włączono odpadów opakowaniowych zbieranych przez właścicieli nieruchomości zgodnie z przepisami ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. Powyższa opinia – wbrew stanowisku odwołującego – nie pozostawia wątpliwości co do możliwości zakwalifikowania odpadów o kodach 15 01 do odpadów komunalnych. Odpadami komunalnymi – w myśl art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) - są bowiem „odpady powstające w gospodarstwach domowych (...) a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzących od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych (...)”. Są to więc odpady powstałe w wyniku bytowania ludzi zarówno w gospodarstwie domowym, jak i w miejscu pracy, nauki itd. Tym samym odpady powstałe poza gospodarstwem domowym spełniające łącznie wskazane wyżej kryteria są klasyfikowane do odpadów komunalnych. A skoro tak gmina może postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a na których takie odpady (odpady komunalne) powstają. Tak też uczyniła Gmina Miejska Kraków, podejmując w tej kwestii stosowną uchwałę (Uchwała Nr LII/699/12 Rady Miasta Kraków z dnia 11 lipca 2012 r. w sprawie postanowienia o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Miejskiej Kraków, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne). Wobec powyższego zamawiający zobowiązany był objąć zakresem tego zamówienia także odpady o kodzie 15 01. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (zarzut 6 lit. b) – d) odwołania) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący nie potwierdził się.

zarzut 6 lit. b)

Izba ustaliła, iż kwestionowane postanowienie brzmi w sposób następujący:

„pkt 6. Szczegółowe wymagania dotyczące realizacji Przedmiotu Zamówienia”

(...) Wykonawca przed podpisaniem umowy oraz w trakcie jej realizacji zapewni Zamawiającemu oraz osobom przez niego wskazanym, w obecności swojego przedstawiciela, nieograniczony dostęp do bazy magazynowo - transportowej oraz pojazdów dla umożliwienia kontroli przestrzegania zapisów umowy. Zamawiający będzie miał prawo sporządzania dokumentacji fotograficznej oraz audiowizualnej z przeprowadzonych czynności kontrolnych.”

pkt 8, ppkt 3)

„Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia wstępu o każdej porze na teren bazy magazynowo-transportowej przedstawicielom Zamawiającego oraz pracownikom publicznych upoważnionych do kontroli wypełniania postanowień zawartych w Ustawie o odpadach, jak też w innych powszechnie obowiązujących przepisach prawa.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż ma on prawo kontrolować przestrzeganie postanowień umowy, w tym przede wszystkim to czy wykonawca realizujący zamówienie spełnia wszystkie wymagane przepisami prawa standardy. To bowiem na gminie ciąży obowiązek wynikający z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przypadku niewykonania których podlega ona karze pieniężnej. To właśnie wójt, prezydent, burmistrz sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach a jej zakres determinuje możliwość zastosowania instrumentów nadzoru lub odpowiedzialności i dotyczy to przede wszystkim przedsiębiorców odbierających odpady.

Obawy odwołującego, iż na teren bazy magazynowo – transportowej (na skutek istnienia kwestionowanych zapisów) będą miały wstęp osoby nieupoważnione nie znajduje oparcia zarówno w treści SIWZ, w tym także projektu umowy, jak i obowiązujących przepisach prawa. W § 10 ust. 4 projektu umowy „strony zobowiązują się bowiem do współdziałania w celu prawidłowego wykonania Umowy za pośrednictwem wskazanych w niej i upoważnionych do nadzoru na realizacją umowy osób”. Tak więc w myśl powyższego w imieniu zamawiającego będą występowały tylko i wyłącznie osoby upoważnione występujące w jego imieniu.

Dlatego też niczym nieuzasadnione jest twierdzenie odwołującego, iż kwestionowany zapis będzie „źródłem represji w stosunku do wykonawcy”.

Z tych względów Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

zarzut 6 lit. c)

Izba ustaliła, iż kwestionowane postanowienie punktu 6, ppkt 2) brzmi w sposób następujący:

„Odpady wykonawca winien odbierać w godzinach od 6.00 do 16.00 a w przypadku części zabytkowej Dzielnicy I tj. w obrębie Plant (Sektor I - Zadanie Nr 1) odpady winny być odebrane do godz. 10.00. Dopuszcza się za zgodą Zamawiającego odbieranie w innych godzinach, w przypadku zaistnienia takiej potrzeby lub zgłoszenia jej przez właścicieli nieruchomości. Odbieranie odpadów winno się odbywać w sposób nie zakłócający spoczynku nocnego.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotnie zasadnym jest odbieranie odpadów w godzinach wskazanych przez zamawiającego w treści SIWZ, a kwestionowanych przez odwołującego. Powyższe – jak podniósł zamawiający - uzasadniają godziny pracy instalacji, do których wykonawcy zobowiązani są dostarczyć odpady (do godziny 18:00), jak również okoliczność, iż zamawiający zakazał wykonawcy dokonywania przeładunku lub magazynowania odebranych odpadów. Zamawiający, określając godziny odbioru miał również na względzie bezpieczeństwo i organizację ruchu drogowego na terenie Miasta Kraków, w tym okoliczność powszechnie znaną, że ruch na terenie miasta około godziny 16:00 jest znikomy. Natomiast w przypadku odbioru odpadów w obrębie Plant wymóg ten związany jest także z zabytkowym charakterem zabudowy znajdującej się terenie tego sektora. Tak więc to zamawiający wykazał w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż wymóg ten jest uzasadniony. Natomiast odwołujący poza ogólnymi niczym niepopartymi twierdzeniami, jak np. „ograniczenie godzin odbioru odpadów nie znajduje uzasadnienia”, „nie wpływa na jakość świadczonych usług” nie podał żadnych racjonalnych argumentów potwierdzających zasadność podniesionych zarzutów, mimo iż – zgodnie z art. 6 k.c. – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

zarzut 6 lit. d)

Izba ustaliła, iż kwestionowane postanowienie punktu 6, ppkt 16) brzmi w sposób następujący:

„W ramach Przedmiotu Zamówienia wykonawca jest zobowiązany prowadzić w każdym sektorze odbierania odpadów całodobowe biuro obsługi klienta, zapewniające co najmniej 3 stanowiska z obsługą telefoniczną w godzinach od 7.00 do 15.00, a w pozostałych godzinach co najmniej 1 stanowisko, gdzie właściciele nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Miejskiej Kraków będą mieli możliwość zgłaszania reklamacji zarówno telefonicznych jak i osobistych.(...)”.

§ 4 ust. 4 projektu umowy

„Wykonawca w ramach Przedmiotu Zamówienia zobowiązany jest przez cały okres realizacji Umowy prowadzić zlokalizowane w sektorze wywozu odpadów całodobowe biuro obsługi klienta (co najmniej 3 stanowiska z obsługą telefoniczną w godzinach od 7.00 do 15.00, a w pozostałych godzinach co najmniej 1 stanowisko), gdzie właściciele nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Miejskiej Kraków będą mieli możliwość zgłaszania reklamacji zarówno telefonicznych jak i osobistych.(...)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wymóg ten w żadnym razie nie narusza ani zasady uczciwej konkurencji, ani też równego traktowania wykonawców. Nie jest też nadmierny. Gmina – zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – zobowiązana jest prowadzić działania informacyjne i edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi. Zakres tych działań – w ocenie Izby – obejmuje także umożliwienie mieszkańcom zgłaszania wszelkich reklamacji związanych z realizacją przedmiotu umowy, zwłaszcza że od ubiegłego roku funkcjonuje nowy system odbioru odpadów, co może skutkować koniecznością złożenia reklamacji, jak i potrzebą uzyskania dodatkowych informacji. Powyższe podyktowane jest także dotychczasowym doświadczeniem zamawiającego, który jest podmiotem komunalnym od lat świadczącym usługi odbioru odpadów i wie, że istnieje zapotrzebowanie na świadczenie tego typu usługi. Przedmiot zamówienia w tym zakresie został więc opisany w sposób jednoznaczny i pozwalający na skalkulowanie oferty, w tym ujęcie w niej kosztów funkcjonowania całodobowego biura obsługi klienta. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 353¹ i art. 5 k.c. w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut 7 odwołania litery a), b) (tiret 1-5), c), d), e), f) poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że odwołujący może wobec działań podejmowanych przez zamawiającego podnosić zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, a zarzuty naruszenia przepisów innych ustaw wyłącznie wtedy gdy ustawa Pzp bezpośrednio do nich odsyła i o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*. W przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego.

W konsekwencji, wobec wielu zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba oceniając wzór umowy pod kątem zgodności z przepisami stwierdziła, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współzycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę

ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Zarzuty naruszenia art. 5 k.c., art. 7 i art. 29 ustawy Pzp a więc dotyczące nadużycia prawa, tj. sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz opisu przedmiotu zamówienia podniesione przez przyzmat utrudnienia uczciwej konkurencji w odniesieniu do kwestionowanych przez odwołującego postanowień projektu umowy (podwykonawstwa i kar umownych) także w żaden sposób nie pozwalają na stwierdzenie, iż do naruszenia tych przepisów doszło. Wszyscy potencjalni wykonawcy, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, są bowiem w takiej samej sytuacji i żaden z nich na skutek takiego a nie innego skonstruowania przez zamawiającego projektu umowy nie jest dyskryminowany. Przygotowany projekt umowy dotyczy bowiem wszystkich potencjalnych wykonawców i każdy z nich w przypadku uzyskania tego zamówienia zawrze umowę na takich samych warunkach.

A ponadto żadnej z kwestionowanych w treści odwołania kar umownych (pkt 7 lit. b), c) i d) nie można uznać za nadmierną i godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców. Kary umowne mają bowiem nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, gdyż mają dyscyplinować wykonawców w trakcie realizacji umowy. Żadna z nich nie narusza także przepisów ustawy Pzp. Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał. Kary umowne, a także mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w kodeksie cywilnym. Tak więc strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania.

zarzut 7 lit. a)

§ 11 ust. 1 projektu umowy zawiera następujące postanowienie „wykonawca ma obowiązek wykonania kluczowych części przedmiotu umowy, tj. czynności odbierania i transportu zmieszanych odpadów komunalnych oraz selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, z zastrzeżeniem postanowień art. 36a i art. 36b Pzp.”.

Odwołujący podniósł, iż przez to postanowienie zamawiający wykluczył możliwość powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 36a ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. Skoro więc zamawiający skorzystał z tego uprawnienia, wskazując jakie części zamówienia wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście, to nie można mu z tego tytułu czynić zarzutu. Wbrew twierdzeniom odwołującego istnieje możliwość wykonania określonych części zamówienia, niezastrzeżonych przez zamawiającego tym postanowieniem do

wykonania przez wykonawcę realizującego to zamówienie, przez podwykonawców. Zamawiający jako części zamówienia, które mogą być powierzone podwykonawcom wskazał w odpowiedzi na odwołanie m.in. następujące czynności: wyposażenie właścicieli nieruchomości w worki, uprzątnięcie rozsypanych odpadów podczas ich załadunku na śmieciarkę czy też donoszenie pojemnika. Nie wykluczył przy tym możliwości wykonania kluczowych części zamówienia przez podwykonawcę, o ile wykonawca na etapie składania ofert skorzysta z potencjału podwykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tak więc zarzut ten nie potwierdził się.

zarzuty: 7 lit. b) tiret 1, 7 lit. b) tiret 2

§ 12 ust. 1 lit. a) projektu umowy zawiera następujące postanowienie „za każdy przypadek odebrania odpadów z pojedynczej nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej w terminie niezgodnym z Harmonogramem - w wysokości 30 zł za pierwszy dzień opóźnienia, 40 zł za drugi, 60 zł za trzeci oraz 100 zł za czwarty i każdy następny dzień opóźnienia w stosunku do terminu wynikającego z Harmonogramu, przy czym jeżeli opóźnienie nie przekracza 7 dni, to łączna kara umowna z tego tytułu nie może przekroczyć kwoty 500 zł”.

§ 12 ust. 1 lit. b) projektu umowy zawiera następujące postanowienie „za każdy stwierdzony przypadek odebrania odpadów z pojedynczej nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej, z pojedynczej nieruchomości tzw. „mieszanej”, tj. takiej na której w części zamieszkują mieszkańcy a w części nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości niezamieszkanymi w terminie niezgodnym z Harmonogramem - w wysokości 200 zł za pierwszy dzień opóźnienia, 300 zł za drugi, 400zł za trzeci oraz 500 zł za czwarty i każdy następny dzień opóźnienia w stosunku do terminu wynikającego z Harmonogramu, przy czym jeżeli opóźnienie nie przekracza 7 dni, to łączna kara umowna z tego tytułu nie może przekroczyć kwoty 2 000 zł”

W ocenie Izby nie jest to kara wygórowana; wykonawca powinien bowiem odbierać odpady zgodnie z harmonogramem. Każde opóźnienie w odbiorze odpadów może powodować – jak słusznie podniósł zamawiający – zagrożenie dla standardów sanitarnych oraz środowiska naturalnego, jak również zaburzenie pracy instalacji, do których transportowane mają być odpady. Konsekwencją powyższego może być także niezadowolenie mieszkańców. Dlatego też koniecznym jest dyscyplinowanie wykonawców celem realizowania zamówienia zgodnie z przyjętym harmonogramem.

zarzut 7 lit. b) tiret 3

§ 12 ust. 1 lit. d) projektu umowy zawiera następujące postanowienie „za każdy dzień opóźnienia w przekazaniu kompletnego raportu miesięcznego, o którym mowa w § 5 ust. 3 Umowy-w wysokości 1 500 zł”

Wykonawca – zgodnie z punktem 9 OPZ „Sprawozdawczość” - zobowiązany jest do sporządzania miesięcznych i kwartalnych raportów, przy czym raporty miesięczne powinny być przekazane w terminie do 5 dni kalendarzowych od zakończenia miesiąca a po ich zweryfikowaniu i zaakceptowaniu przez zamawiającego stają się one protokołami odbioru usług i stanowią podstawę do wystawienia faktury. Tym samym uzasadnione jest aby były one sporządzone i przekazane zamawiającemu po zakończeniu danego okresu rozliczeniowego. A ponadto wysokość kar jest adekwatna do wagi składanych raportów.

zarzut 7 lit. b) tiret 4,

§ 12 ust. 1 lit. f) projektu umowy zawiera następujące postanowienie „za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania usług będących przedmiotem umowy”.

Nie jest to kara wygórowana; wykonawca zobowiązany jest bowiem zrealizować przedmiot zamówienia w sposób zgodny z wymogami OPZ i projektem umowy.

zarzut 7 lit. b) tiret 5

§ 12 ust. 1 lit. g) projektu umowy zawiera następujące postanowienie „za nieprzestrzeganie obowiązku trwałego i czytelnego oznakowania pojazdów zgodnie z pkt. 7.3 OPZ - w wysokości 1000 zł za każdy przypadek stwierdzenia naruszenia powyższego obowiązku”

Zdaniem Izby, wprowadzona kara umowna jest uzasadniona, gdyż obowiązek oznaczenia pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów wynika z przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz art. 24 ust. 6 i 7 ustawy o odpadach.

zarzut 7 lit. c)

Odwołujący podniósł, iż zamawiający nie przewidział procedury reklamacyjnej mającej na celu umożliwienie wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kar umownych.

Kary umowne, a także mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w Kodeksie cywilnym. Tak więc strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania.

Zarzuty: 7 lit. e) i 7 lit. f)

§ 14 ust. 2) projektu umowy zawiera następujące postanowienie „Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym, z winy wykonawcy” w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w §14 ust. 2 lit b) - g) projektu umowy, które – w ocenie odwołującego - zostały określone bardzo ogólnie i umożliwiają arbitralną ocenę.

§ 14 ust. 5) projektu umowy zawiera następujące postanowienie „w przypadkach wymienionych w § 14 ust. 2 lit. a) - d) projektu Umowy Zamawiający wezwie wykonawcę do świadczenia usług zgodnie z umową i wyznaczy mu w tym celu termin nie krótszy niż jeden dzień (kalendarzowy), po którego bezskutecznym upływie może powierzyć dalsze wykonywanie przedmiotu umowy innemu podmiotowi, a pełnymi kosztami tego wykonania obciąży wykonawcę, na co wykonawca wyraża zgodę”.

Umowa przewiduje prawo, a nie obowiązek wypowiedzenia umowy w przypadku zaistnienia enumeratywnie wymienionych okoliczności. Okoliczności te, wbrew twierdzeniom odwołującego, zostały precyzyjnie określone. Natomiast wskazana przykładowo przez odwołującego okoliczność określona w §14 ust. 2 lit. c) jest rzeczywiście na tyle istotna, że jej zaistnienie mogłoby skutkować tak drastycznymi konsekwencjami. Należy bowiem pamiętać, iż to zamawiający jest odpowiedzialny za zapewnienie czystości i porządku na terenie gminy, jak i stworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania. Tak więc i termin na przystąpienie do świadczenia usług zgodnie z umową – na skutek wezwania zamawiającego – jest konsekwencją ciążących na zamawiającym obowiązków i jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, iż zakwestionowane przez odwołującego postanowienia projektu umowy Izba oceniała pod kątem ich zgodności z przepisami stwierdzając, iż nie naruszają one bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Zamawiający **uwzględnił zarzut 1, 3, 4, 6 lit. a) i 6 lit. e) oraz 7 lit. b) tiret 6 i 7 lit. d)**, dokonując w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ stosownych modyfikacji (dowody dokonania, których załączył do odpowiedzi na odwołanie). Fakt dokonania modyfikacji nie był kwestionowany przez odwołującego. A ponieważ Izba ocenia sprawę biorąc pod uwagę stan istniejący stan faktyczny na dzień, do którego strony i uczestnicy postępowania mogli przytaczać fakty i dowody, zatem na dzień zamknięcia rozprawy, to za niezasadne należy uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego, który nie istniał w chwili zamknięcia rozprawy. Bezprzedmiotowym jest więc rozstrzygnięcie przez Izbę zarzutów, które zamawiający już rozpatrzył i dokonał czynności zgodnie z żądaniem odwołującego, powodując tym samym, iż spór pomiędzy stronami w tym zakresie nie jest już aktualny. Powyższe nie ma więc i nie może mieć wpływu na wynik tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony oraz uczestnika postępowania na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600, 00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....