

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

Kancelaria Prawna Schampera,
Dubis, Zajęc 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:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 17 stycznia 2020

Odwołujący: **REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o.**, ul. Górecka 104,
61-483 Poznań, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców
prowadzonego przez Sąd Rejonowy Poznań – Nowe Miasto I
Wilda w Poznaniu, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego
Rejestru Sądowego pod numerem 0000168556, tel. +48 61
832248, e-mail: poznan@remondis.pl

zastępowany przez radcę prawnego Katarzynę Skibę-
Kuraszkiewicz, adres do korespondencji: Kancelaria Prawna
Schampera, Dubis, Zajęc i Wspólnicy sp. k., ul. Kazimierza
Wielkiego 3, 50-077 Wrocław

e-mail: ksk@sdzlegal.pl, wroclaw@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami
Aglomeracji Poznańskiej”**, ul. Św. Michała 43, 61-119
Poznań,

e-mail: e-mail: zamowienia@goap.org.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie
przetargu nieograniczonego na *„Odbiór i transport
niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i
Bioodpadów oraz odbioru transportu i zagospodarowania
pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób*



17 stycznia 2020

selektywny z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych objętych działalnością ZM GOAP położonych na terenie Sektorów I-VII wchodzących w skład Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”

Ogłoszenie o zamówieniu nr 4877-2020-PL z dnia 7 stycznia 2020 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec **czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawidłowego opisu kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa warunków umowy**, tj. od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego **zarzucam naruszenie przepisu:**

- 1) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, poprzez nieuwzględnienie w rozdziale 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) skutków sytuacji, w której projektowane przez Zamawiającego akty prawa miejscowego nie wejdą w życie, czego konsekwencją będzie między innymi konieczność wyposażenia przez wykonawcę właścicieli nieruchomości niezamieszkałych w pojemniki, a projekt umowy (w zaistniałej sytuacji) nie przewiduje możliwości zmiany umowy;
- 2) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez nieadekwatne przypisanie wag poszczególnym, pozacenowym, kryteriom oceny ofert;
- 3) art. 91 związku z art. 7 Pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami, w szczególności poprzez wskazanie jako kryterium oceny ofert – terminu podstawienia pojemników na odpady komunalne, które jest kryterium niereprezentatywnym dla przedmiotu niniejszego postępowania i nieprzynoszącym Zamawiającemu jakichkolwiek korzyści;



- 4) art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, m.in. poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się przez wykonawców tym samym potencjałem technicznym (samochodami) dla kilku części zamówienia oraz poprzez zaniechanie żądania od wykonawców dysponowania stosownym miejscem przeładunku odpadów i stosownym zezwoleniem wydanym na podstawie ustawy o odpadach;
- 5) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 P.z.p. poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych w przypadku, gdy nienależyte świadczenie usługi przez wykonawcę będzie spowodowane zaistnieniem okoliczności niezależnych od wykonawcy;
- 6) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i 139 Pzp poprzez niejednoznacznie i niewyczerpujące określenie przez Zamawiającego katalogu sytuacji, w których wykonawca będzie zobligowany do przekazywania odpadów do zagospodarowania do innej instalacji, oddalonej o nie więcej niż 300 km od granic sektora, a także poprzez niewskazanie, jakie konkretnie położenie instalacji (odległość od granic sektora) wykonawca powinien przyjmować na potrzeby przygotowania oferty, co powoduje nieporównywalność ofert;
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wskazywania w Raportach Miesięcznych stawek za zagospodarowanie odpadów, a także okresu obowiązywania stawki, w sytuacji gdy dla Zamawiającego taka informacja (na etapie wykonania umowy przez wykonawcy) jest bez znaczenia;
- 8) art. 91 ust. 2d Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przez Zamawiającego zasad weryfikacji zadeklarowanego przez wykonawcę poziomu emisji spalin i liczby pojazdów oraz zadeklarowanego rodzaju napędu pojazdu w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert tj. kryterium „Norma emisji spalin pojazdów” oraz kryterium „Elektromobilność”;
- 9) art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieadekwatne do charakteru usługi objętej przedmiotem niniejszego zamówienia opisanie wymogów, jakie spełniać musi pojazd, którym wykonawca posługiwać się będzie w celu realizacji nałożonego na niego obowiązku mycia pojemników

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez:



17 stycznia 2020

- 1) doprecyzowanie Opisu Przedmiotu Zamówienia SIWZ, poprzez wskazanie w sposób jednoznaczny, jaki zakres obowiązków będzie spoczywał na wykonawcy zamówienia w sytuacji, gdy projektowane obecnie akty prawa miejscowego nie wejdą w życie, w szczególności poprzez wskazanie, że także w takiej sytuacji obowiązkiem wykonawcy nie będzie podstawienie pojemników na nieruchomościach niezamieszkałych;

względnie

uwzględnienie we wzorze umowy, jako dodatkowej przesłanki zmiany umowy, sytuacji, kiedy projektowane akty prawa miejscowego, które Zamawiający udostępnił na swojej stronie internetowej i w oparciu o które wykonawca przygotowywał swoją ofertę, nie wejdą w życie i dopuszczenie możliwości zmiany w takiej sytuacji zakresu świadczenia wykonawcy, sposobu oraz terminu jego wykonania oraz wysokości jego wynagrodzenia;

- 2) wyeliminowanie z SIWZ kryterium 1.2. i modyfikację pozostałych kryteriów pozacenowych w sposób wskazany w odwołaniu,

względnie

zmianę wagi poszczególnych kryteriów 1.2, 1.3 i 1.4, w szczególności poprzez ustalenie wagi kryterium 1.3. i 1.4 co najmniej na takim samym poziomie, przy czym poziom ten winien być zdecydowanie wyższy niż waga kryterium 1.2, oraz modyfikację kryteriów 1.3. i 1.4. w sposób wskazany w odwołaniu;

- 3) zmianę katalogu pojazdów, jakie Zamawiający uzna za spełniające warunki określone w kryterium 1.4. poprzez ich dostosowanie do wymogów i terminologii użytej w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych;
- 4) zmianę warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w zakresie objętym odwołaniem, w szczególności poprzez wyłączenie możliwości wykazania się przez wykonawców tym samym potencjałem technicznym (samochodami) dla kilku części zamówienia oraz poprzez uwzględnienie wymogu żądania od wykonawców dysponowania stosownym miejscem przeładunku odpadów i stosownym zezwoleniem wydanym na podstawie ustawy o odpadach;
- 5) zmianę przesłanek umożliwiających Zamawiającemu naliczenie wykonawcy kar umownych wskazanych w niniejszym odwołaniu poprzez jednoznaczne wyłączenie możliwości obciążania wykonawcy karami umownymi w sytuacjach, gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie mógł on wypełnić poszczególnych obowiązków, jakie nakłada na niego umowa lub SOPZ, a także w sytuacjach nakładających na wykonawcę obowiązek zapłaty rażąco wysokich kar umownych;



- 6) precyzyjne wskazanie, w celu porównywalności ofert, jaką konkretnie odległość instalacji (ze wskazanego przez Zamawiającego przedziału od 0 do 300 km) wykonawcy mają przyjmować na potrzeby składania ofert, a także określenie zamkniętego katalogu sytuacji, kiedy wykonawca będzie zobligowany do przekazywania odpadów do zagospodarowania do innej instalacji, oddalonej nie więcej niż 300 km od granic sektora, co równocześnie winno skutkować wprowadzeniem do wzoru umowy postanowienia umownego pozwalającego na zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli odległość do instalacji przyjęta do wyliczenia ceny ofertowej będzie odmienna od odległości, jaką rzeczywiście będzie musiał pokonać wykonawca,

względnie:

zmianę Formularza ofertowego w taki sposób, by wykonawcy zobowiązani byli podać ceny jednostkowe za transport odpadów do instalacji innej niż wskazana w SIWZ ustalonej w zależności od odległości koniecznej do pokonania (w przedziałach co 50 km), przy równoczesnym określeniu zamkniętego katalogu sytuacji, kiedy wykonawca będzie zobligowany do przekazywania odpadów do zagospodarowania do innej instalacji;

- 7) wykreślenie z treści Załącznika nr 9 do SOPZ kolumny 8 (stawka za zagospodarowanie odpadów) i kolumny 9 (okres obowiązywania stawki);
- 8) precyzyjne i jednoznaczne opisanie zasad weryfikacji zadeklarowanego przez wykonawcę poziomu emisji spalin i liczby pojazdów oraz zadeklarowanego rodzaju napędu pojazdu w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert tj. kryterium „Norma emisji spalin pojazdów” oraz kryterium „Elektromobilność” poprzez określenie przez Zamawiającego zamkniętego katalogu dokumentów, jakie Zamawiający uzna za potwierdzające deklarację wykonawcy;
- 9) dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości mycia pojemników z wykorzystaniem przystawek myjących zamontowanych na pojazdach odbierających odpady.

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 – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Interes

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „*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 szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...).*” (tak m.in. w KIO



17 stycznia 2020

w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1691/12; KIO 1704/12).

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem przyjęte przez Zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert i sposób ich oceny mogą doprowadzić do sytuacji, w której oferta Odwołującego otrzyma mniejszą ilość punktów, co niesie za sobą ryzyko, że jego oferta nie będzie ofertą najkorzystniejszą. Co więcej, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i przerzucenie na wykonawcę wszelkich, w tych niemożliwych do ustalenia obecnie ryzyk powoduje niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia.

Uzasadnienie

I Termin wniesienia odwołania i pozostałe kwestie wstępne

Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 stycznia 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *„Odbiór i transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i Bioodpadów oraz odbioru transportu i zagospodarowania pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych objętych działalnością ZM GOAP położonych na terenie Sektorów I-VII wchodzących w skład Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”* – numer referencyjny DP.271.5.2019.

Tego samego dnia, na stronie internetowej Zamawiającego, została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”. Odwołujący dochował zatem terminów na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 182 ust. 2 Pzp.

Szczegółowa analiza SIWZ i jej poszczególnych załączników ujawniła następujące naruszenia po stronie Zamawiającego.

II Opis przedmiotu zamówienia i katalog przesłanek zmiany umowy

Zamawiający, w rozdziale 2 ust. 7 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) informuje wykonawców, że *„w dniu opublikowania SIWZ, nie została zakończona procedura uchwalania aktów prawa miejscowego, które mogą mieć istotny wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający informuje, że na stronie internetowej Zamawiającego znajdują się projekty aktów, a treść SIWZ jest zgodna z wymaganiami zawartymi w projektach aktów prawa miejscowego. Gdyby jednak po upływie terminu składania ofert doszło do uchwalenia aktu prawa miejscowego, o treści niezgodnej z SIWZ, zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP Zamawiający przewidział możliwość dokonania*



17 stycznia 2020

zmiany Umowy poprzez jej dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa w tym aktów prawa miejscowego.”.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający nie uwzględnia jednak sytuacji, w której projektowane przez niego akty prawa miejscowego nie wejdą w życie, co z kolei w znaczący sposób wpływa na możliwości należytego skalkulowania przez wykonawców swojej oferty.

Co prawda w §19 wzoru umowy Zamawiający zawarł katalog przesłanek umożliwiających stronom wprowadzenie zmian do umowy o udzielenie zamówienia publicznego, jednak w ocenie Wykonawcy katalog ten jest niekompletny i nie odnosi się do sytuacji, o której tu mowa.

W §19 ust. 1 pkt 1 Zamawiający wskazuje bowiem, że *„na podstawie art. 144 ust. 1 Ustawy PZP, oprócz dopuszczalnych zmian Umowy przewidzianych w art. 144 ust. 1 pkt 2-6 Ustawy PZP, na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP ZAMAWIAJĄCY przewiduje zmiany Umowy w formie pisemnej, w poniższym zakresie, w przypadku wystąpienia następujących okoliczności:*

- 1) *w zakresie sposobu realizacji Umowy oraz jej zakresu w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego i Aktów Prawa Miejscowego, wpływających na sposób realizacji Umowy, w szczególności (...).”.*

Tymczasem w sytuacji, kiedy projektowane akty prawa miejscowego nie wejdą w życie nie będziemy mieć do czynienia ani ze zmianą powszechnie obowiązujących przepisów prawa (przesłanka nr 1) ani ze zmianą aktów prawa miejscowego (przesłanka nr 2). Nadal obowiązywałyby bowiem dotychczasowe przepisy Regulaminu utrzymania czystości i porządku w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi na obszarze gmin wchodzących w skład Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” oraz przepisy uchwały w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za zagospodarowanie odpadami komunalnymi. Formalnie nie dochodzi więc do zmiany przepisów aktu prawa miejscowego – obowiązują przepisy dotychczasowe.

Zastrzeżenia Odwołującego w tym zakresie są tym bardziej zasadne, że sam Zamawiający, na stronie 3 SIWZ, w rozdziale 2 ust. 7 informuje wykonawców, że *„w dniu opublikowania SIWZ, nie została zakończona procedura uchwalania aktów prawa miejscowego, które mogą mieć istotny wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający informuje, że na stronie internetowej Zamawiającego znajdują się projekty aktów, a treść SIWZ jest zgodna z wymaganiami zawartymi w projektach aktów prawa miejscowego. Gdyby jednak po upływie terminu składania ofert doszło do uchwalenia aktu prawa miejscowego, o treści niezgodnej z SIWZ, zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmiany Umowy poprzez jej dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa w tym aktów prawa miejscowego.”.*



17 stycznia 2020

Z powyższego należy wyprowadzić wniosek, że Zamawiający przygotował dokumentację przedmiotowego postępowania w oparciu o dopiero projektowane akty prawa miejscowego. Zamawiający sam podkreśla znaczenie zapisów aktów prawa miejscowego dla wykonania zamówienia. Co więcej, z uwzględnieniem postanowień projektów aktów prawa miejscowego wykonawcy powinni kalkulować swoje oferty. Mając świadomość znaczenia tych zapisów, Zamawiający przewidział więc możliwość rozpoczęcia procedury zmiany umowy, **jednak sformułowany przez niego we wzorze umowy zapis nie obejmuje bardzo istotnej z punktu widzenia wykonawców okoliczności, kiedy projektowane akty prawa miejscowe nie wejdą w życie.**

Tymczasem okoliczność ta może mieć dla wykonawców bardzo poważne konsekwencje. Odwołujący zwraca w tym miejscu szczególną uwagę na fakt, że zapisy aktualnie obowiązujących aktów prawa miejscowego nakładają na wykonawcę obowiązek dostarczania pojemników dla właścicieli nieruchomości niezamieszkałych. Takiego obowiązku nie przewidują natomiast zapisy projektowanych aktów prawa miejscowego i zapisy Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, dalej jako „SOPZ”. Wobec powyższego, w sytuacji, w której projektowane akty prawa miejscowego nie weszłyby w życie, wykonawca, zgodnie z obowiązującymi przepisami, będzie musiał podstawić pojemniki właścicielom nieruchomości niezamieszkałych, co w znaczący sposób wpłynie na koszty świadczenia przez niego usługi w ramach przedmiotowego zamówienia. **W przypadku zaistnienia takich okoliczności wykonawca powinien mieć zatem możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia, której w chwili obecnej nie ma.**

Nie można przy tym mówić o konieczności skalkulowania przez wykonawcę ryzyka konsekwencji nie wejścia w życie projektowanych aktów prawa miejscowego. Jest to bowiem ryzyko niemożliwe dla skalkulowania z uwagi na zakres potencjalnych zmian w stosunku do wymogów SOPZ.

III Pozacenowe kryterium oceny ofert – termin na podstawienie pojemnika

W Rozdziale 10 SIWZ – Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert zamawiający przewidział trzy pozacenowe kryteria oceny ofert tj. „Termin podstawienia pojemników na odpady komunalne”(pkt 1.2.) , „Norma emisji spalin pojazdów” (pkt. 1.3) oraz „Elektromobilność” (pkt 1.4.), przyznając im odpowiednio wagę: 10, 10 i zaledwie 5 punktów.

I tak, w ramach kryterium „Termin podstawienia pojemników na odpady komunalne”, za które Zamawiający przewiduje przyznać aż 10 punktów Zamawiający informuje, że *„przyjmie zadeklarowany przez Wykonawcę w formularzu ofertowym czas na podstawienie, naprawę lub wymianę pojemnika, liczony od dnia przekazania przez Zamawiającego zgłoszenia za pośrednictwem Systemu Przekazywania Zgłoszeń (dalej „SPZ”) w następujący sposób:*



17 stycznia 2020

- podstawienie, naprawa lub wymiana pojemnika w ciągu 1 dnia roboczego – 10 punktów, ”
- podstawienie, naprawa lub wymiana pojemnika w ciągu 2 dni roboczych – 8 punktów,
- podstawienie, naprawa lub wymiana pojemnika w ciągu 3 dni roboczych – 6 punktów,
- podstawienie, naprawa lub wymiana pojemnika w ciągu 4 dni roboczych – 4 punktów,
- podstawienie, naprawa lub wymiana pojemnika w ciągu 5 dni roboczych – 2 punkty.

W przypadku zadeklarowania podstawienia, naprawy lub wymiany pojemnika w terminie dłuższym niż 6 dni roboczych, Wykonawca zobowiązany jest do podstawienia, naprawy lub wymiany pojemników w terminie 6 dni od dnia przekazania zgłoszenia przez Zamawiającego w SPZ.”.

Następnie, w ramach kryterium „Norma emisji spalin pojazdów”, za które Zamawiający przewiduje przyznać 10 punktów Zamawiający informuje, że „przyjmie zadeklarowaną w formularzu ofertowym liczbę pojazdów do odbioru odpadów spełniających normę emisji spalin min. Euro 6 zgodnie z Dyrektywą 98/69/EC, w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczby pojazdów dla danego Sektora określonej w Tabeli nr 3 SOPZ. (Uwaga: kryterium nie odnosi się do minimalnej liczby pojazdów wykazywanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale minimalnej liczby pojazdów jakimi dysponować musi Wykonawca w momencie przystąpienia do realizacji zamówienia określoną w Tabeli nr 2 SOPZ).”

Zamawiający informuje również, że „weryfikacja zadeklarowanego poziomu emisji spalin i liczba pojazdów będzie następowała na podstawie załączonych do oferty dokumentów (dowód rejestracyjny, umowa leasingu, najmu lub inne). Zamawiający przyzna punkt tylko za pojazdy w stosunku do których Wykonawca udokumentował (w ofercie) normę emisji spalin.”.

W ostatnim kryterium – „Elektromobilność”, za które Zamawiający przewiduje zaledwie 5 punktów Zamawiający informuje, że „przyjmie zadeklarowaną w formularzu ofertowym liczbę pojazdów do odbioru odpadów wyposażonych w napęd elektryczny, gazowy, spalinowo- gazowy, spalinowo- elektryczny, gazowo- elektryczny (spełniających normę emisji spalin min. Euro 6 zgodnie z Dyrektywą 98/69/EC jeśli dotyczy)” w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczby pojazdów dla danego Sektora określonej w Tabeli nr 2 SOPZ. (Uwaga: kryterium nie odnosi się do minimalnej liczby pojazdów wykazywanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale minimalnej liczby pojazdów jakimi dysponować musi Wykonawca w momencie przystąpienia do realizacji zamówienia określoną w Tabeli nr 2 SOPZ).”.

Zamawiający informuje również, że „weryfikacja zadeklarowanego rodzaju napędu elektrycznego, gazowego, spalinowo- gazowego, spalinowo- elektrycznego, gazowo- elektrycznego będzie następowała na podstawie załączonych do oferty dokumentów np. dowodu rejestracyjnego, lub innych odpowiednich



dokumentów). Zamawiający przyzna punkt tylko za pojazdy w stosunku do których Wykonawca udokumentował (w ofercie) rodzaj napędu oraz normę emisji spalin (jeśli dotyczy).”.

Mając na uwadze powyższy opis pozacenowych kryteriów oceny ofert, w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r., że jakkolwiek zamawiający ma prawo nabyć przedmiot odpowiadający jego potrzebom, spełniający cechy i wyposażony w funkcjonalności pozwalające na realizację jego celów, nie oznacza to jednak, że dopuszczalne jest kierowanie się przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia (ale także kształtowanie oczekiwań pożądaných, wyrażających się w kryterium jakościowym), subiektywnymi przesłankami. *Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zobligowany jest do respektowania zasad rządzących postępowaniem, w tym fundamentalnej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Powyższe nakłada na Zamawiającego obowiązek wyjątkowo wyważonego, starannego opracowania opisu przedmiotu zamówienia, jak i parametrów, cech i właściwości ocenianych w ramach przyjętego kryterium jakościowego.* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 418/13, LX nr 1298006).

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 Pzp kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, w szczególności do jakości, aspektów środowiskowych. **Jak wynika z treści tego przepisu, celem oceny Zamawiającego powinno być promowanie rozwiązań, sposobu wykonania zamówienia, zapewniających w porównaniu z innymi najwyższą wartość dodaną.** Jednocześnie przy ustalaniu kryteriów oceny ofert Zamawiającego obowiązuje również zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, to Zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert, kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach. **Jednakże określone przez Zamawiającego kryteria oceny oferty, w szczególności ich waga, winny odnosić się w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia i uwzględniać jego specyfikę.** Oznacza to, że Zamawiający mimo że posiada daleko idącą swobodę w zakresie doboru kryteriów, to jednak nie może stosować dowolnych i nieuzasadnionych specyfiką zamówienia kryteriów oceny ofert, a także kształtować ich wagi na przesadnie wysokim poziomie w celu preferencji konkretnych wykonawców.

Rolą pozacenowych kryteriów oceny ofert jest bowiem premiowanie rozwiązania, usługi, które z określonych oraz **obiektywnych przyczyn** są dla zamawiającego korzystniejsze niż standardowo wymagane. Innymi słowy, kryteria pozacenowe nie tylko umożliwiają dopasowanie zamówienia do oczekiwań zamawiającego, lecz także **pozwalają na uzyskanie znaczących korzyści** (za A. Gawrońską-Baran, „Pozacenowe kryteria oceny ofert z uwzględnieniem klauzul społecznych”, Przetargi Publiczne, Wrocław 2016).

Kryteria oceny ofert muszą mieć związek z opisem przedmiotu zamówienia, o czym wprost stanowi art. 91 ust. 2 Pzp, co oznacza, jak się podkreśla w orzecznictwie i doktrynie, że kryteria muszą być



17 stycznia 2020

dopasowane do przedmiotu, zakresu, wartości, okresu trwania i złożoności zamówienia. Na podstawie motywu 97 preambuły dyrektywy 2014/24/UE należy przy tym przyjąć, że wymagany przepisem art. 91 ust. 2 Pzp związek z przedmiotem zamówienia wyklucza kryteria, które nie odnoszą się czynników charakteryzujących konkretny proces dostarczania zakupionych usług. Powstaje więc w tym miejscu pytanie, czy wprowadzone do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert są charakterystyczne dla zamawianej usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych?

Podkreślenia także wymaga, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r., gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że cechy, właściwości czy funkcjonalności, które wyrażają się w kryteriach jakościowych podlegających punktacji, **powinny obejmować nie jakiegokolwiek cechy, ale walory w pewien sposób, właściwy dla zamawianego przedmiotu, reprezentatywne dla oceny jakościowej, możliwości uznania na ich podstawie, że dany produkt jest "lepszy" od innego**. Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek cechy, które zamawiający dobierze w celu ustalenia, która oferta wyraża wyższy bilans ceny i innych kryteriów, ale takie cechy, które mają lub mogą mieć znaczenie użytkowe, ekonomiczne lub inne dla Zamawiającego. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 418/13, LX nr 1298006).

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2017 r. wskazuje się, że „w przypadku kryteriów oceny ofert ustawodawca przesądził, że muszą one odnosić się do przedmiotu zamówienia, być z nim związane (tak w art. 91 ust. 2 i 2c p.z.p.). Z istoty kryteriów oceny ofert wynika dodatkowo, że mają one prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej (zob. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p.), wobec czego przyznawanie punktów w poszczególnych kryteriach musi być wyrazem stwierdzenia konkretnej przewagi oferty najwyższej w danym kryterium ocenionej nad pozostałymi.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2146/17, LEX nr 2408278).

Postawienia zatem wymaga w tym miejscu pytanie, czy krótszy termin (niż 6-dniowy wynikający z SIWZ) na podstawienie, naprawę, wymianę pojemnika, którego stan nie zagraża życiu i zdrowiu (vide kryterium 1.2. w związku z pkt 3.7.6. (iv) SOPZ, gdzie wymaga się niezwłocznej wymiany pojemnika w określonych sytuacjach) **jest na tyle doniosły z punktu widzenia Zamawiającego, by mógł wyrażać wyższą jakość usług czy wartość dodaną w ujęciu aspektów środowiskowych?** Podobnie, czy taką wartość może mieć wykonanie przedmiotu zamówienia samochodami, które nie są objęte ustawą z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (vide kryterium 1.4.), co wskazano w odrębnym zarzucie niniejszego odwołania? W ocenie Odwołującego, opisanych powyżej wymagań nie spełniają kryteria w zakresie opisanym w odwołaniu.

Za zasadne uznać należy zastosowanie kryteriów objętych Rozdziałem 10, pkt 1.3 i 1.4. SIWZ (z zastrzeżeniami objętymi dalszymi zarzutami niniejszego odwołania). Transport jest jednym z podstawowych elementów usługi objętej przedmiotem zamówienia. „Premiowanie” wykonawców



dysponujących nowoczesnym, ekologicznym taborem jest zgodne z przepisami Pzp, samochody są bowiem reprezentatywne dla oceny, czy Zamawiający może otrzymać usługę lepszą w aspekcie środowiskowym i w konsekwencji lepszą wg koncepcji „najlepszej relacji jakości do ceny”, o czym mowa w motywie 89 preambuły dyrektywy 2014/24/UE. Tymczasem termin na podstawienie, wymianę, naprawę pojemników w ogóle nie charakteryzuje usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Nie negując, co do zasady, tezy, że w konkretnych okolicznościach termin na podstawienie, wymianę, naprawę pojemnika może mieć znaczenie w trakcie realizacji zamówienia, jednak biorąc pod uwagę opisany w SIWZ sposób wykonania zamówienia, wymagania Zamawiającego w tym zakresie, specyfikę zamówienia, trudno taki szczególny walor przypisać terminom punktowanym przez Zamawiającego w ramach kryterium 1.2. Terminy te nie mają istotnego, jeżeli nie jakiegokolwiek praktycznego znaczenia.

Nie tylko samo kryterium oceny ofert 1.2., ale jego waga – maks. 10 punktów, w zestawieniu z wagą innych kryteriów pozacenowych: 1.3. Norma emisji spalin – maks. 10 punktów, 1.4. Elektromobilność – maks. 5 punktów (sic!), wskazuje, że kryterium „Termin na podstawienie pojemników na odpady komunalne” nie odnosi się w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia i nie uwzględnia specyfiki zamówienia. Innymi słowy, kryterium to nie jest reprezentatywne dla oceny jakościowej czy środowiskowej usługi, dla uznania, że usługa jest lepiej wykonana niż w sytuacji, gdy wykonawca zobowiązany będzie do podstawienia, naprawy lub wymiany pojemnika w terminie wskazanym w SIWZ (tj. w terminie 6 dni od dnia przekazania przez Zamawiającego w SPZ). W tym kontekście całkowicie jednak niezrozumiałe jest, dlaczego tak małą wagę przyznaje Zamawiający kryterium 1.4., w sytuacji gdy pojazdy wymienione w ustawie o elektromobilności i paliwach alternatywnych najpełniej wpisują się w aspekty środowiskowe, o których mowa w art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp?

A. Packo, H. Łopianowską (*Pozacenowe kryteria wyboru oferty*, MRM Witold Jarzyński, Warszawa 2014, str. 57-58) opisują najważniejsze, uniwersalne wytyczne wskazujące reguły formułowania kryteriów oceny ofert, m.in.:

- obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego formułowania kryterium i opisu jego stosowania, tak, żeby każdy wykonawca, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób,
- zamawiający powinien określić i ujawnić, w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, a odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem).



Tych wymagań nie spełniają zapisy SIWZ w zakresie kryterium 1.3. i 1.4., o czym była mowa powyżej w odwołaniu, biorąc pod uwagę wzajemną relację obu kryteriów oraz posłużenie się przez Zamawiającego katalogiem otwartym dokumentów, w oparciu o które Zamawiający chce weryfikować informacje zawarte w ofertach dot. parametrów pojazdów. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp.

IV Dostosowanie rodzajów pojazdów do wymogów wynikających z ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych

Jak już to było sygnalizowane w poprzednim punkcie, w rozdziale 10 SIWZ – Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w punkcie 1.4. Zamawiający opisał zasady przyznawania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, jakim jest kryterium Elektromobilności. Zgodnie z zapisem SIWZ *„do oceny ofert w tym kryterium Zamawiający przyjmie zadeklarowaną w formularzu ofertowym liczę pojazdów do odbioru odpadów wyposażonych w napęd elektryczny, gazowy, spalinowo- gazowy, spalinowo- elektryczny, gazowo- elektryczny (spełniający normę emisji spalin m.in. Euro6, zgodnie z Dyrektywą 98/69/EC, jeśli dotyczy) w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczby pojazdów dla danego Sektora określonej w Tabeli nr 2 SOPZ.”*

Zgodnie z art. 91 ust. 2d Pzp zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiającą sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Tymczasem opis zaproponowanego przez Zamawiającego kryterium, w kontekście nazwy kryterium i (jak należy zakładać) funkcji, wprowadza wątpliwości co do tego, którym pojazdom Zamawiającym zamierza przyznać dodatkowe punkty. W ocenie Odwołującego zamysłem Zamawiającego było stworzenie pozacenowego kryterium oceny ofert obejmującego aspekty środowiskowe, jednakże Zamawiający nie sprostął wymaganiom Pzp w odniesieniu do przedmiotowego kryterium oceny ofert, przyznając punkty za oferowanie pojazdów, które nie są objęte dyspozycją ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1124 j.t. ze zm.).

Tymczasem zgodnie z art. 68 ust. 3 przedmiotowej ustawy Zamawiający zobowiązany jest od dnia 1 stycznia 2022 r. zlecić wykonywanie zadań publicznych, w tym obejmujących niniejszy przedmiot zamówienia, podmiotowi, którego udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%.

Ustawodawca wprowadza przy tym legalne definicje „pojazdu elektrycznego” i „pojazdu napędzanego gazem” (art. 2 pkt 12 i 14). W ocenie zatem samego ustawodawcy tylko wymienione kategorie pojazdów zaliczane są do „czystego transportu” i w ocenie Odwołującego tylko takie pojazdy mogą być przez Zamawiającego punktowane w ramach kryterium „Elektromobilność”. **Stanowisko odmienne,**



reprezentowane przez Zamawiającego w świetle SIWZ, nie realizuje postulatów optymalizacji działania Zamawiającego, celowego i oszczędnego, zmierzającego do uzyskania jak największych korzyści przy najniższych nakładach, ale przede wszystkim dbałości o zachowanie uczciwej konkurencji. Przypomnieć bowiem w tym miejscu należy, że Zamawiający wprowadził jeszcze jedno kryterium odnoszące się do pojazdów, a to „Norma emisji spalin”, kryterium 1.3., odnoszące się do wszystkich pojazdów, z wyłączeniem pojazdów elektrycznych. Tym samym Zamawiający „docenia” wykonawców oferujących wykonanie zamówienia pojazdami nieco bardziej ekologicznymi, ale jednak nie objętymi ustawą o elektromobilności i paliwach alternatywnych. Zdaniem Odwoływającego opis zaproponowanego przez Zamawiającego kryterium nie oddaje zatem jego celu i jest mylący dla wykonawców.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w s.i.w.z. - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d p.z.p.)” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2342/16, LEX nr 2188479).

W ocenie Odwoływającego oczywistym jest, że w ramach kryterium „Elektromobilność” Zamawiający powinien premiować tych wykonawców, którzy dysponują flotą lub choćby częścią floty, o której mowa w ustawie o elektromobilności i paliwach alternatywnych, a nie każdy pojazd o napędzie innym niż spalinowy. Uwaga ta jest tym bardziej zasadna, że wskazane przez Zamawiającego pojazdy o napędzie gazowym mogą oddziaływać na środowisko w stopniu znacznie większym niż pojazdy spalinowe. Właśnie dlatego ustawa o elektromobilności i paliwach alternatywnych precyzuje, że muszą to być pojazdy napędzane gazem ziemnym. Powyższe uzasadnia żądanie Odwoływającego dotyczące dostosowania wymaganych pojazdów do przepisów ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

Podsumowując argumenty wskazane w pkt III i IV niniejszego odwołania, w ocenie Odwoływającego, kryteria 1.2, 1.3 i 1.4 wskazane w rozdziale 10 SIWZ nie zostały zdefiniowane w sposób, który umożliwiłby wybranie rozwiązań jakościowych czy środowiskowych zapewniających największą wartość dodaną i korzyści dla Zamawiającego, a co za tym idzie nie służą wyborowi oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp. W szczególności nie wiadomo, jakie korzyści ma przynieść Zamawiającemu:

- skrócenie terminów podstawienia, wymiany, naprawy pojemników (kryterium 1.2.) czy



- zastosowanie do wykonania zamówienia pojazdów nie objętych regulacjami ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych czy wreszcie

- podwójne „premiowanie”, tj. jednocześnie w ramach kryteriów 1.3. i 1.4., wszystkich pojazdów z wyłączeniem pojazdów elektrycznych, wobec których (jako jedynych z pojazdów wymienionych przez Zamawiającego w kryterium 1.4.) nie można wykazać spełnienia normy emisji spalin EURO 6, a które to pojazdy przynoszą Zamawiającemu największy efekt ekologiczny.

Mając na względzie przytoczoną argumentację, nie sposób stwierdzić, że wybór oferty wykonawcy, który uzyska maksymalną punktację w kryterium 1.2., wiązać będzie się z osiągnięciem przez Zamawiającego konkretnej korzyści. Podobnie należy ocenić przyznanie przez Zamawiającego dużo mniejszej wagi kryterium 1.4 i przy tym takie ukształtowanie kryteriów, w oparciu o które mniej punktów może zdobyć wykonawca dysponujący pojazdami elektrycznymi.

Mając powyższe na względzie, zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 91 Pzp związku z art. 7 Pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tymi przepisami. Tym samym zasadne jest nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ polegającej na wyeliminowaniu z SIWZ kryterium 1.2. i modyfikację pozostałych kryteriów pozacenowych, względnie na zmianie wagi poszczególnych kryteriów i modyfikacji kryteriów 1.3 i 1.4 w sposób wskazany w odwołaniu. Kryterium 1.2. nie ma bowiem rzeczowego uzasadnienia, pozwalającego na jednoznaczną ocenę, jaką wartość dla przedmiotu zamówienia [jego wyższą jakość], pociąga za sobą skrócenie czasu na podstawienie, naprawę czy wymianę pojemnika, w szczególności, gdy owo kryterium zestawimy z kryteriami dotyczącymi środowiskowych walorów taboru, którym ma być realizowany transport odpadów.

Mając powyższe na względzie, nie budzi wątpliwości, że Zamawiający złamał jedną z podstawowych zasad formułowania kryteriów oceny ofert, aby kryterium wyrażało nie jakiegokolwiek cechy przedmiotu zamówienia, lecz te, które są dla zamawiającego istotne, i które rzeczywiście pokazują, że dany oferowany przedmiot (tu usługa) jest lepszy od innego. Takiego rozumienia przywołanych przepisów nie zmienia treść art. 91 ust. 2c Pzp. Przepis ten bowiem nie może być czytany w oderwaniu od innych przepisów Pzp z uwzględnieniem ich *ratio legis* – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp.

Zaskarżone zapisy SIWZ dot. kryteriów oceny ofert wyraźnie wskazują, że Zamawiający wadliwie zastosował przepis art. 91 ust. 2 Pzp, zapominając, iż celem kryterium innego niż cena jest wyważenie wartości, jaką jest wysoka jakość usługi, za którą Zamawiający skłonny jest zapłacić godziwe wynagrodzenie. Jak słusznie zauważa A. Packo, H. Łopianowska *„Jednym z najistotniejszych przepisów stanowiących podstawową wytyczną, w jaki sposób ustalić, co w rzeczywistości jest ofertą najkorzystniejszą, jest art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, który wskazuje, że wydatki*



publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Czym innym bowiem - w założeniu – jest najkorzystniejsza oferta, jak nie najbardziej oszczędnym (choć niekoniecznie najtańszym) sposobem uzyskania najlepszego efektu z poczynionych nakładów przy optymalizacji założonego celu? ... Tak więc wybierając ofertę najkorzystniejszą, każdorazowo należy dokonać wyważenia korzyści związanych z zakupem za niską cenę oraz szeroko pojętej jakości przedmiotu tego zakupu.” (Pozacenowe kryteria wyboru oferty, MRM Witold Jarzyński, Warszawa 2014, str. 14).

Odwołujący wyjaśnia, iż żądanie odwołania sprowadza się do co najmniej zrównania liczby punktów przyznawanych w kryterium 1.3. i 1.4., dokonania doprecyzowania kryteriów oceny ofert w zakresie wskazanym w odwołaniu oraz usunięcia kryterium 1.2. Jak bowiem zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 października 2017 r., orzekając w sentencji odwołania o usunięciu postanowień SIWZ odnoszących się do kryterium oceny ofert: *„jednocześnie, z uwagi na brzmienie przepisu art. 91 ust. 2a Pzp, skład orzekający sygnalizuje, że wobec takiego rozstrzygnięcia Zamawiający stanie przed koniecznością dostosowania SIWZ do wymogów wynikających z przywołanej regulacji. Odstąpiono jednakże od sformułowania Zamawiającemu precyzyjnych wskazań w tym zakresie (w szczególności - od wskazywania na inne kryterium, które należałoby ad casum wprowadzić), a to z uwagi na możliwość przyjęcia różnych rozwiązań, tj. sformułowania jednego, bądź kilku kryteriów pozacenowych w miejsce kryterium usuniętego, których katalog jest otwarty (vide art. 91 ust. 2 Pzp), bądź zwiększenia znaczenia drugiego z obowiązujących kryteriów.”* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2146/17, LEX nr 2408278).

V Potencjał techniczny wykonawcy

Określając warunki wzięcia udziału w postępowaniu, w Rozdziale 3 pkt 1.2. SIWZ Zamawiający przewidział obowiązek wykazania się przez wykonawcę odpowiednim doświadczeniem, a także dysponowaniem:

- minimalną liczbą pojazdów (Odwołujący zaznacza przy tym, że przewidziane na tym etapie wymogi odnośnie liczny pojazdów są w dalekiej dysproporcji wobec wymogów, jakie w zakresie liczby i rodzajów pojazdów nakładają na wykonawcę przepisy SOPZ. Zamawiający nie stawia także jakichkolwiek wymogów dotyczących norm emisji spalin pojazdów. Co istotne, **w odróżnieniu np. od kryterium ekonomicznego**, w którym zamawiający wymaga wykazania dysponowania środkami finansowymi lub posiadania zdolności kredytowej na kwotę stanowiącą sumę kwot wymaganych dla wszystkich części, na które wykonawca składa ofertę, **Zamawiający nie zakazuje wykonawcom**



17 stycznia 2020

ubiegającym się o różne części zamówienia wykazywania tych samych pojazdów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu),

oraz

- bazą magazynowo- transportową usytuowaną na terenie Miasta Poznania lub w odległości nie większej niż 60 km w linii prostej od granic Miasta Poznania.

W przypadku bazy magazynowo- transportowej Zamawiający stawia jedynie minimalne wymogi, aby baza magazynowo- transportowa odpowiadała wymaganiom określonym w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122).

Zamawiający nie przewiduje przy tym wymogu posiadania przez wykonawcę stosowanej bazy przeładunkowej.

Co istotne, w rozdziale 11 SIWZ (Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) Zamawiający w zasadzie żąda od wykonawcy wyłącznie dostarczenia Zamawiającemu potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii aktualnej umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej (lub polisy) wraz z dowodami zapłaty składki.

W tej sytuacji, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepis art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegające na określeniu warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, m.in. **poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się przez wykonawców tym samym potencjałem technicznym (samochodami) dla kilku części zamówienia** oraz poprzez określenie wyłącznie minimalnych wymogów dotyczących bazy magazynowo- transportowej z pominięciem okoliczności, że minimalne wymogi wskazane w rozporządzeniu w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie zakładają odpowiedniej ilości miejsc parkingowych dla wszystkich pojazdów, jakich zamawiający wymaga od wykonawcy.

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie podkreślała, że **opis ten powinien być dokonany z punktu widzenia celu, jakiemu ma służyć**, tj. wyłonienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przepis art. 22 ust. 1a Pzp wyraża wymaganie, by warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe, wyartykułowane na gruncie konkretnego postępowania, były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiały ocenę zdolności



wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. „Proporcjonalność”, o której mowa w tym przepisie, wymaga zatem wyważenia interesów zamawiającego, który, stawiając określone warunki, dąży do wyselekcjonowania wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia i interesów wykonawców, którzy chcą zachować szansę na uzyskanie zamówienia. Natomiast w świetle drugiego wymagania co do warunków udziału w postępowaniu opisanego w art. 22 ust. 1a Pzp, właściwie sformułowany warunek powinien dać zamawiającemu odpowiedź na pytanie, czy spełnianie przez wykonawcę postawionego warunku skutkować będzie zapewnieniem realizacji zamówienia na określonym (należyтым) poziomie. W ocenie Odwołującego, właściwa wykładnia przepisu art. 22 ust. 1a Pzp, biorąc pod uwagę cel postępowania o udzielenie zamówienia, powinna prowadzić do wniosku, że Zamawiający powinien formułować warunki udziału w postępowaniu adekwatne do stopnia skomplikowania, złożoności przedmiotu zamówienia, wymagającego przede wszystkim dysponowania poważnym zasobem technicznym i organizacyjnym. Niepowodzenie w realizacji zamówienia może bowiem spowodować zagrożenie sanitarno-epidemiologiczne. Zamawiający w konsekwencji nie może zrezygnować ze sformułowania właściwych warunków udziału w postępowaniu. Takie zaniechanie bowiem nie pozwoli Zamawiającemu na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, czemu sprzeciwia się przepis art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W wyroku KIO z dnia 26 lutego 2013r., sygn. akt: KIO 297/13; KIO 300/13 podkreśla się:

„Konieczność realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne, reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodobniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, w świetle brzmienia przywołanych przepisów nie stanowią jedynie ogólnej, niezwiązanej z danym zamówieniem charakterystyki wykonawcy, jego opisu, ale mają służyć do wykonania zamówienia, są związane ze sferą jego realizacji. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 297/13, KIO 300/13, LEX nr 1288578).

Słuszność powyższych rozważań potwierdza także wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009r.: *„Jeszcze raz należy podkreślić, że warunki zamówienia określa zamawiający w granicach dyspozycji art. 22 ust. 1 Pzp. Przepis ten określa warunki, jakie powinien spełniać wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nakaz stworzenia i zachowania warunków konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty*



sposób. Regulacje ustawy wskazują bowiem na przyjęcie, że realizacja zamówienia publicznego powinna być dokonana jedynie przez podmioty zweryfikowane pod kątem ich możliwości należytego wykonania umowy. Zatem oczywistym jest, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a także dysponować potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - są to warunki niezbędne z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia. Zamawiający konkretyzuje warunek posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, odnosząc go do konkretnych w tym przypadku usług, przy czym istotne jest czy mają one charakter zwykłych (których można oczekiwać w stosunkach danego rodzaju), czy specjalnych (związanych ze szczególnymi wymaganiami realizacji danego zamówienia) cech świadczenia, jakie będą przedmiotem umowy. Zamawiający powinien więc wziąć pod uwagę wszystkie wymagania i okoliczności związane z wykonaniem zamówienia". (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III Ca 88/99).

Uprawniony jest zatem wniosek Odwołującego, iż przepisy Pzp nie tylko nie pozwalają stawiać zbyt wygórowanych warunków udziału w postępowaniu, ale także zbyt zaniżonych czy w ogóle rezygnować ze stawiania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w przypadku tak newralgicznych i problematycznych zamówień jak odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Tymczasem warunki udziału w postępowaniu ustanowione w niniejszym postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe nie pozwalają na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Reasumując, stwierdzić należy, że mając na względzie interes publiczny, stopień skomplikowania zamówienia (który wyłącza możliwość realizacji tymi samymi środkami transportu zamówienia w poszczególnych częściach, choćby z uwagi na ilość odpadów przewidzianych do odbioru, długość tras, po których odpady będą odbierane, odległość do instalacji i/lub punktów przeładunkowych, regulacje prawne wyłączające możliwość odbioru określonych frakcji odpadów tymi samymi pojazdami itp.), warunki udziału w postępowaniu winny być realne, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co wyraża się przede wszystkim w konieczności żądania potencjału dedykowanego odrębnie każdej części zamówienia także w zakresie zdolności technicznej, a w konsekwencji w razie ubiegania się o kilka części zamówienia, żądania od wykonawców multiplikowania wszystkich wymaganych zasobów.

Postulat właściwego zweryfikowania przez Zamawiającego zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia odnosi się także do sytuacji, gdy Zamawiający przewiduje możliwość skierowania strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia do instalacji położonej do 300 km. Oczywistym jest bowiem w tym przypadku, że wykonanie tej części zamówienia w sposób „standardowy”, tj. przy użyciu śmieciarek, nie jest możliwy. **W takim bowiem przypadku konieczny jest przeładunek odpadów na większe środki transportu, do czego konieczne jest dysponowanie**



przez wykonawcę stosownym miejscem przeładunku odpadów i stosownym zezwoleniem wydanym na podstawie ustawy o odpadach (w szczególności zezwoleniem na zbieranie odpadów). Takich wymagań Zamawiający jednak nie postawił.

Konieczność sformułowania przez zamawiających warunku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w przetargach na odbiór i zagospodarowanie odpadów potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2013r. wskazano bowiem, że: *„Rozpoznając zarzut dotyczący części IV punktu 9.4.3. specyfikacji (siwz) w zakresie wymagania załączenia do oferty ważnego zezwolenia na zbieranie i transport odpadów wydanego przez Marszałka Województwa Dolnośląskiego na podstawie art. 41 ustawy o odpadach, dotyczącego odpadów zaklasyfikowanych do grup podanych w części II pkt 1.1. specyfikacji, Izba miała na uwadze, że przedmiotem tego zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych i jak wskazano w pkt 2 części III siwz to zamówienie obejmuje odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów. Z kolei w Szczegółowych Warunkach Zamówienia - w lit. B.2 oraz w lit. C. 5 - wskazano również na obowiązki wykonawcy w zakresie magazynowania odpadów. Tak opisany przedmiot zamówienia nie został przez wykonawcę SITA zakwestionowany. Tym samym zdaniem Izby, mając na uwadze przepisy ustawy o odpadach, wymagane art. 41 ust.1 tej ustawy zezwolenie na prowadzenie zbierania odpadów, jest uzasadnione, albowiem tak ustalonego zakresu zadań nie można zrealizować tylko na podstawie wpisu do rejestru działalności gospodarczej, o którym stanowi art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Powyższe potwierdza także wskazany art. 9b ustawy, w myśl którego tylko działalność w zakresie odbioru odpadów jest działalnością regulowaną, podczas gdy w art. 6d tej ustawy obok odbierania odpadów komunalnych ustawodawca przewiduje także możliwość zorganizowania przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów”.* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2013 r., m.in. sygn. akt: KIO 559/13, 560/13; 561/13; 562/13, LEX nr 1311870).

Zamawiający nie może bowiem zapominać, że istotna jest jakość potencjalnych oferentów (świadczonych przez nich usług) niż ich liczba. Tym samym zarzut naruszenia m.in. art. 22 ust. 1a Pzp jest całkowicie uzasadniony

VI Żądanie wskazywania przez wykonawcę w Raportach Miesięcznych stawek za zagospodarowanie odpadów

W załączniku nr 9 do SOPZ, w zakładce 10 – Wzór Raportu Miesięcznego, Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek wskazywania w Raportach Miesięcznych (raportach miesięcznych przygotowywanych przez wykonawcę zgodnie z umową oraz SOPZ, stanowiących m.in. podstawę



17 stycznia 2020

wystawienia przez wykonawcę faktury za świadczenie usług) stawek za zagospodarowanie odpadów a także okresu obowiązywania stawki.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie ma podstaw do żądania od wykonawcy wskazywania takich informacji. Zamawiający jest co prawda gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ustawodawca przyznaje mu stosunkowo szerokie kompetencje do tworzenia dokumentów postępowania, jednak prawo to nie jest nieograniczone.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zdaniem Odwołującego, nakładając na wykonawcę wymóg wskazywania stawek za zagospodarowanie odpadów, a także okresu obowiązywania stawki, Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności. Zarówno zapisy SOPZ, wzoru umowy, jak i sam charakter usługi, jaką świadczyć ma wykonawca, nie uzasadniają żądania przez Zamawiającego od wykonawcy wskazywania takich danych. Nie uzasadniają tego również powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Określona przepisami Pzp potrzeba zachowania uczciwej konkurencji odnosi się bowiem nie tylko do stosunków między poszczególnymi wykonawcami, ale także między wykonawcą a samym zamawiającym, który również może wykorzystywać posiadane informacje z naruszeniem interesu konkretnego wykonawcy.

Odwołujący podkreśla przy tym, że wykonawcy działają w realiach gospodarki wolnorynkowej, gdzie każdy z przedsiębiorców świadczących usługi z zakresu gospodarki odpadami co do zasady może indywidualnie negocjować poszczególne stawki za zagospodarowanie odpadami. To, jakie stawki będą go obowiązywały, ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia jego przewagi konkurencyjnej i w oczywisty sposób przekłada się na kalkulowaną przez niego cenę ofertową.

Zamawiający, na potrzeby niniejszego postępowania, ukształtował **model ustalania wysokości wynagrodzenia wykonawcy zależny od ilości odpadów odebranych i przekazanych do zagospodarowania oraz odpadów odebranych i zagospodarowanych, a także od stawek za odbieranie lub odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych wskazanych w ofercie wykonawcy**. To, jaką stawkę wskaże w ofercie wykonawca, jest elementem jego strategii biznesowej, której wysokość zależy od wielu czynników, jakie wpływają na oferowaną przez wykonawcę cenę. Stawka ta ma co do zasady charakter stały. Poza zainteresowaniem zamawiającego powinna więc leżeć kwestia wysokości stawki za zagospodarowanie odpadów, a także okresu obowiązywania stawki, jaka obowiązuje wykonawcę na danej instalacji. Stawka ta nie ma bowiem wpływu na rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą (te są bowiem dokonywane w oparciu o cenę określoną w ofercie wykonawcy). **Są to kwestie nieistotne z punktu widzenia przedmiotowego zamówienia, mogące mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa**. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „zasada proporcjonalności oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu,



kryteriów selekcji czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony jednocześnie do podmiotów, którzy dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam, gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji, zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiednim stosunku do zamierzonych celów.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 371/17, LEX nr 2258069).

Powyższy wyrok, choć oparty na innym stanie faktycznym, można z powodzeniem przywołać w kontekście przedmiotowego zarzutu. W orzecznictwie „zasadę proporcjonalności” ocenia się pod kątem „adekwatności” działań zamawiającego, której nie sposób się doszukać. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający nie uwzględnił także faktu, że wielu wykonawców nie będzie w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego z uwagi na klauzule umowne obligujące ich do nieujawniania obowiązujących stawek za zagospodarowanie odpadów (tajemnica handlowa). Z kolei nieprawidłowości w zakresie wypełniania Raportu Miesięcznego mogą być powodem dla wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy.

VII Wysokość kar umownych

W §17 wzoru umowy Zamawiający zawarł katalog przesłanek, których spełnienie będzie uprawniało Zamawiającego do naliczenia wykonawcy kary umownej. W ocenie Odwołującego, liczący przeszło siedemdziesiąt pozycji zbior, stanowi próbę przerzucenia na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, co z kolei uznać należy za sprzeczne z przepisem art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 j.t. ze zm.).

Naruszenie przepisu art. 353¹ k.c. Odwołujący upatruje przede wszystkim w przeniesieniu na wykonawcę ryzyk wynikających z okoliczności nieleżących po stronie wykonawcy. W punkcie 3.3.1. (vi) SOPZ Zamawiający wskazuje, że wykonawca „*jest zobowiązany realizować usługę odbioru odpadów komunalnych niezależnie od szczególnych uwarunkowań związanych z obsługiwaną nieruchomością, w tym również w sytuacji utrudnionego lub ograniczonego dojazdu, czy też dostępu do Nieruchomości i zlokalizowanych na niej pojemników, itp.*”. Podobnie, w punkcie 3.3.1. (xviii) Zamawiający precyzuje, że „*w przypadku, gdy na trasie wykonywania Usługi występują utrudnienia w ruchu drogowych wynikające z remontów, warunków atmosferycznych, objazdów, imprez itd. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania Usługi pomimo tego rodzaju utrudnień i nie będzie mu*



przysługiwać wobec Zamawiającego jakiegokolwiek roszczenie wynikające z tytułu ewentualnego wzrostu kosztów realizacji zamówieni, spowodowanego ww. utrudnieniami, z zastrzeżeniem, że brak odbioru odpadów w ww. sytuacjach będzie stanowił uchybienie.”. Poszczególne zapisy SOPZ, w tym także te cytowane powyższej, wskazują na wyraźne intencje Zamawiającego co do konieczności realizowania poszczególnych obowiązków wynikających z umowy, choćby niemożność ich wykonania była niezależna od wykonawcy lub wynikała z siły wyższej. W §17 wzoru umowy Zamawiający przewidział szereg kar za opóźnienie wykonawcy w spełnieniu określonego świadczenia (np. §17 ust. 3 pkt 3 (dotyczący podstawienia pojemników), pkt 21, pkt 24), a z kolei w przypadkach, w których co do zasady zastrzegał karę za zwłokę wykonawcy w realizacji obowiązku umownego, to zapis ten był niespójny z zapisami SOPZ, które nakładają na wykonawcę obowiązek świadczenia usługi pomimo obiektywnych przeszkód, co ostatecznie, pomimo formalnego zastrzeżenia kary umownej „za zwłokę” wykonawcy, skutkowało by naliczeniem wykonawcy kary umownej pomimo braku jego zawinienia (vide: punkty 3.3.1. (vi) i (viii) SOPZ oraz §17 ust. 3 11 (dotyczący odbioru odpadów) wzoru umowy).

Tymczasem w orzecznictwie wskazuje się, że: *„za nadmierne i niedopuszczalne uznać należy nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności - co należało przyjąć w świetle klauzuli generalnej ograniczającej wykonywanie praw podmiotowych oraz zasadę swobody umów poprzez odesłanie do zasad współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 i 353¹ k.c.”.*

Odwołujący stoi na stanowisku, że takiego ryzyka nie da się skalkulować. W tym miejscu przypomnieć należy, że kara umowna w ujęciu cywilistycznym stanowi dodatkowe zastrzeżenie umowne określające sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania cywilnego. Wprowadzenie do umowy zapisu o karze umownej powinno być konsekwencją uprzedniego zdefiniowania przez Zamawiającego ryzyk oraz poprawnego przypisania do nich odpowiedniej funkcji, jaką w danym przypadku spełniać ma kara umowna. Właściwa analiza funkcji kary umownej pozwala na właściwe wyważenie interesu zamawiającego i ryzyk związanych ze świadczoną przez wykonawcę usługą, której to analizy Zamawiający najpewniej nie przeprowadził. Nakładanie na wykonawcę sankcji za zaistnienie okoliczności od niego niezależnych z całą pewnością nie wzmacnia więzi między stronami. Nie dyscyplinuje i nie zniechęca wykonawców do podejmowania prób uchylania się od obowiązków wynikających z umowy, ponieważ wykonawca nie ma wpływu na ich wystąpienie. W takich przypadkach nie sposób przypisać takiej karze umownej właściwej funkcji, co świadczy o nieprawidłowym formułowaniu zapisów dotyczących kar umownych. Podkreślić przy tym należy, że kara umowna stanowić powinna surogat odszkodowania i nie może służyć wzbogaceniu zamawiającego.



17 stycznia 2020

Co więcej, zgodnie z najnowszą ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych takie formułowanie zapisów przez Zamawiającego byłoby niedopuszczalne, jako stanowiące klauzule abuzywne. W myśl przepisu art. 433 powołanej ustawy projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Analogiczne zastrzeżenia Odwołujący kieruje wobec wysokości kar umownych, jak choćby w przypadku kary zastrzeżonej w §17 ust. 3 pkt 12 wzoru umowy, która w jego ocenie jest rażąco wygórowana.

Ustawodawca jednoznacznie obrał zatem kierunek dążenia do wyrównania pozycji stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, którą na podstawie dokumentów przedmiotowego postępowania należy uznać za wyraźnie zachwianą i dalece niekorzystną dla wykonawców.

VIII Przekazywanie odpadów do zagospodarowania do innej instalacji, oddalonej nie więcej niż 300 km

W punkcie 3.3.1. (xiii) SOPZ Zamawiający informuje, że „w szczególnych sytuacjach (m.in. awaria Instalacji Związku lub wyczerpanie się mocy przerobowych) Zamawiający ma prawo wskazać inną instalację oddaloną do 300 km od granic Związku, zgodnie z zasadami bliskości, do której Wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć Odpady zmieszane lub Bioodpady w ramach zaoferowanej ceny ofertowej (koszt zagospodarowania porywa Zamawiający, natomiast koszt transportu do wskazanej instalacji pokrywa Wykonawca)”.

W konsekwencji, w formularzu ofertowym, w części dotyczącej cen jednostkowych, Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do wskazania ceny „1 Mg odpadów zaklasyfikowanych do Bioodpadów odebranych z Nieruchomości i przekazanych do zagospodarowania do innej niż Biokompostownia instalacji wskazanej przez ZAMAWIAJĄCEGO oddalonej nie więcej niż 300 km od granic Sektora”.



17 stycznia 2020

Odwołujący stoi na stanowisku, że brak wskazania konkretnej instalacji bądź jednoznacznego określenie, jaką konkretnie odległość od granic sektora (z przedziału od 0 do 300 km) wykonawca powinien przyjąć jest sprzeczny z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp i może być odmiennie kalkulowane przez wykonawców, co z kolei może przełożyć się na niemożność porównania ofert. Brak wiedzy wykonawcy co tych okoliczności niemożliwa mu prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że koszt transportu odpadów do instalacji oddalonej od granic Związku przykładowo o 50 km i o 299 km będzie zdecydowanie różny. Mówimy tu bowiem o znacznej różnicy w odległościach (co wiąże się z innym czasem transportu odpadów, a więc i innym czasem pracy kierowcy i czasem zaangażowania pojazdów, inną ilością paliwa koniecznego do zużycia, innym rodzajem pojazdów itp.). Te różnice w kosztach powodują, że wykonawca nie może prawidłowo skalkulować w ofercie ryzyka wystąpienia konieczności transportu odpadów do innej instalacji niż wskazane w SIWZ (na inne odległości).

Dodatkowo, Zamawiający w SOPZ (vide: pkt 3.3.1. (xiii SOPZ), posługuje się niedookreślonym zwrotem „w szczególnych sytuacjach” nie precyzując, kiedy wykonawca będzie w istocie zobligowany do przekazywania odpadów do zagospodarowania do innej niż ITPOK wskazanej przez ZAMAWIAJĄCEGO instalacji oddalonej nie więcej niż 300 km od granic Sektora. Zamawiający wymienia, wyłącznie jako przykład, dwie sytuacje, które uznaje za „szczególne”, pozostawiając otwarty katalog sytuacji. Wykonawca soi na stanowisku, że skoro ma przyjąć na siebie ryzyko konieczności przekazywania odpadów do innej instalacji i wycenić to ryzyko (np. koszty transportu, koszty funkcjonowania bazy przeładunkowej), to powinien znać pełen katalog sytuacji, kiedy będzie to konieczne. Wiedza, w jakich sytuacjach na wykonawcy ciążyć będzie ten obowiązek, wpływa też na możliwość oszacowania skali danego zjawiska i ryzyka jego wystąpienia. Zdaniem Odwołującego, dotychczasowe działania Zamawiającego wkraczają poza swobodę umów. Wykonawca ma bowiem prawo wiedzieć, w jakich przypadkach powinien być przygotowany na to, że Zamawiający skieruje go do innej instalacji. Brak wiedzy wykonawcy co tych okoliczności niemożliwa mu prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej.

IX Niedookreślony katalog dokumentów potwierdzających podstawy do przyznania wykonawcy punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert

W tym miejscu ponownie wskazać należy, że w rozdziale 10 SIWZ, w części dotyczącej dokumentów, jakich Zamawiający żąda na potwierdzenie złożonej przez wykonawcę deklaracji dotyczącej pozacenowych kryteriów oceny ofert Zamawiający informował, że *„weryfikacja zadeklarowanego poziomu emisji spalin i liczba pojazdów będzie następowała na podstawie załączonych do oferty*



dokumentów (dowód rejestracyjny, umowa leasingu, najmu lub inne). Zamawiający przyzna punkt tylko za pojazdy w stosunku do których Wykonawca udokumentował (w ofercie) normę emisji spalin.” Oraz że „przyjmie zadeklarowaną w formularzu ofertowym liczbę pojazdów do odbioru odpadów wyposażonych w napęd elektryczny, gazowy, spalinowo- gazowy, spalinowo- elektryczny, gazowo- elektryczny (spełniających normę emisji spalin min. Euro 6 zgodnie z Dyrektywą 98/69/EC jeśli dotyczy)” w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego minimalnej liczby pojazdów dla danego Sektora określonej w Tabeli nr 2 SOPZ. (Uwaga: kryterium nie odnosi się do minimalnej liczby pojazdów wykazywanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale minimalnej liczby pojazdów jakimi dysponować musi Wykonawca w momencie przystąpienia do realizacji zamówienia określoną w Tabeli nr 2 SOPZ).”.

Zamawiający informuje również, że „weryfikacja zadeklarowanego rodzaju napędu elektrycznego, gazowego, spalinowo- gazowego, spalinowo- elektrycznego, gazowo- elektrycznego będzie następowała na podstawie załączonych do oferty dokumentów np. dowodu rejestracyjnego, lub innych odpowiednich dokumentów). Zamawiający przyzna punkt tylko za pojazdy w stosunku do których Wykonawca udokumentował (w ofercie) rodzaj napędu oraz normę emisji spalin (jeśli dotyczy).”.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 2d Pzp także poprzez opis zasad weryfikowania podstaw do przyznania dodatkowych punktów w ramach kryterium punktowanego „Norma emisji spalin pojazdów” oraz „Elektromobilność”.

W części dotyczącej „Norm emisji spalin” Zamawiający zawarł otwarty katalog dokumentów, które Zamawiający uzna za potwierdzające zadeklarowany poziom emisji spalin. Zamawiający posługuje się bowiem zwrotem „lub inne”, co zdaniem Odwołującego, stwarza po stronie oferentów niepewność, co do tego, jaki dokument zostanie uznany przez Zamawiającego, a który dokument będzie kwestionowany. W związku z tym, że zarzut dotyczy kryterium oceny ofert, a wykonawca nie będzie mógł uzupełnić dokumentów, Zamawiający powinien opisać zasady weryfikacji podstaw do przyznania punktów w ramach tego kryterium w sposób jednoznaczny i precyzyjny, bez możliwości odmiennej interpretacji zapisu przez poszczególnych oferentów.

Analogiczny zarzut odnosi się do weryfikacji podstaw zadeklarowanego przez wykonawców napędu w ramach kryterium „Elektromobilność”, gdzie Zamawiający ponownie posługuje się niedookreślonym zwrotem „lub innych odpowiednich dokumentów”, co do dodatkowo stwarza niepewność co do znaczenia, jakie Zamawiający nadaje słowu „odpowiednie”.

Wobec niepewności co do zasad weryfikacji przez Zamawiającego podstaw do przyznania punktów w ramach wyżej wymienionych pozacenowych kryteriów oceny ofert, niniejszy zarzut uznać należy za zasadny.




17 stycznia 2020

X Określenie wymogów dla pojazdu myjącego pojemniki

Odwołujący stoi również na stanowisku, że Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieadekwatne do charakteru usługi objętej przedmiotem niniejszego zamówienia opisanie wymogów, jakie spełniać musi pojazd, którym wykonawca posługiwać się będzie w celu realizacji nałożonego na niego obowiązku mycia pojemników. W punkcie 3.3.1. (xxiii) tiret drugi SOPZ Zamawiający zobowiązał wykonawcę do mycia pojemników na odpady o pojemności od 120 l do 1100 l specjalistycznym pojazdem nieprzeznaczonym do odbioru komunalnych. Jednocześnie Zamawiający jednoznacznie wykluczył możliwość realizacji usługi mycia wyżej wymienionych pojemników z wykorzystaniem przystawek myjących zamontowanych na pojazdach odbierających odpady. Odwołujący stoi na stanowisku, że taki opis pojazdu może znacząco zawęzić konkurencję na rynku z uwagi z uwagi na niezrozumiałe (z punktu widzenia standardu świadczenia usług) wykluczenie możliwości wykorzystywania w tym celu pojazdów, które wyposażone są w przystanki myjące. Rozwiązanie wykluczone przez Zamawiającego jest powszechnie stosowane w wysoko rozwiniętych krajach zachodnioeuropejskich i zapewnia należyte mycie pojemników, z zachowaniem wszelkich standardów sanitarnych. Dodatkowo może być rozwiązaniem daleko bardziej przyjaznym środowisku, ponieważ do mycia pojemników wykonawcy musieliby wykorzystywać pojazdy spełniające normy emisji spalin Euro 5 lub wyższe, tymczasem Zamawiający, pomimo podkreślania aspektów środowiskowych świadczenia usługi, w przypadku pojazdów myjących dopuszcza już pojazdy spełniające normy emisji spalin Euro 4, co jest działaniem niespójnym.

W świetle powyższego za zasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego, wnoszę o uwzględnienie odwołania.


Katarzyna Skiba-Kuraszkiewicz
radca prawny

Załączniki:

- pełnomocnictwo,
- dowód uiszczenia wpisu,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.