REMONDIS®

REMONDIS Sp. z o.o. ■ ul. Zawodzie 16 ■ PL-02-981 Warszawa

Warszawa, dnia 3 grudnia 2012 r.

Sz. P.
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:
Gmina Błonie
ul. Rynek 6; 05-870 Błonie
reprezentowana przez Burmistrza Błonia

Punkt kontaktowy:
Urząd Miejski w Błoniu,
ul. Rynek 6, 05-870 Błonie
tel.: +48 222753064; faks: +48 227253067
e-mail: bozena.hofman@um.blonie.pl
Osoba do kontaktów: Bożena Hofman

Odwołujący:
REMONDIS Sp. z o.o.
ul. Zawodzie 16; 02-981 Warszawa
tel.: +48 /0/ 22 593 04 75; faks: +48 /0/ 22 593 04 78

ODWOŁANIE

I. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na niezgodnych z przepisami ustawy sformułowaniami ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Błonie od właścicieli nieruchomości zamieszkałych.*" prowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Błonie reprezentowaną przez Burmistrza Błonia w trybie przetargu nieograniczonego, nr sprawy WZP.271.37.2012.

REMONDIS Sp. z o.o.
Grzegorz Czechowski
Dyrektor Zakładu

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 listopada 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 226-372294, zaś SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 26 listopada 2012 r.

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 i art. 7 Ustawy, poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, w sposób nadmierny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
2. naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 ustawy poprzez postawienie kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia tj. nie wpływają na jakość czy funkcjonalność usług będących przedmiotem zamówienia, a de facto dotyczą właściwości wykonawcy;
3. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, a także utrudniający uczciwą konkurencję;
4. art. 151 ust. 2 Pzp, poprzez uwzględnienie w treści SIWZ postanowień dotyczących zatrzymania części zabezpieczenia na okres rękojmi, pomimo że przedmiot zamówienia jest tego rodzaju, że nie mają do niego zastosowania przepisy dotyczące rękojmi;
5. art. 353^1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
7. oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

IV. ŻĄDANIA

1. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia i SIWZ w zakresie i w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 listopada 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia: 2012/S 226-372294. Zatem niniejsze odwołanie wnoszone wobec treści ogłoszenia w dniu 3 grudnia 2012 r. jest odwołaniem wniesiony z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.
2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES ORAZ SZKODA

1. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego licznych, nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

2. Powyższe rozumienie wymagań dla korzystania ze środków ochrony prawnej jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „*legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp*" (*Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych*, opublikowana na stronie internetowej UZP).

UZASADNIENIE

I. Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

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

   a. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 22 listopada 2010 roku (KIO/KU 83/10) „*Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowania nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. "Związany z przedmiotem zamówienia" - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia,*

jego zakresem, stopniem złożoności. "Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia" - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie."

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

2. Z przywołanego powyżej orzecznictwa wynika, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być tak postawione, aby wykonawca wybrany na podstawie warunków dawał rękojmię należytego wykonania umowy. W stosunku do wymaganego wpisu do rejestru handlowego Zamawiający postawił wymagania nie adekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

3. Zgodnie z sekcją III pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego został przez Zamawiającego sformułowany w następujący sposób:

„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

- aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r., o odpadach (Dz.U. Z 2010 r., nr 185, poz. 1243 z późn. zm.) i ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r., Prawo Ochrony Środowiska (Dz.U. Z 2008 r., nr 25, poz. 150 z późn. zm.

- aktualne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów komunalnych, niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r., o odpadach (Dz.U. Z 2010 r., nr 185, poz. 1243 z późn. zm.) i ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r., Prawo Ochrony Środowiska (Dz.U. Z 2008 r., nr 25, poz. 150 z późn. zm.

- aktualne uprawnienia w zakresie transportu towarów niebezpiecznych podlegające przepisom Ustawy o transporcie towarów niebezpiecznych i Umowy Europejskiej A.D.R.

- aktualne zezwolenie na składowanie lub inny sposób utylizacji balastu po segregacji.

- aktualny wpis do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Błonian w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w rozumieniu przepisów ustawy z 13 września 1996 r., o utrzymaniu czystości i porządku w gminach."

4. Wymóg posiadania przez wykonawcę aktualnego zezwolenia na składowanie lub inny sposób utylizacji balastu po segregacji jest sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia, nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Odpady odbierane przez wykonawcę z terenu gminy mają trafiać do Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (dalej: *„RIPOK"*) lub instalacji zastępczej wymienionej w Wojewódzkim Planie Gospodarowania Odpadami (dalej: *„WPGO"*) i to na tych instalacjach spoczywa obowiązek zagospodarowania odpadów w tym balastu po segregacji. Przerzucenie tego obowiązku na wykonawcę i wiążący się z tym wymóg posiadania w/w zezwolenia jest działaniem niedopuszczalnym. Odwołujący **wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie obowiązku posiadania przez wykonawcę aktualnego zezwolenia na składowanie lub inny sposób utylizacji balastu po segregacji oraz jednoznaczne określenie, iż balast po segregacji będzie odbierany i zagospodarowywany przez RIPOK lub instalacje zastępcze.**

5. Zgodnie z rozdziałem VI SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp dotyczące między innymi posiadania wiedzy i doświadczenia. W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca zobowiązany jest przedłożyć: *„wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,* ***co najmniej 2 usługi o podobnym charakterze polegające na odbiorze odpadów komunalnych, z podaniem ich wartości, dat wykonania oraz dokumentów potwierdzających że zostały wykonane należycie".***

6. Przytoczony powyżej opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków został przez Zamawiającego sporządzony w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W pierwszej kolejności należy bowiem zauważyć, iż postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z danego obszaru jest stosunkowo nowym rodzajem postępowań. Zamawiający sporządził w/w warunek w sposób nieprecyzyjny, ograniczając się jedynie do wprowadzenia wymogu posiadania doświadczenia w odbiorze odpadów komunalnych bez określenia zakresu przedmiotowego (pojemność pojemników np. 120, 240, 1100, kontenery, selektywna zbiórka, gabaryty, odpady budowlane) i wartościowego (usługi o wartości 10 000 zł czy 100 000 000 zł) wykonanych usług, czy Zamawiającemu chodzi o ilość odpadów komunalnych, czy ilość pojemników. Powyższy opis warunku stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. . 22 ust. 1 Pzp. Wobec tego, Odwołujący **wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:** W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca zobowiązany jest przedłożyć: *„wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,* ***co najmniej 2 usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych (kod odpadu: 20 03 01 – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne). W ramach jednej usługi wykonawca winien się wykazać odbiorem 3 500 Mg odpadów komunalnych w okresie jednego roku".***

II. Zarzuty dotyczące kryteriów oceny ofert.

1. Zamawiający ustanowił następujące kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

   - najniższa cena - waga 50 % (50 pkt),

   - zapewnienie Wykonawcy, jakie osiągnie poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania - 50%.

2. Ustalenie przez Zamawiającego przytoczonych powyżej kryteriów oceny ofert prowadzi do nieuprawnionego faworyzowania jednej z firm działającej w rejonie Zamawiającego tj. MZO Pruszków.

3. Zamawiający nie określił na jakiej podstawie należy przewidywać poziomy recyklingu i ponownego użycia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości uzyskania informacji o wydajności instalacji do której przekazuje odpady. Instalacje RIPOK są instalacjami umożliwiającymi pozyskanie odpadów do recyklingu oraz ponownego użycia natomiast nie prowadzą jako takie tych procesów. O ile możliwym jest określenie ilości odpadów poddanych recyklingowi ze strumienia selektywnie zebranego o tyle nie ma możliwości określenie jaka ilość pozyskanych odpadów surowcowych w instalacji RIPOK będzie poddana procesom recyklingu czy przekazanych do ponownego użycia. Tym samym, wprowadzenie kryterium oceny ofert w postaci zakładanych osiągniętych procentowych poziomów recyklingu należy uznać za co najmniej nieuzasadnione, gdyż pozostaje ono jedynie w sferze zapewnień wykonawcy co nie musi się następnie przekładać na realnie osiągany przez niego poziom recyklingu. Ponadto, nie odniesienie się do wprowadzenia obowiązku ważenia odpadów odebranych z danej gminy w momencie ich przywiezienia, skutkuje możliwością manipulowania osiągniętymi poziomami odzysku, poprzez dopisywanie odpadów surowcowych przywiezionych z innych gmin (w których nie przyjęto takiego sposobu oceny oferty jak w SIWZ).

4. Istotne wątpliwości budzi również ustanowiony przez Zamawiającego sposób oceniania ofert:

   „- najniższa oferta cenowa/cena oferty badanej x 50 pkt x 100%;

   *- minimalny wymagany poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła (**10%**) - 16 pkt;*

   a) minimalny wymagany poziom + 5% - 17 pkt,

   b) minimalny wymagany poziom + 10% - 18 pkt,

   c) minimalny wymagany poziom + 15% - 19 pkt,

   d) minimalny wymagany poziom + 20% i więcej - 20 pkt;

   *- minimalny wymagany poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (**5%**) - 16 pkt;*

   a) minimalny wymagany poziom + 10% - 18 pkt,

   b) minimalny wymagany poziom + 15% - 19 pkt,

c) minimalny wymagany poziom + 20% i więcej - 20 pkt;

- minimalny wymagany poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych (15%) - 6 pkt:

a) minimalny wymagany poziom + 5% - 7 pkt,

b) minimalny wymagany poziom + 10% - 8 pkt,

c) minimalny wymagany poziom + 15% - 9 pkt,

d) minimalny wymagany poziom + 20% i więcej - 10 pkt."

5. Przytoczony sposób oceniania ofert w nieuzasadniony sposób uprzywilejowuje wykonawcę, który ma rozwiniętą sortownię i możliwości recyklingowe. Natomiast nie ma rozwiniętej części biologicznej. Zarówno za poziomy recyklingu oraz za poziomy redukcji biodegradowalnych przyjęto jednakowe poziomy oceny oferty (max 20 pkt). Powyższe spowoduje wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę, który nie będzie w stanie zapewnić odpowiedniego poziomu redukcji biodegradowalnych, co w konsekwencji może prowadzić do nałożenia na Zamawiającego wysokich kar za nieosiągnięcie wymaganego poziomu redukcji.

6. Odwołujący **wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikację kryteriów oceny ofert poprzez wykreślenie kryterium zapewnienie Wykonawcy, jakie osiągnie poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania - 50% oraz wskazanie, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena (100%).**

III. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

1. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07) stwierdził, iż ***„wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej – zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu"***.

2. W rozdziale III (*Opis przedmiotu zamówienia*) pkt. 1 ppkt 1.2 SIWZ Zamawiający nieprecyzyjnie określił teren działania wykonawcy, bowiem w pkt. 1 ppkt 1.2 wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje odbiór z obszarów zabudowy wielorodzinnej, zaś w pkt. 1 ppkt 1.3. określił, iż odbiór odpadów będzie odbywał się z m.in. z obszarów budynków zamieszkania zbiorowego. Pojęcie budynków zabudowy wielorodzinnej i budynków zamieszkania zbiorowego są tożsame.

3. Zamawiający określił, iż przedmiotem zamówienia jest *„odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Błonie* ***od właścicieli nieruchomości zamieszkałych"***. Podczas gdy, zgodnie z zawartym w rozdziale III Opisem przedmiotu zamówienia, przedmiot zamówienia obejmuje również odbiór odpadów z obszarów zabudowy śródmiejskiej, budynków zamieszkania zbiorowego, **budynków użyteczności publicznej** (rozdział III, pkt 1 ppkt. 1.3 SIWZ), **odbiór z budynków rekreacji indywidualnej i obszarów zabudowy rekreacyjnej** (rozdział III, pkt 1 ppkt. 1.4 SIWZ) oraz **odbiór odpadów z nieruchomości, na których prowadzona jest działalność gastronomiczna** (rozdział III, pkt 1 ppkt. 1.5 SIWZ). Nie może zatem budzić żadnych wątpliwości fakt, iż postanowienia SIWZ w powyższym zakresie są sprzeczne.

4. Odwołujący **wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia polegające na wskazaniu, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych lub od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych (firm).**

5. Z kolei, w rozdziale III pkt. 1.6 SIWZ Zamawiający nie doprecyzował pojęcia punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Zamawiający nie podał m.in. informacji dotyczących tego kto będzie wyznaczał te punkty (czy będzie to Zamawiający czy wykonawca), obszaru działania punktów, kto będzie nadzorował funkcjonowanie tych punktów oraz tego kto będzie odbierał odpady z tych punktów. Brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy ewentualne skalkulowanie kosztów funkcjonowania tych punktów, a co za tym idzie prawidłową kalkulację ceny oferty. Odwołujący **wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wskazanie kto (Zamawiający czy wykonawca) będzie odpowiedzialny za zorganizowanie punktów selektywnego zbierania odpadów i kto będzie ponosił koszty związane z ich funkcjonowaniem.**

6. Zgodnie z rozdziałem III pkt. 4.2 ppkt 2) SIWZ podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zgodnie z art. 9e ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest obowiązany do: *„przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami komunalnymi)"*. Tym samy, Zamawiający przewiduje obowiązek korzystania tylko z RIPOK w zakresie przekazywania pozostałości z sortowania odpadów. Jak wynika z zapisów WPGO wydajność składowisk ujętych w tym dokumencie uznanych, jako RIPOK są wysoce niewystarczające (WPGO – region Warszawski). Dodatkowo znaczna część tych RIPOK jest w fazie projektowania,

budowania, a nie funkcjonowania np. składowisko w Klaudynie należące do MPO. Dlatego też zgodnie z ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach WPGO do czasu rozbudowy mocy przerobowych RIPOK, powinno się akceptować sytuacje, że odpady będą trafiały do instalacji zastępczych. Powyższe postanowienia SIWZ naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzą do niczym nie uzasadnionego ograniczenia ilość podmiotów, które mogą składać ofertę do dwóch podmiotów w rejonie Warszawskim.

7. Odwołujący wnosi o **nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez jednoznaczne określenie, że odpady będą przekazywane do RIPOK – regionalnej instalacji lub instalacji zastępczej.**

8. Sporządzenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny stanowi rażące naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i przejawia się również poprzez:

   a) zaniechanie określenia sposobu postępowania, gdy ilość pojemników będzie inna, niż ilość wskazana przez Zamawiającego w załączniku do SIWZ (wykaz nieruchomości z ilością odbieranych pojemników) bądź też w czasie realizacji zajdzie konieczność zmiany objętości tych pojemników (rozdział III pkt 1.6 A i B SIWZ);

   b) zaniechanie określenia sposobu postępowania i sposobu wynagradzania w sytuacji, gdy Zamawiający będzie wskazywał nowe posesje. Zamawiający nie określił chociażby ich orientacyjnej ilości nowych posesji.

   c) zaniechanie określenia sposobu postępowania gdy ilość odpadów przekroczy ilość podaną w Rozdziale III pkt 3 SIWZ (np. 8 070 Mg – w przypadku odpadów zmieszanych). Zamawiający nie ustalił sposobu weryfikacji tej ilości oraz nie ustalił na kim będzie spoczywał obowiązek dokonywania weryfikacji i ewentualnego powiadomienia drugiej strony w przypadku zbliżenia się do wartości granicznej (na Zamawiającym czy na wykonawcy). Zamawiający nie określił również kto będzie ponosił koszty odbioru i zagospodarowania odpadów w sytuacji przekroczenia ilości podanej w Rozdziale III pkt 3 SIWZ.

   d) zaniechanie wskazania działań jakie ma podjąć wykonawca gdy okaże się, że pojemniki nie spełniają norm bezpieczeństwa (oberwane kółka, uszy do wysypu, skorodowania) oraz gdy przyjęte objęte pojemności są niewystarczającego realizacji usługi. Powszechnie przyjmuje się, iż około 20-30% odpadów była utylizowana w sposób niezgodny z prawem. Przekładając to na objętości pojemników będą to dodatkowe ilości odbieranych odpadów.

   e) zaniechanie wskazania kodów odbieranych odpadów i posługiwanie się przez Zamawiającego nazwami potocznymi, a nie fachowym nazewnictwem odpadów, co może prowadzić do mylnej i odmiennej interpretacji pojęć stosowanych przez Zamawiającego.

Wobec tego, **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez uregulowanie w/w kwestii w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.**

9. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, a także wewnętrznie sprzeczny. Powyższe powoduje, iż wykonawca nie posiada kompletnych i szczegółowych wytycznych co do przygotowania oferty, co w konsekwencji uniemożliwia mu prawidłową kalkulację ceny oferty oraz prowadzi do naruszenia konkurencji. Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

a) wyrok KIO z dnia 26 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 632/09

„Zgodnie z 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, ust. 2 tegoż artykułu zakazuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. ***Obowiązek przygotowania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia obciąża zamawiającego. Dokonany opis winien być całkowity, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek przeliczeń. Wykonawca chcący uczestniczyć w postępowaniu, nie ma obowiązku wyręczania zamawiającego w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Powinien otrzymać kompletne i szczegółowe wytyczne co do przygotowania oferty, ponieważ jest to nieodzowny warunek przeprowadzenia prawidłowej kalkulacji ceny oferty. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, przekłada się na oznaczanie w poszczególnych ofertach nietożsamego zakresu dostaw, a w konsekwencji prowadzi do nieporównywalności ofert, czego następnym skutkiem jest naruszenie zasad uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców, przy dokonywaniu oceny tak sporządzonych ofert. (...) W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadny zarzut, iż zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, które utrudnia sporządzenie ofert i skalkulowanie ceny oraz wbrew dyspozycji normy art. 7 ust. 1 Pzp prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż sporządzone oferty z założenia stałyby się nieporównywalne."***

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

c) *„Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć nie tylko opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, ale także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu* ***ograniczenie zasady uczciwej***

konkurencji może nastąpić w wyniku opisania przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego". - wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008r.. sygn. akt KIO/UZP 1240/08

d) W tym miejscu wspomnieć należy jeszcze o Orzeczeniu z dnia 23 kwietnia 2009r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1/4900/22/21/09/726, w którym czytamy: „*Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia* ***zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji.***"

IV. Zarzuty dotyczące postanowień wzoru umowy.

1. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353^1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. (Sygn. akt: KIO/2036/10): „*Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353^1 Kc.*"

2. Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Tak m.in.. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. (Sygn. akt: KIO/459/11): „*Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy.*"

3. Zamawiający we wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają ww. przepisy:

a) Zgodnie z §1 ust. 2 pkt 2.6 ppkt C wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów komunalnych z pojemników o określonej pojemności oraz liczbie (pojemniki o pojemności 110 – 120 l, 240 l, 11000 l oraz kontenery KP 7 m3), a także odbioru odpadów z pojemników innych niż wyżej określone lub też zgromadzonych poza pojemnikiem tak zwanych „*dostawek*". Wprowadzając możliwość gromadzenia odpadów poza pojemnikami tj. w dostawkach, Zamawiający nie określił, jakie są to dostawki i jaka jest ich łączna ilość w skali roku oraz w określonej posesji. Tak nieprecyzyjne sformułowanie przedmiotu umowy uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie cen za realizację tego elementu przedmiotu zamówienia. **Odwołujący wnosi o wskazanie co Zamawiający rozumie pod pojęciem dostawki oraz jaką skalę dostawek wy ciągu roku wykonawca powinien uwzględnić w ofercie.**

b) W §3 ust. 2 pkt c) wzoru umowy określono, iż Zamawiający udostępni wykonawcy dane adresowe nieruchomości, z których będą odbierane odpady z wyłączeniem nazwisk i wyraża zgodę na ich przetwarzanie w celu realizacji zobowiązania. Zamawiający ani w SIWZ ani we wzorze umowy nie przewidział jednak sposobu ani terminu przekazania wykonawcy danych adresowych nieruchomości. W celu zapewniania wykonawcy możliwości przygotowania się do świadczenia usług tego typu informacje powinny mu zostać przekazane najpóźniej do dnia 31 maja 2013 r., gdyż wybrany wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usług od dnia 1 lipca 2013 r. W związku z powyższym, **Odwołujący o wskazanie, iż Zamawiający jest zobowiązany do dostarczenia wykonawcy danych adresowych, o których mowa w §3 ust. 2 pkt c) wzoru umowy najpóźniej do dnia 31 maja 2013 r.**

c) Zgodnie z §5 pkt 4 wzoru umowy w ryczałtowych cenach jednostkowych będąca podstawą rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą zawarte są koszty związane z transportem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, w tym koszty selektywnej zbiórki odpadów i odbioru odpadów selektywnie zbieranych, **koszty zakupu, dostawy i naprawy pojemników na odpady komunalne,** oraz wszelkie inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy. Takie określenie obowiązków Wykonawcy pozostaje w sprzeczności z ustawą o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, zgodnie z którą to **właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym** (art.. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy utrzymaniu porządku i czystości w gminach), a zatem przerzucenie tego obowiązku na wykonawcę jest niedopuszczalne. Odwołujący wnosi zatem o jednoznaczne wskazanie, iż **właściciel nieruchomości zapewnieni utrzymanie czystości i porządku przez wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym.**

d) Zgodnie z §6 ust. 1 wzoru umowy Wykonawca zapłaci Zmawiającemu karę umowną w wysokości 0.1% wartości zamówienia za spowodowanie przerwy

w świadczeniu usług z przyczyn zależnych od Wykonawcy za każdy dzień przerwy, w wysokości 1000 zł za każdą tonę brakującej masy odpadów komunalnych wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz w wysokości 10% wartości zamówienia za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy. Odwołujący zwraca uwagę, że powyższa wysokość kar jest wyraźnie nieadekwatna w stosunku do kar naliczanych przez Marszałka w przypadku nieosiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu i redukcji odpadów. Wysokość kar nie może przekraczać faktycznie wyrządzonej szkody lub wartości kary nałożonej na gminę, zaś powyższe określenie wartości kar umownych przez Zamawiającego ma charakter fiskalny oraz ma na celu odstraszenie Wykonawców od złożenia oferty. **Odwołujący wnosi zatem o zmniejszenie wysokości kar umownych, określonych §6 ust. 1 wzoru umowy.**

e) Zgodnie z §7 pkt 1e) wzoru umowy Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach uprawniających do odstąpienia od umowy, jeżeli Wykonawca przerwał realizację usług i przerwa trwa dłużej niż 2 dni. Zawarty w powyższym przepisie dwudniowy termin jest bardzo restrykcyjny, a ponadto nieprecyzyjny, gdyż Zamawiający nie określił, czy przerwanie realizacji usług dotyczy jednej nieruchomości czy usług świadczonych na terenie całej gminy. Zamawiający nie przewidział również sytuacji, w której przerwa w realizacji usług spowodowana jest wystąpieniem zdarzenia stanowiącego siłę wyższej, co naraża Wykonawcę na poniesienie skutków niezawinionego przerwania realizacji usług. **Odwołujący wnosi zatem o dookreślenie przez Zamawiającego czy przerwanie realizacji usług dotyczy jednej nieruchomości czy usług świadczonych na terenie całej gminy. Ponadto, Odwołujący wnosi o uwzględnienie we wzorze umowy możliwości wystąpienia sytuacji, w której przerwa w realizacji usług spowodowana jest wystąpieniem zdarzenia stanowiącego siłę wyższą i wskazanie, iż wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przerwę w realizacji usługi spowodowaną jej wystąpieniem.**

V. Zarzuty dotyczące zabezpieczenia.

1. Zgodnie z art. 151 ust. 2 Pzp, kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekroczyć 30% wysokości zabezpieczenia. Zamawiający w rozdziale XX pkt 7 SIWZ wskazał, iż *„pozostała część zabezpieczenia w wysokości 30% służyć będzie zabezpieczeniu roszczeń z tytułu rękojmi za wady jest zwrócona nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady."* Przepis art. 151 ust. 2 Pzp nie znajduje jednak zastosowania w niniejszym postępowaniu, gdyż przedmiot zamówienia jest tego rodzaju, że nie mają do niego zastosowania przepisy dotyczące rękojmi. Tym samym zastrzeżenie zatrzymania przez Zamawiającego części zabezpieczenia należy uznać za niedopuszczalne.

2. **Wobec tego, Odwołujący wnosi o wykreślenie w/w postanowienia SIWZ.**

VI. Inne zarzuty dotyczące treści SIWZ.

1. Jak już wyżej wskazywano, jedno z kryteriów oceny ofert stanowi zapewnienie Wykonawcy, jakie osiągnie poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania (waga 50%). Z ostrożności, Odwołujący wskazuje, iż w przygotowanym przez Zamawiającego formularzu oferty brak miejsca na podanie przez wykonawcę osiąganego poziomu recyklingu (w formularzu oferty nie wskazano gdzie należy podać zgłaszany poziom osiąganego recyklingu). **Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez modyfikację formularza oferty polegającą na wskazaniu miejsca, w które należy wpisać osiągany poziom recyklingu.**

VII. Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową;
2. Odpis KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

REMONDIS Sp. z o.o.

Grzegorz Czechoński
Dyrektor Zakładu