

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy Sp.k.

Kancelaria Prawna Schampera,
Dubis, Zajac i Wspólnicy Sp. k.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

ul. Kazimierza Wielkiego 3
50-077 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.schindhelm.com

Sąd Rejonowy
dla Wrocławia Fabrycznej
VI Wydział Gospodarczy KRS
KRS: 0000131331
NIP: 895-17-80-757
REGON: 932832704

Biuro:

Telefon:

E-Mail:

Wrocław

0048 71 326 51 40

wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 28 stycznia 2019

Odwołujący: Eneris Surowce S.A., adres: ul. Zagnańska 232A, 25-563 Kielce, zastępowany przez radcę prawnego Katarzynę Skibę – Kuraszkiewicz, Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy Sp. k., ul. Kazimierza Wielkiego 3, 50-077 Wrocław, fax: +48 71 326 51 41, e-mail: ksk@sdzlegal.pl, wroclaw@sdzlegal.pl

Zamawiający: Gmina Strzegom, Rynek 38, 58-150 Strzegom, email: strzegom@strzegom.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Strzegom*”, numer referencyjny: WliZP.271.1.2019.IP

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 18 stycznia 2019 r. pod numerem 2019/S 013-026486



28 stycznia 2019

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018r., poz. 1986 ze zm., dalej jako: „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego mających miejsce w wyżej wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- dokonaniu nieprawidłowego, sprzecznego z przepisami ustawy Pzp opisu przedmiotu zamówienia,
- postawieniu kryteriów oceny ofert sprzecznych z przepisami ustawy Pzp,

tj. od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego **zarzucam** naruszenie:

- (1) art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:
 - zaniechania podania maksymalnej ilości odpadów komunalnych poszczególnych frakcji (rodzajów), których odbiór i zagospodarowanie jest objęte przedmiotem zamówienia;
 - przyjęcia zbyt krótkiego terminu, w którym wykonawca ma przystąpić do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów;
 - zaniechania podania ilości pojemników, które wykonawca ma odpowiednio dostarczyć właścicielom nieruchomości (pojemniki „BIO”), zaoferować właścicielom nieruchomości do sprzedaży, najmu, dzierżawy lub udostępnienia ich w innej formie oraz oznakować w sposób zgodny z wymogami SIWZ;
 - zaniechania podania wymaganych przez Zamawiającego w roku 2021r. poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami wskazanymi w SIWZ frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;

Taki opis przedmiotu zamówienia jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości odpadów komunalnych, jakie mogą zostać wytworzone w okresie realizacji zamówienia w gminie, czy związanego z odpowiednim przygotowaniem się do realizacji zamówienia w krótkim czasie,



co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej i charakteru przyjętego modelu wynagrodzenia (przyjęcia ceny ryczałtowej), ograniczonej możliwości zmiany umowy oraz licznych i wysokich kar umownych za niedochowanie wymogów SIWZ, co stanowi o naruszeniu art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 Pzp.

Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert i braku proporcjonalności i przejrzystości, a więc narusza także art. 7 Pzp.

- (2) **art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp** poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, zaburzający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i niegwarantujący równego traktowania wykonawców, w zakresie, w jakim Zamawiający przewidział wygórowane kary umowne za niedochowanie przez wykonawców, naliczane także za opóźnienie wykonawcy,
- (3) **art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp i art. 7 Pzp** poprzez określenie w pkt 15 SIWZ w sposób niejednoznaczny kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej odnoszącego się do ilości zadeklarowanych „Akcji edukacyjnych dotyczących promocji selektywnej zbiórki odpadów komunalnych”.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę** o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- a) podanie maksymalnej ilości odpadów komunalnych poszczególnych rodzajów (frakcji), których odbiór i zagospodarowanie stanowi przedmiot zamówienia;
- b) określenie, że wykonawca ma rozpocząć usługę wywozu (odbioru) odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w terminie minimum 30 dni od dnia zawarcia umowy;
- c) zmianę pkt 2.4.17 SIWZ oraz odpowiednio § 5 ust. 5 wzoru umowy poprzez wskazanie maksymalnej liczby pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych „BIO” (kolor brązowy) oraz pojemników koloru żółtego i czarnego, poszczególnych pojemności, których dostawa jest objęta przedmiotem zamówienia, oraz odpowiednio maksymalnej ilości worków w tych kolorach, które ma dostarczyć wykonawca;
- d) podanie liczby i rodzajów pojemników na odpady, które wykonawca ma objąć ofertą zakupu, najmu, dzierżawy lub przyjęcia do dysponowania w innej formie pojemników na odpady sporządzoną dla właścicieli nieruchomości oraz obniżenie wysokości kary umownej wskazanej w § 12 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, w przypadku braku pojemników, do 10 zł;



- e) wykreślenie pkt 2.4.23 SIWZ, względnie doprecyzowanie zasad, na jakich odbyć ma się inwentaryzacja pojemników „BIO” po zakończeniu realizacji zamówienia i ceny, po jakiej pojemniki te mają zostać odsprzedane kolejnemu wykonawcy zamówienia;
- f) podanie liczby i rodzajów pojemników na odpady, które wykonawca ma oznaczyć zgodnie z § 5 ust. 8 wzoru umowy oraz § 5 ust. 13 ppkt 5 lp. 24 wzoru umowy oraz wyłączenie możliwości nałożenia na wykonawcę kary umownej, o której mowa w § 12 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy w sytuacji, gdy brak oznakowania będzie wynikał z przyczyn od wykonawcy niezależnych, w szczególności braku udostępnienia przez właściciela pojemnika w celu wykonania usługi;
- g) zmianę pkt 2.4.2. Tabela 2 SIWZ poprzez wskazanie wiążących na rok 2021 poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami wskazanych w SIWZ frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz wskazanie mechanizmu, według którego ustalane będzie, czy dany poziom został osiągnięty w sytuacji, gdy Wykonawca nie będzie realizował przedmiotu umowy w całym roku kalendarzowym;
- h) zmianę § 12 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy poprzez zmianę wysokości kary umownej za brak odebrania odpadów komunalnych lub opóźnienie odbioru odpadów w stosunku do terminów określonych w harmonogramie i obniżenie jej do 10 zł i przyjęcie, że kara będzie liczona za każdy dzień zwłoki;
- i) doprecyzowanie, że jedna „Akcja edukacyjna dotycząca promocji selektywnej zbiórki odpadów komunalnych” w jednej placówce edukacyjnej ma trwać 2 godziny lekcyjne (1,5h).

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – będące konsekwencją żądanych zmian.

Dodatkowo Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu na składanie ofert o czas niezbędny do naniesienia na przygotowywane oferty zmian wywołanym nakazanymi przez Izbę zmianami SIWZ.

Interes

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, *na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej*



28 stycznia 2019

szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...) (tak KIO w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12).

Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia utrudniają mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może się wiązać z realizacją zamówienia.

Uzasadnienie

Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 18 stycznia 2019 r. (pod numerem 2019/S 013-026486) Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. **„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Strzegom”**.

W dniu 18 stycznia 2019r. Zamawiający opublikował również na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia dla tego postępowania (SIWZ). Załącznikiem nr 9 do SIWZ jest Wzór umowy.

Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że termin na wniesienie niniejszego odwołania został zachowany.

Szczegółowa analiza zapisów dokumentów składających się na SIWZ prowadzi do wniosku, że Zamawiający dopuścił się w niniejszym postępowaniu szeregu naruszeń obowiązujących przepisów prawa, które szczegółowo zostaną opisane w niniejszym odwołaniu.

I. Opis przedmiotu zamówienia.

1. Ilość odpadów komunalnych, których odbiór i zagospodarowanie stanowi przedmiot zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Rozdz. 2 SIWZ oraz we wzorze umowy.

W pkt 2.2. SIWZ Zamawiający określił zakres zamówienia, wskazując, że wykonawca ma odebrać i zagospodarować w ramach umowy:

- niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - **w ilości nieograniczonej,**



- odpady segregowane – papier, szkło, metale i odpady tworzyw sztucznych, odpady ulegające biodegradacji, odpady wielkogabarytowe oraz choinki – **w ilości nieograniczonej.**

Jednocześnie Zamawiający w pkt 2.3. SIWZ poprzestał na podaniu bardzo ogólnych informacji o gminie, w tym wskazał liczbę nieruchomości, z których odpady mają być odbierane oraz ilość odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości w 2017r. (z podziałem na nieruchomości niezamieszkałe i zamieszkałe oraz na ww. frakcje odpadów).

Warto przy tym zaznaczyć, że Zamawiający przyjął równocześnie ryczałtowy model wynagrodzenia, wprost wskazując w § 10 ust. 2 wzoru umowy, że wynagrodzenie wykonawcy obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu umowy.

Dodatkowo, Zamawiający, wprowadzając postanowienia, do których odnosi się art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, nie przewidział możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, a wręcz przeciwnie, w postanowieniu dotyczącym dopuszczalności zmiany umowy w razie zmiany obowiązujących przepisów prawa, wprost wyłączył możliwość zmiany wynagrodzenia (§ 13 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy).

W tej sytuacji wykonawca, opierając się na szacunkowych informacjach zawartych w SIWZ odnoszących się do powierzchni gminy, czy ilości odpadów komunalnych odebranych z jej terenu w 2017r., w celu złożenia oferty musi *de facto* samodzielnie ustalić, jaka ilość odpadów komunalnych może zostać wytworzona na terenie gminy w okresie realizacji umowy (w okresie kolejnych 24 miesięcy), co jest obiektywnie niemożliwe, dodatkowo ponosząc w całości ryzyko związane ze zmianą ilości wytwarzanych w gminie odpadów komunalnych, np. z uwagi na zmiany ilości osób zamieszkujących gminę.

Taki opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 Pzp i podstawowe zasady systemu zamówień publicznych, w tym zasadę równej i uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnie, od momentu wejścia w życie przepisów wprowadzających tzw. rewolucję śmieciową (nowelizacja przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 2012r.), stoi na następującym stanowisku:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien podać wykonawcom dokładne i kompletne dane dotyczące przedmiotu zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji między wykonawcami. Niesporne jest, iż przetarg w tym zakresie organizowany jest po raz pierwszy, a zamawiający ani żaden inny podmiot nie posiada dokładnych, miarodajnych i globalnych informacji o tym, ile odpadów zostanie zebranych, ile i jakie pojemniki będzie należało zapewnić dla danych nieruchomości, gdzie i ile istnieje punktów odbioru odpadów itd. Zrozumiałe jest zatem, iż zamawiający posługuje się danymi szacunkowymi. Nie oznacza to jednak, iż co do niektórych okoliczności zamawiający nie może sporządzić dokładnego i



uwzględniającego wymagania i okoliczności przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wykonawcom prawidłowe sporządzenie ofert. Chodzi tu przede wszystkim o okoliczności wskazane w punktach 1.3.-1.5. sentencji wyroku, które, nawet jeśli są nieznanne, jako przedmiot zamówienia w łatwy sposób mogą zostać dookreślone odpowiednimi postanowieniami umownymi.

Zamawiający musi więc w bardziej dokładny sposób określić zakres zobowiązania wykonawców. Jest to szczególnie istotne z powodu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego niezależnie od rzeczywistego rozmiaru wykonanych prac. Nie oznacza to jednak, iż zobowiązania stron już z założenia mają być potencjalnie wzajemnie nieekwiwalentne, a wykonawca być zobowiązany do świadczenia o kompletnie nieokreślonym zakresie i koszcie, nie mającego żadnych granic poza czasowymi. Z tego powodu zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno):

1. maksymalną ilość odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach przewidzianego wynagrodzenia ryczałtowego, (...)

Maksymalna ilość odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach przewidzianego wynagrodzenia ryczałtowego nie oznacza ilości odpadów, która zostanie rzeczywiście wytworzona w Warszawie, a która jest nieznaną, lecz wartość, której będzie dotyczyła umowa lub pewne jej postanowienia. Może ona kształtować się na dowolnym realnym poziomie, np. wskazanych przez zamawiającego górnych granic przewidywanych strumieni odpadów lub na tych granicach zwiększonych o dany procent. Ze względu na to, iż odbiór odpadów komunalnych jest głównym przedmiotem umowy, zamawiający dodatkowo powinien wyraźnie wskazać, czy po osiągnięciu podanej ilości maksymalnej odpadów umowa zostanie uznana za wykonaną (tj. zakończy się przed upływem 36 miesięcy), czy też wykonawcy będzie przysługiwało zwiększenie wynagrodzenia i w jaki sposób.

Pozwoli to wykonawcom na złożenie odpowiednich ofert, a także porównywalnych między sobą, gdyż przy obecnie przyjętym rozwiązaniu wykonawcy mogą zastosować odmienne podstawy wyceny ofert, np. średnia przewidywana ilość odpadów według szacunku zamawiającego, górna granica szacunków zamawiającego, każda z tych ilości powiększona lub pomniejszona o jakiś procent albo też ilość wynikająca z własnych szacunków wykonawcy. To z kolei powoduje wątpliwości, czy zostaną wybrane oferty realnie najkorzystniejsze, czy też niedoszacowane.

(wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13).

Izba w przywołanym wyroku słusznie zauważa, że brak wskazania maksymalnej ilości odpadów



komunalnych objętych przedmiotem zamówienia (z podziałem na poszczególne frakcje), prowadzi może do sytuacji, w której złożone oferty będą nieporównywalne. Pojęcie „w ilości nieorganicznej” może być różnie rozumiane przez wykonawców, co może doprowadzić do tego, że wycenią oni koszty odbioru i zagospodarowania różnej ilości odpadów komunalnych. **Oferta z ceną niższą w tej sytuacji może więc nie być dla Zamawiającego ofertą najkorzystniejszą, jeśli niska cena będzie wynikiem wyłącznie niedoszacowania ilości odpadów objętych przedmiotem zamówienia.**

Warto przy tym zaznaczyć, że zastosowanie takiego rozwiązania, z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie – brak wskazania ilości odpadów przy wynagrodzeniu ryczałtowym – tylko pozornie może ułatwić Zamawiającemu wykonywanie zadania publicznego, w tym zmniejszyć jego koszty. W rzeczywistości racjonalnie działający wykonawcy, przy braku danych w SIWZ i dużym ryzyku gospodarczym z tym związanym, zawyżają ceny by odpowiednio zminimalizować to ryzyko. Ceny w przetargu są więc wyższe, niż gdyby całość ryzyka gospodarczego nie była przerzucona na wykonawcę. Z kolei wykonawcy, którzy decydują się na niskie ceny – ceny nie uwzględniające wspomnianego ryzyka gospodarczego (np. ustalone dla minimalnych ilości odpadów) – mają problemy z prawidłową realizacją zamówienia, a w skrajnych przypadkach, od umów odstępują. Dodatkowe koszty, jakie musi ponieść w takich sytuacjach Zamawiający i związane z tym utrudnienia dla mieszkańców gminy, są znaczne.

2. Termin realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 3.1. SIWZ, termin realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące liczone od dnia zawarcia umowy.

W zakresie usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, SIWZ nie wskazuje wprost terminu, w jakim wykonawca ma przystąpić do jej świadczenia. Z § 14 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy wynika jednak, że Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od całości lub w części umowy **także w przypadku nie rozpoczęcia przez Wykonawcę wywozu odpadów komunalnych w ciągu 3 dni roboczych od dnia podpisania umowy.**

Zestawienie tych dwóch postanowień prowadzi do wniosku, że wykonawca musi rozpocząć odbiór (wywóz) odpadów komunalnych w terminie 3 dni roboczych od dnia podpisania umowy.

Tak określony termin, zwłaszcza dla wykonawcy, który obecnie nie realizuje zamówienia, jest obiektywnie niemożliwy do dochowania. Wykonawca musi zabezpieczyć odpowiednią liczbę pojemników na odpady w celu zaoferowania ich właścicielom nieruchomości (zakup, najem, dzierżawa lub inna oferta), przygotować odpowiednią liczbę pojazdów do wykonania usługi oraz zapewnić pracowników do jej wykonywania. Wykonawca musi także zapoznać się z miejscem świadczenia



28 stycznia 2019

usługi, w tym uzgodnić z właścicielami poszczególnych nieruchomości sposób odbierania odpadów komunalnych z pojemników w zamkniętych boksach (§ 5 ust. 12 pkt 3 wzoru umowy).

Zamawiający zakłada, że wykonawca będzie realizował zamówienie od 1 kwietnia 2019r. (do tej daty Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki), co biorąc pod uwagę termin złożenia ofert i terminy wynikające z przepis Pzp, oznacza, że do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego musiałoby dojść w pierwszym możliwym terminie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Trudno przy tym oczekiwać od wykonawcy by ten, nie mając jeszcze ostatecznej decyzji o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, był już gotowy do świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego. W praktyce, wykonawcy pozostaje wskazane powyżej 3 dni robocze na zorganizowanie realizacji całej umowy, co jest terminem obiektywnie zbyt krótkim by ww. obowiązki zrealizować prawidłowo.

Dodatkowo zaznaczyć należy, że zgodnie z § 5 ust. 10 wzoru umowy, wykonawca ma obowiązek sporządzić harmonogramy na poszczególne miesiące trwania umowy, zgodnie z częstotliwością ich odbioru i przedłożyć je Zamawiającemu w formie elektronicznej do akceptacji w terminie **5 dni roboczych od podpisania umowy**. Zamawiający ma kolejno bliżej nie określony czas na ich akceptacje, a po zaakceptowaniu projektu harmonogramu przez Zamawiającego, Wykonawca będzie zobowiązany na własny koszt do dystrybucji go wśród właścicieli nieruchomości objętych umową, nie później niż w terminie **2 dni roboczych**.

W świetle powyższego wykonawca musi przystąpić do realizacji usługi odbioru odpadów jeszcze przed ustaleniem harmonogramu jej realizacji, bowiem nie przystąpienie do realizacji zamówienia może skutkować rozwiązaniem umowy przez Zamawiającego. Należałoby więc zadać pytanie, jak w tej sytuacji wykonawca ma realizować zamówienie – stworzyć własny „tymczasowy” harmonogram, skorzystać z dotychczas obowiązującego w gminie harmonogramu? Zapisy SIWZ nie dają odpowiedzi na to pytanie.

Podobne wątpliwości budzą zapisy § 5 ust. 23 wzoru umowy, gdzie wskazano, że Wykonawca wyposaży pojazdy do odbioru odpadów w system wagowy z pomiarem dynamicznym, który ma być dostosowany do pojemników przeznaczonych do odbioru odpadów zmieszanych. Z zapisu tego nie wynika, czy pojazdy mają być wyposażone w wagi od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, czy – tak, jak w przypadku systemu RIFD jako takiego – czas na doposażenie samochodów to 3 miesiące.

Za wyrokiem Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13:

Zamawiający w powyższym postanowieniu nie uwzględnił specyfiki i rozmiaru usługi, a więc, iż wykonawca będzie musiał się do świadczenia tej usługi przygotować poprzez co najmniej: ustalenie ilości, lokalizacji i właścicieli punktów odbioru odpadów, uzgodnienie z tymi właścicielami kwestii pojemników oraz dostępu do punktów odbioru odpadów, obliczenie ilości i rodzaju pojemników na



28 stycznia 2019

odpady, zakup i rozwieszenie do punktów odbioru odpadów odpowiedniej ilości pojemników, ewentualnie zakup, wynajęcie lub zamiana pojemników już wykorzystywanych w danych nieruchomościach, co jest - zwłaszcza wobec braku danych ze strony zamawiającego - procesem pracochłonnym, niemożliwym do zrealizowania już w dniu zawarcia umowy. (Oczywiście owe wstępne czynności wykonawca powinien podjąć co najmniej z dniem zawarcia umowy.)

Z argumentacji zamawiającego przedstawionej podczas rozprawy wynika, iż nie ma on żadnej realnej koncepcji, jak tę usługę w szybki sposób wdrożyć. Kwestia ta jest jednak istotna dla opisanego, a następnie realizacji zamówienia i jest elementem, który wykonawca musi móc skalkulować w swojej ofercie (choćby zaangażowanie dodatkowych osób i pojazdów, wysokość grożących kar umownych). Zatem konieczna jest zmiana wymogów zamawiającego poprzez określenie odpowiedniego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, w szczególności na dostarczenie pojemników na odpady. Jednocześnie Izba nie określa, jaki termin liczony w liczbie dni jest odpowiedni, gdyż zależy to od okoliczności, które będą istniały w chwili zawarcia umowy, jak np. czy okres na wdrożenie realizacji usługi nastąpi przed czy po zawarciu umowy, długość okresu pomiędzy ostatecznym wyborem wykonawcy a zawarciem z nim umowy, dodatkowymi danymi o punktach odbioru odpadów lub rodzajach nieruchomości przekazanych wykonawcom, kampania informacyjna zamawiającego dla mieszkańców w zakresie sposobu realizacji umowy itp. działaniami mogącymi usprawnić wdrożenie usługi. W przypadku, gdy z postanowień umowy lub okoliczności będzie wynikać, że wykonawca musi wykonać ww. czynności już po zawarciu umowy, celowe będzie wprowadzenie okresu karencji w naliczaniu niektórych kar umownych.

3. Pojemniki.

W § 5 ust. 5 wzoru umowy, wskazano, że wykonawca ma obowiązek dostarczyć pojemniki do zbierania odpadów komunalnych - koloru brązowego, oznaczonych napisem „BIO”, o pojemności zgodnej z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Strzegom, do zbierania odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów. W SIWZ nie wskazano jednak liczby pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności), jakie ma dostarczyć wykonawca w ramach tego zobowiązania umownego. W SIWZ Zamawiający podał jedynie odpowiednio szacunkową ilość miejsc odbioru tych odpadów oraz szacunkową ilość pojemników – ustaloną procentowo względem szacunkowej ilości miejsc odbioru odpadów. Obie wskazane wartości, jak podkreślono w SIWZ, są szacunkowe, a więc nie mają wiążącego charakteru.

Koszt dostawy na rzecz właścicieli nieruchomości pojemników „BIO” musi być objęty ceną ofertową, przy czym ustalenie tego kosztu - w sytuacji, gdy brak jest danych o ilości pojemników, które muszą być objęte ceną ofertową - jest w zasadzie niemożliwe. Zaznaczyć przy tym należy, że



biorąc pod uwagę wielkość gminy, koszt zapewnienia odpowiedniej ilości pojemników „BIO” będzie znaczącym kosztem po stronie wykonawcy.

Dodatkowo, w § 5 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający podał, że Wykonawca zobowiązany jest do:

- 1) nieodpłatnego wyposażenia właścicieli nowopowstałych nieruchomości w oznakowane pojemniki w kolorze brązowym stosownie do przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz. U. z 2017 r. poz. 19 z późn. zm.), w terminie do trzech dni od dnia przyjęcia zgłoszenia. **W przypadku właścicieli zabudowy jednorodzinnej**, którzy zadeklarowali zbiórkę odpadów w workach, Wykonawca odpłatnie doposaży ich w worek koloru brązowego,
- 2) odpłatnego wyposażenia właścicieli nowopowstałych nieruchomości w oznakowane pojemniki w kolorze żółtym i czarnym lub w przypadku **właścicieli zabudowy jednorodzinnej**, którzy zadeklarowali zbiórkę odpadów w workach – worek koloru żółtego i koloru czarnego w terminie do trzech dni od dnia przyjęcia zgłoszenia.

Wykonawca, wobec braku stosownych danych w SIWZ, nie ma wiedzy, jaka część właścicieli nieruchomości w systemie zabudowy jednorodzinnej zdecyduje się (teraz lub w przyszłości) na zmianę pojemnika na worek (i odwrotnie). Informacja ta jest jedną z kluczowych informacji dla wyceny oferty wykonawcy, skoro po pierwsze, koszt dostawy na rzecz właściciela nieruchomości pojemnika jest zdecydowanie wyższy niż worka, a po drugie, wykonawca musi mieć dla potrzeb realizacji tych obowiązków zabezpieczone odpowiednie ilości worków i pojemników. Brak dostawy pojemnika/worka w odpowiednim terminie skutkuje bowiem – o czym szerzej poniżej – naliczeniem wysokich kar umownych.

Zaznaczyć należy, że także w tym przypadku brak w SIWZ informacji, o których mowa, skutkować może nieporównywalnością ofert. Każdy wykonawca może odmiennie szacować ilości pojemników „BIO” i innych/worków koniecznych do dostarczenia właścicielom nieruchomości, co z kolei może stanowić źródło istotnych dysproporcji pomiędzy zaoferowanymi cenami.

W tej sytuacji, czyniąc zadość wymaganiom art. 29 Pzp, obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie w SIWZ maksymalnej ilości pojemników poszczególnych rodzajów, których dostawa leży w zakresie obowiązków wykonawcy. Tylko wprowadzenie takiej informacji do opisu przedmiotu zamówienia, pozwoli na jednoznaczne ustalenie przez wykonawców zakresu ryzyka, jakie w związku z umową przyjmują na siebie, a w konsekwencji na złożenie przez nich porównywalnych ofert. Brak wskazania w SIWZ, jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy w zakresie dostawy pojemników, prowadzić będzie



28 stycznia 2019

do pełnej dowolności wykonawców przy ustaleniu ryzyka i kosztów związanych z dostawą pojemników, a więc będzie skutkowało złożeniem przez wykonawców ofert nieporównywalnych.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, przykładowo w wyroku w sprawach o sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13, czytamy:

Zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno): (...) maksymalną ilość i rodzaj pojemników oraz ilość worków, jakie ma wykonawca dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. (...) Jak wskazywali wykonawcy, jest to znacząca kosztowo pozycja, którą będą musieli ująć w cenie oferty (do 80.000 pojemników). Brak wystarczających danych jest więc istotną przeszkodą w sporządzeniu prawidłowej oferty oraz ofert porównywalnych. Podobnie jak w przypadku ilości odpadów zamawiający powinien też wskazać, czy po przekroczeniu maksymalnej ilości pojemników i worków wykonawcy będą zwolnieni z obowiązku dalszego dostarczania pojemników i worków, czy też będzie im przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie i w jakiej wysokości. Alternatywnie zamawiający może też ilościowo (kosztorysowo) określić wynagrodzenie za dostawę worków lub pojemników danego rodzaju.

Również w wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 r. (KIO 786/13) Izba nakazała Gminie: *zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący umożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez:*

- 1) dookreślenie ilości pojemników wymaganych przez zamawiającego co do nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych,*
- 2) dookreślenie pojemności pojemników co do nieruchomości wielorodzinnych na poziomie od 0,6 do 7 m³,*
- 4) dookreślenie - w zakresie bezpłatności udostępnienia pojemników właścicielom nieruchomości - konieczności skalkulowania przez wykonawców kosztów z tym związanych w cenie ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia;*

Izba uzasadniła: *zapisy zawarte w SIWZ co do ilości pojemników wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, a których wartość powinna być skalkulowana przez wykonawców w ich ofertach, są na tyle nieprecyzyjne, że powyższe znacznie utrudnia a wręcz uniemożliwia wykonawcom prawidłową wycenę ofert. W efekcie powyższe może też prowadzić do nieporównywalności ofert, które miałyby być złożone przez wykonawców w oparciu o takie postanowienia SIWZ (...) Pojemniki, które mają zostać udostępnione mieszkańcom w sposób bezpłatny - zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - stanowią istotny element zakresu przedmiotu zamówienia, który podlega wycenie przez wykonawców, co także w sposób niewątpliwy nie*



zostało określone w postanowieniach SIWZ (...) **Zapis dotyczący ilości wymaganych pojemników powinien określać konkretną - maksymalną ilość pojemników wymaganych w niniejszym postępowaniu dla nieruchomości wielorodzinnych.** Podobna jest sytuacja, jeśli chodzi o nieruchomości jednorodzinne, co do których wątpliwości są jeszcze większe. Sam zresztą Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że nie posiada w tym zakresie wiedzy, ile pojemników będzie koniecznych do dostarczenia w ramach przedmiotu świadczenia. Podkreślił, że wiedzę tę pozyska dopiero po złożeniu i analizie deklaracji składanych przez mieszkańców Gminy. Wyjaśnił też, że wówczas, jeszcze przed otwarciem ofert, poda te dane wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie. Powyższe potwierdza, że **opis przedmiotu zamówienia nie został na tym etapie postępowania sporządzony przez Zamawiającego prawidłowo, a zatem wymaga istotnej zmiany, która umożliwi wykonawcom właściwą wycenę swojej oferty, a Zamawiającemu da porównywalne oferty w trakcie czynności ich badania i oceny.** (...)

Zamawiający mając możliwość korzystania z różnych technik ustalenia zakresu przyszłego świadczenia (szczegółowe obliczenie, szacunek w oparciu o określone dane), powinien w sposób jednoznaczny i precyzyjny opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby możliwe było dokonanie jego wyceny.

Słuszność żądania Wykonawcy potwierdza także najnowsze orzecznictwo Izby, dla przykładu można tu wskazać wyrok KIO z dnia 8 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18, w którym czytamy:

Nie było sporu co do tego, że Zamawiający podał co prawda w OPZ szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości, nigdzie w OPZ nie określił jednak maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

Istota rozstrzyganego zarzutu sprowadza się rozwikłania kwestii, związanej z wypełnieniem przez Zamawiającego przesłanek zawartych w art. 29 ust. 1 Pzp, a także odpowiedzią na pytanie, czy informacje podane przez Zamawiającego w specyfikacji, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości spełniają wymagania art. 29 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Istotność opisu przedmiotu zamówienia jako obligatoryjnego element każdej specyfikacji wynika z



jego wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawia się w tym, że to na podstawie jego treści wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia przygotowują oferty. W związku z tym Zamawiający jako podmiot zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia powinien sporządzić go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp oznacza to, że na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie wystarczająco precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych określeń. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać pełen katalog informacji w zakresie rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację, ponieważ jest on podstawą służącą obliczenia ceny za wykonanie zamówienia.

Powtarzając za M. Jaworską¹ stwierdzić należy, że: "Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 Pzp i stanowi podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania. W jednym z wyroków KIO wskazała, że obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO z 18.5.2015 r., KIO 897/15, Legalis)".

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający podał co prawda w OPZ szacunkowe dane ilościowe, dotyczące liczby pojemników i ich typów przypisanych do nieruchomości, jednak nigdzie w OPZ nie określił maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Bez wątpienia informacja w zakresie maksymalnej liczby oraz pojemności pojemników i worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia jest informacją niezwykle istotną z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, z uwagi na jej znaczący wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z związanych z realizacją tego elementu przedmiotu



28 stycznia 2019

zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a także może prowadzić do nieporównywalności ofert. Konsekwencją powyższego jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Powyżej przywołane stanowisko Izby, w pełni potwierdza zasadność stanowiska Odwołującego.

Kolejno podnieść należy, że zgodnie z §5 ust. 7 wzoru umowy (odpowiednio pkt 2.4.18 SIWZ), wykonawca - **w zakresie zapewnienia właścicielom nieruchomości możliwości zakupu, najmu, dzierżawy lub przyjęcia w innej formie do dysponowania pojemników na odpady komunalne – ma obowiązek:**

- 3) przedłożyć wszystkim właścicielom nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie gminy Strzegom **ofertę zakupu, najmu, dzierżawy lub przyjęcia do dysponowania w innej formie pojemników na odpady w terminie 7 dni roboczych od dnia podpisania umowy w szczególności poprzez:**
 - a) pisemne powiadomienie właścicieli nieruchomości, zarządów, zarządców, administratorów i spółdzielni mieszkaniowych oraz poprzez obwieszczenie na tablicach, słupach ogłoszeniowych,
 - b) umieszczenie oferty na własnej stronie internetowej i eksponowanie jej przez cały okres świadczenia usługi,
- 4) **świadczyć, na zlecenie właścicieli nieruchomości usługi z zakresu zakupu, najmu, dzierżawy lub przekazania w innej formie do dysponowania pojemników przez cały czas trwania umowy.**

Dodać należy, że wzór umowy w § 12 ust. 1 pkt 2 przewiduje karę umowną za każde **niezapewnienie w ramach świadczenia usługi zadeklarowanej ilości wymaganego sprawnego sprzętu lub pojemników na odpady - w wysokości 500,00 zł** za każdą brakującą jednostkę sprzętu lub pojemnik za każdy dzień,

Jak wynika z powyższego, wykonawca w ramach zaoferowanej ceny nie musi uwzględnić kosztów wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki na odpady (inne niż pojemniki na odpady biodegradowalne). Koszty te ponoszą bezpośrednio właściciele nieruchomości. Jego obowiązkiem pozostaje jednak świadczenie na rzecz właścicieli nieruchomości usług zmierzających do zapewnienia im pojemników na wszystkie odpady, przy czym należyte wykonanie tego obowiązku jest zabezpieczone sankcją w postaci kary umownej.

W tej sytuacji, wykonawca by móc należycie zrealizować obowiązek „w zakresie zapewnienia właścicielom nieruchomości możliwości zakupu, najmu, dzierżawy lub przyjęcia w innej formie”, tj.



na czas złożyć właścicielom nieruchomości ofertę wyposażenia ich w pojemniki i w dalszej kolejności pojemniki te im dostarczyć, musi wiedzieć, jaką liczbą pojemników wykonawca ma dysponować.

Tymczasem, w zapisach SIWZ brak jest informacji, która pozwoliłaby wykonawcy ustalić, jaką liczbą pojemników i jakich rodzajów (w tym kolorów) ma dysponować, by móc zrealizować przedmiot umowy. Zamawiający nie podaje bowiem w SIWZ nawet informacji, jaka liczba i rodzaj pojemników jest obecnie wykorzystywana na terenie gminy do zbierania odpadów (Zamawiający podaje tylko liczbę pojemników „dużych” – 1100l i 1500l do zbierania odpadów selektywnych w tzw. gniazdach).

Warto zaznaczyć, że jeśli tego typu informacje nie będą zawarte w SIWZ, na etapie realizacji może dojść do takiej sytuacji, że właściciele nieruchomości będą musieli oczekiwać na pojemniki przez dłuższy czas (czas konieczny na ich zamówienie u producenta i dostarczenie do wykonawcy). Ryzyko wystąpienia takiej sytuacji i potencjalnej możliwości nałożenia wtedy na wykonawcę kary umownej, jest wysokie.

Zaznaczyć bowiem w tym miejscu dodatkowo należy, że Zamawiający przewidział bardzo wysoką karę umowną na taki wypadek, tj. kara za brak świadczenia usługi względem pojemników to 500 zł za każdy dzień. Kara umowna za jeden dzień opóźnienia w realizacji usługi jest kilkukrotnie większa niż koszt zakupu pojemnika i kilkukrotnie większa niż koszt świadczenia całej usługi (odbiór i zagospodarowanie odpadów) na rzecz właściciela nieruchomości w skali miesiąca. Kara umowna może zostać nałożona jako wielokrotność 500 zł, kara jest bowiem liczona za każdy dzień, za każdy pojemnik. Wysokość kary umownej pozostaje więc nieadekwatna nie tylko do potencjalnej szkody, jaka może powstać po stronie zamawiającego, ale i potencjalnej szkody i „uciążliwości” dla właściciela nieruchomości (który w pojemnik na odpady może według własnego wyboru zaopatrzyć się też u innego dostawcy).

Informacja o ilości obecnie wykorzystywanych w gminie pojemników (i ich rodzaju) jest także istotna w kontekście innych obowiązków nałożonych na wykonawcę, w szczególności obowiązku:

- oznakowania w terminie **30 dni roboczych od dnia podpisania umowy** wszystkich pojemników, na nieruchomościach objętych umową, co do informacji o rodzaju odpadów, nazwy lub loga wraz z numerem telefonu Wykonawcy lub Podwykonawcy (§ 5 ust. 8 wzoru umowy),
- wyposażenia wszystkich pojemników w transpondery RIFD (istniejące i nowo podstawione) (§ 5 ust. 13 pkt 5 lp. 24 wzoru umowy).

Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z zakupem oznakowania i transponderów RIFD, jeżeli nie wie, jaką liczbę pojemników ma objąć usługą.

Warto przy tym zaznaczyć, że pojemniki, które mają zostać objęte ww. usługami nie koniecznie będą stanowić własność wykonawcy. Właściciel nieruchomości może bowiem zdecydować się na zakup



własnego pojemnika lub jego najem od innego dostawcy. Zamawiający zapisami SIWZ nie gwarantuje wykonawcy, że w takiej sytuacji, właściciel nieruchomości wyrazi zgodę (i w jakim terminie to nastąpi) na oznakowanie posiadanego przez niego pojemnika w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający w § 12 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy przewiduje karę umowną za brak wykonania czynności o których mowa w § 5 ust. 2 pkt 1-8 – 200,00 zł za każdy stwierdzony przypadek. Zapis wskazanego postanowienia umownego została skonstruowany w sposób, który sugeruje, że kara będzie naliczana niezależnie od przyczyn, które spowodowały brak odpowiedniego oznaczenia pojemnika.

W zakresie pojemników przeznaczonych do zbierania odpadów biodegradowalnych (BIO), a więc pojemników, które w cenie ofertowej mają być dostarczone do właścicieli nieruchomości, Zamawiający w pkt 2.4.23 SIWZ wprowadził dodatkowy wymóg, a mianowicie Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek sprzedaży, po zakończeniu umowy, kolejnemu wykonawcy usługi pojemników BIO dostarczonych do właścicieli nieruchomości, sprawnych technicznie i nieuszkodzonych. Zamawiający nie określił jednak w SIWZ zasad, na jakich sprzedaż ta ma nastąpić (w jaki sposób zostaną ustalone ceny, czy kolejny wykonawca zostanie zapisami SIWZ zobowiązany do zakupu pojemników), ani w jaki sposób przeprowadzona zostanie uprzednia inwentaryzacja pojemników (kto będzie uczestniczył w inwentaryzacji, w jakim terminie się ona odbędzie, jak zostanie ona udokumentowana). Podanie powyższych informacji to pewne minimum konieczne do ustalenie kosztów zrealizowania zamówienia. Nie wiadomo przy tym, bo takich postanowień w SIWZ nie ma, jak realizacja tego obowiązku, po wyjaśnieniu umowy o zamówienie publiczne, miałyby być egzekwowana przez Zamawiającego. Brak tego typu informacji stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 1 Pzp.

Wymóg, o którym mowa, w ocenie wykonawcy narusza również podstawowe zasady konkurencji w sposób niedopuszczalny ingerując w swobodę wykonawców. Nałożenie na wykonawcę obowiązku sprzedaży pojemników po zakończeniu realizacji zamówienia nie ma równocześnie żadnego uzasadnienia, skoro wobec braku stosownych zapisów w SIWZ nie stanowi on gwarancji tego, że właściciele nieruchomości nie zostaną pozbawieni możliwości zbierania odpadów biodegradowalnych.

4. Poziomy recyklingu.

Zgodnie z pkt 2.4.2. SIWZ Wykonawca podczas realizacji zamówienia zapewni osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami wskazanych w SIWZ frakcji odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych, przy czym w ww. punkcie SIWZ Zamawiający określił wymagane przez siebie poziomy dla roku 2019 i 2020.

W świetle pkt 3.1. SIWZ oczywistym pozostaje, że Wykonawca będzie realizował przedmiot



28 stycznia 2019

zamówienia także w 2021r., a co za tym idzie obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 29 i art. 7 Pzp, jest określenie wymaganych przez siebie poziomów także dla tego roku. Brak informacji w tym zakresie powoduje, że wykonawcy w odmienny sposób mogą określać zakres ciążących na nich na rok 2021 obowiązków (a więc inaczej określać związane z nimi koszty), co prowadzić może do nieporównywalności ich ofert. Ważne pozostaje także i to, że Zamawiający postanowieniem § 13 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy wyłączył możliwość zmiany umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany przepisów prawa, a co za tym idzie wykonawcy muszą już teraz objąć swą ceną ofertową koszty związane z uzyskaniem, nieznanych sobie, poziomów recyklingu i ograniczenia ilości składowanych odpadów. Powoduje to, że wszelkie ryzyka gospodarcze związane z brakiem stosownych przepisów prawa ma przyjąć na siebie wykonawca, co przeczy podstawowym zasadom naszego systemu prawnego, w tym zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Wykonawca wskazuje, że brak powszechnie obowiązujących przepisów prawa określających wymagane poziomy recyklingu i ograniczenia składowania odpadów biodegradowalnych dla roku 2021 nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytego opisanie przedmiotu zamówienia. Przepis art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego, a obowiązki z niego wynikające, jak wskazano w przywołanym powyżej orzecznictwie Izby, są daleko idące.

Wykonawca wskazuje, że nic nie stoi na przeszkodzie, by wymagane przez Zamawiającego poziom został określone obecnie w sposób szacunkowy, jeśli jednocześnie w umowie zostanie zawarty mechanizm gwarantujący stronom możliwość dostosowania wysokości wynagrodzenia wykonawcy do poziomów recyklingu i ograniczenia ilości odpadów składowanych, jakie ostatecznie zostaną przyjęte przez ustawodawcę.

Takie rozwiązanie pozwoli uniknąć nieporównywalności ofert oraz pozwoli zmniejszyć ceny ofert, gwarantując jednocześnie realizację celów, jakim służy przepis art. 29 Pzp.

II. Kary umowne

Poza karami umownymi omówionymi w pkt powyżej wskazać należy również na karę umowną przewidzianą w § 12 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy.

Wskazane postanowienie wzoru umowy przewiduje naliczenie kary umownej za brak odebrania odpadów komunalnych lub opóźnienie odbioru odpadów w stosunku do terminów określonych w harmonogramie w wysokości 100 zł za każdy stwierdzony przypadek, przy czym kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 100,00 zł oraz ilości gospodarstw domowych, od których nie odebrano odpadów komunalnych lub odebrano nieterminowo, za każdy dzień opóźnienia.



Tak określona kara umowna jest rażąco wygórowana.

Podkreślić należy, że wartość kary umownej – 100 zł kilkukrotnie przewyższa wysokość opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi uiszczanymi przez gospodarstwo domowe miesięcznie, przy czym kara w tej wysokości może być naliczona za opóźnienie w odbiorze wynoszące nawet 1 dzień. Kara ustalona w takiej wysokości jest niewspółmierna – i do potencjalnej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego, i do uciążliwości, jaka wiąże się z opóźnieniem odbioru odpadów po stronie właściciela nieruchomości.

Kara umowna liczona za opóźnienie wiąże się przy tym z dodatkową dolegliwością (ryzykiem) dla wykonawcy, bowiem jej naliczenie jest niezależne od tego, czy do powstania szkody doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Dodać przy tym należy, że wysokie kary umowne, liczone za opóźnione, zwiększają ryzyko kontraktu, co z kolei prowadzi do podwyższenia cen ofertowych. Sytuacja taka nie jest korzystna dla Zamawiającego i jedynie pozornie chroni interes gminy i jej mieszkańców.

III. Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z pkt 15.1 SIWZ kryterium oceny ofert o wadze 40% będzie „Akcja edukacyjna dotycząca promocji selektywnej zbiórki odpadów komunalnych”.

Kryterium to zostało w pkt 15. 2 SIWZ opisane następująco:

W kryterium „Akcja edukacyjna dotycząca promocji selektywnej zbiórki odpadów komunalnych” oferta może uzyskać maksymalnie 40 punktów. Zamawiającemu zależy, żeby wykonawca zaoferował przeprowadzenie jak największej ilości zorganizowanych akcji promujących selektywną zbiórkę odpadów komunalnych w okresie trwania umowy w placówkach oświatowych na terenie Gminy Strzegom. ... Sale do prelekcji zapewnią nieodpłatnie placówki oświatowe, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu przez wykonawcę.

(...) Akcje promujące selektywną zbiórkę odpadów komunalnych mają zostać wykonane w dniu nauki szkolnej, a godzinach nauki, w terminach uzgodnionych z dyrekcjami przedszkoli i szkół.

Pozostałe zapisy ww. punktu SIWZ przesądzają, że wykonawca otrzymuje maksymalną ilość punktów w tym kryterium, jeśli zaoferuje promocje w 22 wskazanych w SIWZ placówkach oświatowych wykonywane w każdej z nich 6 razy w ciągu trwania przedmiotu umowy, tj. 2 razy w 2019r., 2 razy w 2020r. i 2 razy w 2021r.

Taki opis kryterium, a pośrednio opis przedmiotu zamówienia, jest nieprecyzyjny. Zamawiający nie



28 stycznia 2019

określa bowiem, na czym polegać ma akcja promocyjna i ile ma trwać pojedyncza akcja. W tej sytuacji, każdy z wykonawców może założyć odmienny zakres czynności składających się na akcje promocyjne i czas ich trwania, co z kolei może powodować nieporównywalność ofert.

Obowiązkiem Zamawiającego jest podanie szczegółowych wymagań co do akcji promocyjnej (w tym czasu jej trwania i wymaganego zakresu), by możliwe było ustalenie kosztów z tym związanych i pojęcie przez wykonawcę decyzji co do tego, czy deklaruje w ramach kryterium przeprowadzenie takich akcji.

Wobec powyższego, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Katarzyna Skiba – Kuraszkiewicz

Radca prawny

Załączniki:

- pełnomocnictwo i dokumenty rejestrowe,
- dowód uiszczenia wpisu,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.