sdzlegal
schampera dubis zając in alliance with SCHINDHELM

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a (budynek Adgar Plaza)

02-676 Warszawa

Odwołujący: Wojciech Byśkiniewicz, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **„BYŚ" Wojciech Byśkiniewicz**, ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, zastępowany przez radcę prawnego Annę Specht-Schampera z Kancelarii Prawnej Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy Sp.k., Pl. Solny 16, 50-063 Wrocław, tel. 71 326 51 40, fax. 71 326 51 41, e-mail: wroclaw@sdzlegal.pl, as@sdzlegal.pl.

Zamawiający: **Gmina Błonie**, reprezentowana przez Burmistrza Błonia, ul. Rynek 6, 05-870 Błonie, strona internetowa: www.blonie.pl, tel. 22 725 30 04, fax. 22 725 30 67, ratusz@um.blonie.pl, bozena.hofman@um.blonie.pl.

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na **„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Błonie od właścicieli nieruchomości zamieszkałych"** (nr sprawy: WZP.271.37.2012), nr ogłoszenia o zamówieniu 2012/S 225-370966.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, odpis pełnomocnictwa w załączeniu, na postawie art. 180 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych (zwanego dalej „Pzp"), niniejszym wnoszę odwołanie **wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu,**

pozacenowego kryterium oceny, innych postanowień SIWZ dot. katalogu zmian umowy, zasad kalkulacji ceny ofertowej i rozliczenia stron umowy, tj. wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego **zarzucam** naruszenie:

- art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (**dalej jako u.c.p.g.)** w zw. art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nie uwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie niedookreślenia wiążących wykonawców przepisów prawa miejscowego obejmującego Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach (pkt I SIWZ), ilości odpadów komunalnych, do odbioru i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach umowy (pkt III SIWZ), w tym poprzez zaniechanie podania ilości mieszkańców, typu zabudowy w odniesieniu do podanych miejsc posadowienia pojemników, określenia zakresu czynności polegających na odbiorze odpadów komunalnych, co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości odpadów powstających w gminie, zmianami w strukturze tych odpadów, czy zmianami w zakresie ilości nieruchomości i mieszkańców gminy, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej (pkt XVI SIWZ), przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego (§ 5 wzorca umowy) i braku możliwości zmiany umowy (pkt XXI.7 SIWZ). Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję;

- art. 3 Pzp w związku z art. 6c ust. 2, art. 6d ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 3b u.c.p.g., poprzez objęcie przedmiotem zamówienia usług nie podlegających Pzp, a to odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych (pkt II SIWZ);

- art. 5 ust. 1 pkt 1 u.c.p.g. poprzez narzucenie w § 5 ust. 4 wzorca umowy objęcia ceną ryczałtową kosztów zakupu i dostawy pojemników, gdy tymczasem obowiązek ten spoczywa na właścicielach nieruchomości, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 353(1) k.c.;

- art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 Pzp, art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 25 ustawy o odpadach i art. 9e ust. 1 u.c.p.g. oraz art. 23 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie od każdego z wykonawców, także tych wspólnie ubiegających o przedmiotowe zamówienia, zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz zezwolenie na składowanie lub inny sposób utylizacji balastu po segregacji (pkt VII.1.1. i 4 SIWZ), w szczególności wobec niedookreślenia żądanych zezwoleń (z uwzględnieniem definicji legalnych) oraz wobec opisu przedmiotu zamówienia nieprzewidującego, co do zasady, unieszkodliwiania odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych.

- art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedoprecyzowanie opisu sposobu dokonania oceny warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt VII.1.2. SIWZ);

- art. 91 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, poprzez nieprecyzyjne określenie pozacenowego kryterium oceny ofert (pkt XVII SIWZ), w szczególności poprzez niepodanie ilości zbieranych odpadów.

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

1) określenie przepisów prawa miejscowego stanowiących podstawę wymagań określonych w SIWZ i wpływających na przedmiot oferty i umowy, względnie poprzez stosowną zmianę terminu składania ofert, tak aby przypadł on po wejściu w życie nowo stanowionych (w związku z nowelizacją u.c.p.g.) przepisów regulujących w gminie Błonie czystość i porządek;
2) wskazanie maksymalnej ilości odpadów komunalnych, których odbiór i zagospodarowanie będzie objęte przedmiotem zamówienia za określone wynagrodzenie ryczałtowe, z podziałem na wszystkie frakcje odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny;
3) doprecyzowanie Opisu Przedmiotu Zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mogli ustalić rzeczywisty zakres zlecanej usługi (z usunięciem z OPZ odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych) i w ślad za tym skalkulować jej koszty, m.in. poprzez wskazanie w OPZ ilości mieszkańców, ilości i lokalizacji nieruchomości objętych usługą, z uwzględnieniem przede wszystkim specyfiki zabudowy w gminie (tj. podział na nieruchomości zamieszkałe i niezamieszkałe, na zabudowę jednorodzinną i wielorodzinną, na zabudowę miejską i wiejską),

przypisania pojemników do typu zabudowy w danej lokalizacji, poprzez dookreślenie „punktów selektywnego zbierania odpadów";

4) rozszerzenie katalogu zmian umowy w zw. ze zmianą ilości i morfologii odpadów;
5) zmianę opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zezwoleń, tj. usunięcie z SIWZ opisanych w odwołaniu zezwoleń związanych z unieszkodliwianiem odpadów komunalnych, względnie o dopuszczenie możliwości legitymowania się tymi zezwoleniami przez jednego członka konsorcjum;
6) doprecyzowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w szczególności poprzez dookreślenie „usługi o podobnym charakterze" do przedmiotu zamówienia;
7) doprecyzowanie pozacenowego kryterium oceny ofert, w sposób w szczególności umożliwiający jego obiektywne wyliczenie i ocenę, a także jego weryfikację na etapie wykonania umowy.

Interes

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, *„na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)"* (tak KIO w wyroku z dnia 23.08.2012r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12). Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może wiązać z realizacją zamówienia.

Uzasadnienie

Ogłoszeniem w Dz.U.U.E. w dniu 23.11.2012r. (nr 372294-2012) Zamawiający wszczął postępowania pod nazwą „Odbiór i zagospodarowane odpadów komunalnych z terenu gminy Błonie od właścicieli **nieruchomości zamieszkałych**". SIWZ opublikowano na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 26.11.2012r., zaś wzór umowy stanowiący element SIWZ dopiero w dniu 28.11.2012r.

I.

W pkt I SIWZ Zamawiający wskazuje, że postępowanie prowadzone będzie na podstawie Ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 nr 152, poz. 897), dalej przytaczana jako „u.c.p.g.", oraz Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta i gminy Błonie. Zamawiający jednak nie podaje, o jaki dokładnie Regulamin chodzi. Na dzień wszczęcia postępowania w Gminie Błonie obowiązuje bowiem Regulamin stanowiący Załącznik nr 1 do uchwały nr XXII/157/08 z dnia 23.04.2008r. Rady Miejskiej w Błoniu. Treść SIWZ sugeruje jednak, że Zamawiający odwołuje się do Regulaminu uchwalonego przez Radę Miejską w Błoniu w dniu 19.11.2012r. (Zał. nr 1 do uchwały nr XXVII/206/12), jednak w SIWZ tego jednoznacznie nie wskazuje. Co istotne jednak, Regulamin uchwalony dnia 19.11.2012r. do dnia dzisiejszego nie obowiązuje i nie wiadomo, kiedy i w jakim kształcie Regulamin ten będzie obowiązywał.

Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminach jest aktem prawa miejscowego, który określa szczegółowo zasady utrzymania czystości i porządku na terenie gminy (art. 4 ust. 1 i 2 u.c.p.g.). Tym samym w siatce pojęć konstytucyjnych regulamin jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego na terenie gminy, której rada go uchwaliła.

Regulamin ten ma ogromne znaczenie przy organizowaniu przetargu na odbieranie albo odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, gdyż w SIWZ powinno się określić szereg wymagań wynikających wprost z Regulaminu, do czego odwołuje się art. **6d ust. 4 u.c.p.g.** (wymagania co do pojemników na odpady, kwestie związane ze sposobem zbierania i częstotliwością odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości).

Warunkiem obowiązywania Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminie jest jego należyte ogłoszenie. W tej kwestii znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 20 lipca 2000r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 197, poz. 1172 z późn. zm.). Akty prawa miejscowego stanowionego przez m.in. organ gminy ogłasza się w wojewódzkim dzienniku urzędowym (art. 13 pkt 2 tej ustawy). Zasadą przyjętą w art. 4 ust. 1 tej ustawy jest, że akty normatywne zawierające przepisy powszechnie obowiązujące ogłaszane w dziennikach urzędowych wchodzą w życie po upływie 14 dni od dnia ich ogłoszenia, chyba że dany akt normatywny określi termin dłuższy. Regulamin poddany jest nadto weryfikacji, w trybie prawnego nadzoru, przez wojewodę, a nadto może być

zaskarżony przez mieszkańców gminy w trybie art. 101 ustawy o samorządzie gminnym.

Wejście w życie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta i gminy Błonie o treści uchwalonej w dniu 19 listopada 2012r. jest zatem obarczone ryzykiem, którego Zamawiający w SIWZ nie opisuje, w szczególności iż Zamawiający w ogóle nie dopuszcza w SIWZ możliwości zmiany umowy, w tym w związku ze zmianą treści Regulaminu (vide pkt XXI.7 SIWZ), która to zmiana może przecież nastąpić po złożeniu ofert przez wykonawców (m.in. wskutek autokorekty Rady Miejskiej w Błoniu czy rozstrzygnięć nadzorczych Wojewody Mazowieckiego).

Powyższe stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. Na tej zasadzie Zamawiający winien stosownie zmodyfikować SIWZ, wskazując, o jaki dokładnie Regulamin chodzi, oraz określając skutki ewentualnej zmiany Regulaminu po złożeniu ofert czy utrzymaniu w obrocie Regulaminu z dnia 23.04.2008r., względnie Zamawiający winien zmienić termin składania ofert, tak aby przypadł on po wejściu w życie Regulaminu z dnia 19.11.2012r.

II.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.1.1) oraz w SIWZ (pkt II) Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Błonie od **właścicieli nieruchomości zamieszkałych**. Zgodnie z art. 6c ust. 1 u.c.p.g. są to nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Ustawa ta nie definiuje ani pojęcia *„nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy"*, ani nawet pojęcia *„mieszkańca"*, należy więc dokonać wykładni u.c.p.g. i SIWZ.

Podstawowym rodzajem wykładni tekstów prawnych jest ich wykładnia językowa, na podstawie której, w sytuacjach wątpliwych, określany jest zakres znaczeniowy danego przepisu, poza który nie można wyjść ze względu na wyniki wykładni systemowej, czy językowej. Z kolei wśród reguł wykładni językowej podstawowe znaczenie przypisać należy zasadzie, iż normie prawnej należy przypisywać takie znaczenie, jakie ma ona w języku potocznym (tak np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 08.05.1998r., sygn. akt I CKN 664/97, opublik. OSNC 1999/1/7). Potocznie, pojęcie „mieszkaniec" oznacza *„osobę stale mieszkającą w jakimś miejscu"*, z kolei czasownik „mieszkać" oznacza *„zajmować jakieś pomieszczenie i traktować je jako główne miejsce swojego pobytu"* (wszystkie definicje powołane są za

Słownikiem Języka Polskiego PWN dostępnym w wydaniu elektronicznym: http://sjp.pwn.pl).

Zgodnie z art. 25 Kodeksu cywilnego miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu. Zgodnie z art. 2d rozporządzenia WE nr 763/2008 z dnia 9 lipca 2008r. w sprawie spisów powszechnych ludności i mieszkań (Dz. Urz. UE L z 2008 r., poz. 218, s. 14), wg zawartej tam definicji „miejsca zamieszkania", jest to miejsce, w którym osoba zazwyczaj spędza czas przeznaczony na odpoczynek, niezależnie od czasowych nieobecności związanych z wypoczynkiem, urlopem, odwiedzinami u przyjaciół i krewnych, interesami, leczeniem medycznym lub pielgrzymkami religijnymi. Natomiast na podstawie art. 1 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym Naczelny Sądu Administracyjny w wyroku z dnia 01.12.2008r. (sygn. akt I OSK 1774/07) wskazał, że mieszkańcami gminy będą zatem zarówno osoby zamieszkujące i zameldowane na jej terenie na pobyt stały, jak i osoby niezameldowane, ale przebywające w danej miejscowości na terenie gminy z zamiarem stałego pobytu.

Reasumując, nieruchomości zamieszkałe to nieruchomości, na których przebywają osoby fizyczne z zamiarem stałego pobytu, tj. z wolą pozostawania na nich w sposób trwały, utożsamiany także z miejscem wypoczynku po codziennych obowiązkach.

Na podstawie **art. 6c ust. 2 u.c.p.g.** rada gminy może, w drodze uchwały stanowiące, akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy. Rada Miejska w Błoniu nie podjęła uchwały w trybie art. 6c ust. 2 u.c.p.g., co oznacza, że przetarg na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości gmina organizuje tylko w odniesieniu do nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (**art. 6d ust. 1 w zw. z art. 6c ust. 2 u.c.p.g.**). Tym samym z mocy u.c.p.g. właściciele nieruchomości niezamieszkałych pozbywają się odpadów komunalnych we własnym zakresie, w sposób zgodny z przepisami ustawy i przepisami odrębnymi, tj. na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z gminną jednostką organizacyjną lub uprawnionym przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne (art. 5 ust. 1 pkt 3b w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 2 u.c.p.g.).

Tymczasem Zamawiającym określił w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.1.5) i SIWZ (pkt III.1), że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór odpadów komunalnych:

- z budynków użyteczności publicznej (pkt III.1.3. SIWZ),

- z budynków rekreacji indywidualnej i obszarów zabudowy rekreacyjnej (pkt III.1.4 SIWZ),

- z nieruchomości, na których prowadzona jest działalność gastronomiczna, hotelarska, medyczna, weterynaryjna (pkt III.1.5 SIWZ).

Nie może budzić wątpliwości, iż są to nieruchomości niezamieszkałe. W świetle powołanych definicji trudno w szczególności przyjąć, że osoby korzystające z usług gastronomicznych, usług medycznych, czy usług rekreacyjnych, względnie osoby usługi takie świadczące, miejsce świadczenia tych usług traktują jako miejsce swojego „zamieszkania", tj. miejsce swojego głównego pobytu. Przeciwnie, w tego typu miejscach przebywa się wyłącznie w okresie świadczenia lub wykonywania usługi.

Stanowisko to znajduje dodatkowe uzasadnienie w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie miasta i gminy Błonie uchwalonym w dniu 19.11.2012r., gdzie pod pojęciem „nieruchomości niezamieszkałych" rozumie się m.in. urzędy, obiekty kultury i sportu, szkoły, obiekty komunikacji publicznej, przychodnie weterynaryjne, hotele, obiekty gastronomiczne (vide § 2 pkt 5, pkt 48 Regulaminu z dnia 19.11.2012r.).

Wobec powyższego, w szczególności wobec niepodjęcia przez Radę Miejską w Błoniu uchwały, o której mowa w art. 6c ust. 2 u.c.p.g., Zamawiający bezprawnie przedmiotem zamówienia obejmuje odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych.

Powyższe stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 3 Pzp w zw. z art. 6c ust. 1 i 2 w zw. z art. 6d ust. 1 i art. 6 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 3b u.c.p.g., poprzez objęcie przedmiotem zamówienia usług niepodlegających Pzp.

III.

Stosownie do przepisu 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**. Opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wymagań stawianych przepisem art. 29 ust. 1 Pzp nie spełnia, co najmniej z następujących względów:

(1) Brak wskazania ilości odpadów objętych przedmiotem zamówienia

W pkt III.3 SIWZ Zamawiający podaje jedynie *„W sumie ilość odpadów odebranych i zagospodarowanych nie może przekroczyć ilości (Mg) ton,*

1)w tym zmieszanych - 8070 Mg,
2)odpadów zielonych - 500 Mg,
3)papieru i tektury - 329 Mg,
4)szkła, łącznie szkła bezbarwnego oraz szkła kolorowego - 391 Mg,
5)tworzywa sztucznego - 264 Mg,
6)opakowań wielomateriałowych - 20 Mg,
7)metali - 30 Mg,
8)odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji - 20 Mg."

Zamawiający nie określa przy tym, czy jest to ilość przewidziana na cały okres trwania umowy czy może na jeden rok? Nie wiadomo przy tym, w szczególności zważywszy na:
- pkt XVI.7.1 SIWZ (zmiana umowy dopuszczalna tylko w razie rezygnacji Zamawiającego z realizacji części umowy),
- pkt IX SIWZ (nie przewiduje się zamówień uzupełniających) i
- § 5 umowy (wynagrodzenie ryczałtowe bez możliwości zmiany),
co ten limit oznacza dla wykonawcy? Czy podane powyżej wartości wyznaczają zakres przedmiotowy umowy, który determinuje wynagrodzenie wykonawcy, co oznaczałoby (stosując analogię do art. 632 § 1 k.c.), iż wykonawca „zwolniony" jest z wykonania umowy w razie przekroczenia podanych ilości? Czy może jednak wykonawca ma odebrać w wykonaniu umowy wszystkie odpady wytworzone na terenie nieruchomości zamieszkałych w ramach ryczałtu, jedynie skalkulowanego w oparciu o podane ilości (czyli że podane ilości służyłyby jedynie porównaniu ofert)?

Zamawiający w ogóle nie podaje ilości odpadów przewidzianych OPZ do odbioru opisanych jako „pozostałe zbierane selektywnie wymienione w § 4 pkt 15 Regulaminu" (pkt III.1.1.d, 1.2.d., 1.3.d., 1.5.d.). Przy założeniu, iż w SIWZ chodzi o Regulamin uchwalony w dniu 19.11.2012r., Zamawiający winien określić w SIWZ ilość następujących frakcji odpadów objętych przedmiotem zamówienia:
- przeterminowane leki i chemikalia, w tym farby, rozpuszczalniki, oleje odpadów itd.,

- zużyte baterie i akumulatory,

- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, w tym wszelkiego rodzaju lampy żarowe, halogenowe, świetlówki,

- inny sprzęt będący na wyposażeniu gospodarstw domowych, meble i inne odpady wielkogabarytowe,

- odpady budowlano-remontowe i rozbiórkowe,

- zużyte opony,

- tekstylia, w tym ubrania,

- powstające w rodzinnych gospodarstwach rolnych opakowania po środkach ochrony roślin i nawozach.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga, iż koszty zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych i zebranych selektywnie są skrajnie różne, w szczególności wobec zakazu mieszania tych odpadów (art. 9e ust. 2 u.c.p.g. oraz art. 11 ustawy o odpadach). Tym samym bez tych ilości wykonawca nie jest w stanie sporządzić oferty obejmującej odbiór i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych selektywnie zebranych przewidzianych OPZ.

Zamawiający nie podaje, nawet szacunkowo, **ilości odpadów, które mają być odebrane z tzw. „dostawek"** (tj. gdy odpady są gromadzone poza pojemnikiem), o czym mowa w pkt III.C.5 SIWZ.

Zamawiający nie podaje także, ile odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, z podziałem na poszczególne frakcje, odbierano dotychczas z terenu gminy, z nieruchomości zamieszkałych, mimo iż Zamawiający dane takie winien posiadać. Dane te są także potrzebne do obliczenia możliwych do uzyskania poziomów odzysku i in. stanowiących pozacenowe kryterium oceny ofert (pkt XVII SIWZ).

(2) Brak innych danych umożliwiających kalkulację ceny ofertowej.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, nie tylko nie określił w sposób precyzyjny ilości odpadów „objętych" przedmiotem zamówienia, która to ilość, ma kluczowe znaczenie do określenia kosztów świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, ale i nie podał szeregu dalszych danych, które w ocenie Odwołującego, są niezbędne dla dokonania prawidłowego oszacowania cen, o których mowa. I tak:

(a) **Zamawiający nie wskazał, ilu mieszkańców zamieszkuje Gminę Błonie i jakie są ilości odpadów wytwarzanych przez 1 mieszkańca z podziałem na poszczególne frakcje odpadów objęte przedmiotem zamówienia.**

(b) **Zamawiający nie wskazał, jaka jest struktura zamieszkania w Gminie, jakie są w gminie gospodarstwa domowe** (ilość nieruchomości zamieszkałych odpowiednio przez 1-2 osoby, 3-4 osoby, 5-6 osób, ponad 6 osób). Zamawiający podał w SIWZ jedynie zestawienie tabelaryczne ilości i rodzaju pojemników z miejscem ich posadowienia (wskazanie miejscowości i ulic), jednak **Zamawiający nie przypisał poszczególnych ulic do rodzaju zabudowy** (np. nieruchomości wielorodzinne i w zabudowie jednorodzinnej, nieruchomości miejskie i wiejskie), mimo że w pkt III.1 SIWZ sam Zamawiający rozróżnia zabudowę dla potrzeb określenia częstotliwości odbioru. Ilość odpadów odbieranych z danej nieruchomości jest zdeterminowana ilością osób zamieszkujących daną nieruchomość. Tym samym wykonawca nie jest w stanie ustalić kosztów odbioru odpadów, skoro na podstawie SIWZ nie jest w stanie określić tras pojazdów dedykowanych odpowiednim pojemnikom (SM-120, SM-240, SM-1100, KP-7), wobec braku przypisania poszczególnych nieruchomości czy pojemników do danego typu zabudowy.

(c) **Zamawiający nie podaje, co rozumie** w pkt III.1.6 SIWZ **pod pojęciem „punkty selektywnego zbierania odpadów", ile ma być tych punktów,** w szczególności gdy w pkt III.1.6. SIWZ mowa jest o obowiązku wykonawcy przyjęcia w tym punkcie „nieograniczonej ilości selektywnie zebranych odpadów". Czy są to punkty z art. 3 ust. 1 pkt 6 u.c.p.g., do tworzenia których ustawodawca zobowiązuje gminy? Zorganizowanie punktu (zwanego PSZOK) wymaga ogromnych nakładów (finansowych i organizacyjnych), w tym dysponowania odpowiednią nieruchomością, co nabiera szczególnego znaczenia w świetle proponowanego przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego dla wykonawcy. Jak nadto ma się poczynione przez Zamawiającego zastrzeżenie o obowiązku wykonawcy przyjęcia w tym punkcie „nieograniczonej ilości selektywnie zebranych odpadów" do zapisu z pkt III.3 SIWZ „w sumie ilość odpadów odebranych i zagospodarowanych nie może przekroczyć ilości (Mg) ton? Czy ilości te obejmują także odpady z punktów selektywnego zbierania odpadów, a jeżeli nie, jak Zamawiający określa ilość odpadów przekazanych do tych punktów w ramach wynagrodzenia ryczałtowego z § 5 umowy?

(d) **Zamawiający nie określa, jak ma być wykonywana usługa odbierania odpadów selektywnie zbieranych wymienionych w § 4 ust. 5 Regulaminu.**

(e) Mając na względzie powyższe zastrzeżenia, stwierdzić należy, że **Zamawiający nie określa,** do czego obliguje Zamawiającego art. 6d ust. 4 pkt 1 u.c.p.g., **wymogów dotyczących przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych,** odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

W treści SIWZ zamieszczono w części III OPZ pkt 4 o brzmieniu tożsamym z literalnym brzmieniem art. 6d ust. 4 pkt 1 u.c.p.g. W SIWZ Zamawiający ograniczył się także do zacytowania art. 9d ust. 1 i 2 oraz art. 9e u.c.p.g., co jednak nie czyni zadość szczególnym wymaganiom dla SIWZ dla przetargów na odbiór i zagospodarowanie wynikającym z u.c.p.g.

Reasumując powyższe wywody, przypomnieć należy, iż *„przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i rzutuje na treść przyszłej umowy. Wobec ww. skutków niezbędne jest dochowanie przez zamawiającego spoczywającego na nim obowiązku przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, ale również z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców"* (tak KIO w wyroku z dnia 10 kwietnia 2012r., sygn. akt KIO 573/12). Obowiązek wynikający z art. 29 ust. 1 Pzp, KIO wyjaśnia też w następujący sposób: ***„Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego i jednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozostawia wykonawcom pola do domysłów i interpretacji, a co za tym idzie, umożliwia prawidłowe sporządzenie oferty"*** (wyrok KIO z dnia 02.04.2012r., sygn. akt KIO 550/12). W niniejszej sprawie trudno przyjąć, iż obowiązek ten został przez Zamawiającego dochowany, skoro lektura SIWZ oraz załączników do tego dokumentu rodzi po stronie wykonawców, nawet tych mających wieloletnie doświadczenie na rynku odbioru odpadów, tak wiele wątpliwości.

IV. Rozliczenie umowy

Brak określenia w SIWZ ilości odpadów komunalnych „objętych" przedmiotem zamówienia oraz brak innych danych wskazanych w odwołaniu powyżej jest szczególnie rażącym uchybieniem Zamawiającego w kontekście metody wzajemnych rozliczeń stron przyszłej umowy o zamówienie publiczne. W pkt XVI SIWZ Zamawiający wskazuje:

1. *Cena ofertowa winna uwzględniać koszty wszystkich czynników i materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie ze SIWZ.*
2. *W cenie ofertowej należy przewidzieć koszty wykonania nie wymienione przez Zamawiającego, a konieczne do wykonania zamówienia.*
3. *Wykonawca określi cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia.*
4. *Wynagrodzenie będzie niezmienne przez cały okres trwania umowy i Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia.*

W niniejszej sprawie kwestia niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia wiąże się więc bezpośrednio także i z tym, iż ryzyka gospodarcze związane z tą niejednoznacznością są w całości przerzucone na wykonawców. Wzór umowy o zamówienie publiczne nie przewiduje bowiem żadnych mechanizmów, które zminimalizowałyby skutki niedoszacowania przez Zamawiającego ilości odpadów „objętych" zamówieniem. W szczególności Zamawiający przewiduje zmianę umowy w bardzo ograniczonym zakresie (XXI.7 SIWZ), jedynie na korzyść Zamawiającego w zakresie ograniczenia przedmiotu umowy (*nota bene* bez określenia szczegółowych zasad rozliczenia się w takim przypadku z wykonawcą).

Tymczasem, jak przypomina KIO w swoim orzecznictwie: *„Kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć oparcie w potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia mogą być uznane w swym charakterze za umowy adhezyjne, a zatem zawierane w istocie na warunkach określonych przez zamawiającego, co wynika zarówno z uprawnienia ustawowego do ustalania ich treści, a w kontekście źródła tego uprawnienia, z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym"* (wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt KIO 2111/11; KIO 2130/11; KIO 2131/11). W niniejszej sprawie, przyjąć należy, iż opisany sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy ma taki właśnie dowolny charakter.

Przede wszystkim zaś w wyroku z dnia 04.10.2001r., sygn. I CKN 328/99, nie publik., Sąd Najwyższy stwierdza, że „przyjęcie przez jedną ze stron zwiększonego ryzyka prawnego nie przesądza o sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego, jeżeli zawarta została na podstawie przesłanek (w tym spodziewanych korzyści) swobodnie kalkulowanych przez strony". W niniejszej sprawie wykonawcy nie są jednak w stanie oszacować przedmiotu zamówienia i ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zmówienia, tym samym umowa taka narusza zasady współżycia społecznego (sprawiedliwość kontraktową).

Nadto w **§ 5 ust. 4** wzorca umowy Zamawiający wskazał, że w cenie ryczałtowej ma być zawarty koszt zakupu, naprawy i dostawy pojemników na odpady komunalne. Zapis ten jest niezgodny z prawem, abstrahując w tym miejscu od tego, że w SIWZ Zamawiający obowiązku tego w ogóle nie opisuje (ile pojemników, jakie pojemniki, czas i miejsce dostawy).

Po myśli **art. 5 ust. 1 pkt 1 u.c.p.g**. wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym należy do obowiązków właścicieli nieruchomości, nie zaś gminy. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem *„podział obowiązków wyznaczonych przez ustawodawcę dla poszczególnych podmiotów w zakresie utrzymania czystości i porządku w gminie nie może być zmieniany przez samą gminę"* (tak rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Krakowskiego z dnia 30.05.1997r., nr ON.P.0915/49/97). W konsekwencji w literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż gmina w świetle nowych regulacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie może co najwyżej, stosownie do przepisu art. 6r ust. 4 ustawy u.c.p.g., podjąć uchwałę o świadczeniu usługi dodatkowej polegającej na wyposażeniu nieruchomości w pojemnik do odbioru odpadów komunalnych i utrzymywaniu go w odpowiednim stanie. Decyzja, czy skorzystać z owej usługi dodatkowej oferowanej przez gminę, pozostawiona jest wyłącznie właścicielowi nieruchomości.

Z uwagi na opisane powyżej regulacje prawne, nie sposób przyjąć, iż gmina może, bez podjęcia uchwały o świadczeniu usług dodatkowych, zlecić wykonawcy w przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ustawy u.c.p.g., także dostawę pojemników na odbiór odpadów. Zadanie, o którym mowa, nie jest zadaniem własnym gminy, które mogłoby być sfinansowane z opłaty za gospodarowanie odpadami. Oznacza to, że **zakup i dostawa pojemników nie być przedmiotem zamówienia.**

Na tej zasadzie Zamawiający w związku z naruszeniem zasad z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp dopuścił się także naruszenia art. 353(1) k.c. przy tworzeniu SIWZ, w

szczególności w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, zasad rozliczenia umowy i katalogu zmian umowy.

V.

W pkt VII.1.1 SIWZ wskazano wymogi odnośnie posiadanych przez wykonawcę uprawnień do wykonania określonej działalności. Wykonawca winien posiadać m.in.:

- aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych,

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

Zgodnie z częścią III Opis przedmiotu zamówienia zamówienie obejmuje odpady: komunalne zmieszane, zbierane selektywnie papier, tektura, szkło bezbarwne i kolorowe, metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, bioodpady oraz inne odpady wskazane w § 4 pkt 15 Regulaminu. Na tej zasadzie budzi wątpliwości, jakie dokładnie zezwolenie jest przedmiotem warunku zamawiającego, w szczególności, co to jest „balast po segregacji" i jego utylizacja (brak definicji legalnej tego pojęcia).

Przede wszystkim Zamawiający żąda jednego zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie, gdy tymczasem przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów z naciskiem na, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert (pkt XVII SIWZ) i wymagania u.c.p.g., odzysk odpadów. Mało tego:

- zmieszane odpady komunalne muszą trafić do określonych prawem miejscowym regionalnych instalacji prowadzących procesy odzysku zmieszanych odpadów komunalnych, tzw. RIPOK (pkt 9e ust. 1 pkt 2 u.c.p.g.),

- zgodnie z art. 55 ust. 1 pkt 7b ustawy o odpadach odpady ulegające biodegradacji selektywnie zebrane nie mogą być dnia 01.01.2013 składowane,

- zaś unieszkodliwieniu mogą być poddane pozostałości po sortowaniu zmieszanych odpadów komunalnych (przy czym odpady te i tak muszą trafić do RIPOK) lub odpad (stabilizat) wytworzony w RIPOK poprzez mechaniczno-biologiczne przetworzenie zmieszanych odpadów komunalnych.

Tym samym żądanie zezwolenia na unieszkodliwianie odpadów uznać należy za niezgodne z treścią **art. 22 ust. 1 pkt 1, ust. 4 Pzp i art. 25 ust. 1 Pzp.** Zezwolenia te są, w ocenie Odwołującego, zbyteczne do wykonania

przedmiotu umowy (warunek jest nadmiernie wygórowany), skoro odbierane przez wykonawcę odpady przekazywane są do instalacji posiadającej stosowne zezwolenia, zaś odpowiedzialność za odpady, co jest istotne dla zamawiającego, przechodzi na wykonawcę w trybie **art. 25. ustawy o odpadach**, który stanowi:

1. Wytwórca odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami innemu posiadaczowi odpadów.

2. Posiadacz odpadów może je przekazywać wyłącznie podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania odpadami, chyba że działalność taka nie wymaga uzyskania zezwolenia.

3. Jeżeli posiadacz odpadów, w tym wytwórca odpadów, przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który ma zezwolenie właściwego organu na zbieranie, odzysk, unieszkodliwianie odpadów lub koncesję na składowanie odpadów w górotworze, w tym w podziemnych wyrobiskach górniczych, posiada decyzję, o której mowa w art. 31 lub w art. 32, lub jest wpisany do rejestru, o którym mowa w art. 33 ust. 5, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przenosi się na tego następnego posiadacza odpadów.

Wskazany opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku wykracza także poza obowiązki wykonawców wynikających z **art. 9e ust. 1 u.c.p.g.**, który stanowi:

Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do:

1) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach;

2) 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.

Powyższe wyczerpuje jednocześnie naruszenie przez Zamawiającego **art. 7 ust. 1 Pzp**, ograniczając konkurencję do wykonawców posiadających własne instalacje, umożliwiające jednocześnie odzysk i unieszkodliwienie odpadów, co nabiera szczególnego znaczenia w świetle pkt VI.4.3 SIWZ, gdzie Zamawiający żąda, aby uprawnienia do wykonywania działalności określone w SIWZ posiadał każdy członek konsorcjum.

Warunek ten, w ocenie Odwołującego, narusza **art. 23 ust. 1 i 3 Pzp.** Ustawodawca przewidział wyraźnie możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienia, łączenia potencjału, także w rozumieniu wymaganych zezwoleń, gdy usługa jest złożona i obejmuje odbiór odpadów i ich zagospodarowanie. W praktyce więc Zamawiający bezprawnie wykluczył możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez konsorcja składające z firmy typowo wywozowej (zajmującej się odbiorem odpadów komunalnych), dysponującej zezwoleniem na transport i zabieranie odpadów, i firmy zajmującej się zagospodarowaniem odpadów, dysponującej w związku z posiadaną instalacją zezwoleniami na zagospodarowanie odpadów (odzysk, unieszkodliwianie).

W orzecznictwie podkreśla się, że w sytuacjach, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, zamawiający uprawniony jest do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców, to jednak owe zawężenie ma nastąpić nie w celu preferowania określonego wykonawcy, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego (tak KIO w wyroku z dnia 29 marca 2012r., sygn. akt KIO 526/12).

W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20 stycznia 2005r. (sygn. akt UZP/ZO/0-43/05) podkreślono, że art. 23 ust. 3 Pzp *„należy traktować jako wskazówkę interpretacyjną świadczącą, iż spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy - Prawo zamówień publicznych przez konsorcjum należy rozumieć jako łączne spełnienie tych warunków przez członków konsorcjum. Tylko taka interpretacja zapewnia bowiem zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Do takiego wniosku prowadzi również wykładnia celowościowa, zgodnie z którą konsorcjum zawiązywane jest w celu łącznego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wypełnić warunków postawionych przez Zamawiającego"*. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 18 stycznia 2006r. (sygn. akt UZP/ZO/0-117/06), w myśl którego *„gdyby Zamawiający domagał się spełnienia warunków postawionych w SIWZ przez poszczególnych uczestników konsorcjum oddzielnie, to tym samym naruszyłby przepisy Pzp dotyczące możliwości składania oferty łącznej. Ustawodawca wprowadzając tę instytucję, umożliwił składanie ofert takim podmiotom, które samodzielnie nie spełniają jakichś warunków postawionych przez Zamawiającego, lecz działając w grupie, mogą śmiało ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Istota dopuszczenia instytucji"*. W doktrynie prawa zamówień publicznych wskazuje się, że *„wymóg posiadania uprawnień określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp powinien spełniać ten wykonawca, który będzie wykonywał część zamówienia objętą obowiązkiem*

posiadania uprawnień. Konsorcjum nie jest bowiem podmiotem, lecz sumą wykonawcą. Potencjał wiedzy, doświadczenia i potencjał ekonomiczny określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 Pzp mogą się wzajemnie uzupełniać, tworząc całość odpowiadającą wymogom zamówienia, natomiast uprawnienia są zawsze przypisane do konkretnego wykonawcy, nie można ich przekazać, nie podlegają „sumowaniu", a zatem z punktu widzenia zamawiającego nie wystarczy, by którykolwiek z wykonawców posiadał te uprawnienia. Istotne jest, by posiadał je ten, który będzie wykonywał określoną działalność. Tylko w tym wypadku będzie można powiedzieć, że wszyscy wykonawcy wspólnie spełniają wymóg posiadania uprawnień, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp. Argumentacja ta jest aktualna także w sytuacji, gdy realizacja całego zamówienia lub jego znacznej części wymaga posiadania uprawnień. Wówczas wystarczy, by jeden z wykonawców posiadał stosowne uprawnienia, o ile wspólnie z innymi będzie wykonywał do zamówienie lub jego część wymagającą posiadania uprawnień. Takie podejście realizuje cel wprowadzenia konsorcjów do zamówień publicznych. Celem tym jest umożliwienie wspólnego występowania wykonawców, które jednak nie może prowadzić do obchodzenia prawa. Obejściem prawa byłoby zaś, gdyby wymóg posiadania uprawnień był traktowany czysto formalnie, bez związku z faktycznie wykonywaną działalnością". (zob. J. Lic, Spełnienie przez konsorcjum wymagań stawianych wykonawcom [w:] Prawo zamówień publicznych 2008, nr 4, s. 106-107).

VI.

Zgodnie z pkt VII.1.2. odnoszącym się do posiadanej niezbędnej wiedzy i doświadczenia w pkt a zażądano przedstawienia „wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...), co najmniej 2 usług o podobnym charakterze polegające na odbiorze odpadów komunalnych..." Należy podnieść, że posłużenie się zwrotem „o podobnym charakterze" nie pozwala w jednoznaczny sposób określić, jaki rodzaj usług będzie spełniał zakreślone w tym punkcie wymogi. Może to prowadzić do naruszenia konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przede wszystkim odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców gminy w tak szerokim zakresie jak obejmuje to przedmiot niniejszego zamówienia, w szczególności w zakresie selektywnej zbiórki odpadów z podziałem na tyle frakcji, stanowi *novum* na rynku odpadów komunalnych. Zatem nie można mówić o usługach o podobnym charakterze, a jedynie o usługach odbioru odpadów komunalnych. Użycie zwrotu „o podobnym charakterze" może wskazywać na preferencję podmiotów, które wykonywały lub wykonują tego typu usługi na terenach gmin, gdzie system

gminnego zagospodarowania wprowadzono na podstawie referendum lokalnego i gdzie system objął także selektywną zbiórkę odpadów komunalnych.

Innymi słowy, Zamawiający winien sprecyzować opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku z pkt VII.1.2.a SIWZ, poprzez zdefiniowane usług „o podobnym charakterze", w szczególności poprzez dookreślenie, odbiorem jakich odpadów, w tym selektywnie zebranych, w zakresie rodzaju i ilości, musi się wykazać wykonawca w tym postępowaniu. Wskazany zapis SIWZ w obecnym brzmieniu narusza bowiem **art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.** Uniemożliwia bowiem weryfikację, czy wykonawcy dają rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia posiadając odpowiednią, wg Pzp, wiedzę i doświadczenie.

VII.

Zgodnie z pkt XVII.1 SIWZ Zamawiający ustanowił dwa kryteria, jakimi będzie się kierował przy wyborze oferty:

a. Najniższa cena – waga 50% (50 pkt)
b. 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%. (dalej zwane jako „kryterium II").

W części „sposób oceniania oferty" w stosunku do kryterium II zastosowano dalszy podział na trzy oddzielne kategorie osiągnięcia „minimalnych wymaganych poziomów". Tak ustalonemu kryterium należy zarzucić następujące nieprawidłowości:

1. Brak jasnego odniesienia stawki procentowej wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia wskazanych w SIWZ frakcji do:
   a. całości strumienia zebranych odpadów komunalnych
   b. do ilości zebranych frakcji w sposób selektywny,
2. Brak odniesienia stawki procentowej - w przypadku wymogu ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji przekazanych do składowania - do konkretnej masy, od jakiej liczy się dany procent, oraz błędny opis, poprzez wskazanie, że minimalnym wymogiem jest 5% a maksymalnym 20%, podczas gdy skala powinna być przedstawiona w odwrotny sposób - im mniej

przekazanych odpadów do składowania w stosunku do odebranej w ramach przetargu masy odpadów, tym więcej punktów.

Na podstawie narzuconego w SIWZ sposobu wyliczenia kryterium II, tj. zapewnienia Wykonawcy, jakie osiągnie poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia odzysku innymi metodami odpadów komunalnych, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, należy stwierdzić że zastosowanie tego kryterium jest niezgodne z art. 91 ust. 2 Pzp.

Przede wszystkim należy wskazać, że kryterium II polega na zapewnieniu osiągnięcia przedmiotowych poziomów w przyszłości. Nie podlega ono żadnej weryfikacji na dzień otwarcia ofert. Ponadto nie wskazano, czy deklarowane poziomy mają być osiągnięte w każdym roku wykonywania umowy, czy średniorocznie w okresie umowy, czy tylko w jednym z 3 lat obowiązywania umowy. Zatem kryterium to nie jest jednoznaczne.

Ponadto zgodnie z wskazanym w SIWZ (cz. XVII) sposobem oceniania oferty możliwe do osiągnięcia poziomy oblicza się m.in. w oparciu o następujące informacje:

1. *dane uzyskane ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia o ilościach zbieranych w gminie opadów komunalnych w Megagramach, z wyszczególnieniem takich frakcji jak (...)*
2. *o mocach przerobowych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych z terenu gminy w zakresie recyklingu, odzysku i ograniczenia składowania,*

chociaż:

- ad. 1 - w SIWZ nie podaje się ilości odpadów zbieranych w gminie (o czym była mowa powyżej w odwołaniu); brak więc stosownych informacji uniemożliwia właściwe obliczenie możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu/odzysku w odniesieniu do kryterium II.

- ad. 2 – z literalnego brzmienia tego punktu wynika, że nie dotyczy on mocy przerobowych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych zebranych z terenu gminu, leczże dotyczy instalacji z terenu gminy i ich moce przerobowe. Zgodnie z treścią aktualnego Wojewódzkiego Planem Gospodarki odpadami dla Mazowsza na lata 2012-2023 w gminie Błonie nie zlokalizowano żadnej instalacji. Ponadto instalacją do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych jest co do zasady RIPOK.

W tym miejscu na uwagę zasługuje orzecznictwo:

Wyrok KIO z dnia 15.07.2010r., 1327/10:

1. Szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji. Konsekwencją nieprecyzyjnego zdefiniowania kryteriów jest konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową, co jest równoznaczne ze zmianą kryteriów w trakcie postępowania.

2. W przypadku, gdy zamawiający nie będzie w stanie szczegółowo opisać tych kryteriów i sposobu dokonywania oceny na ich podstawie, co może być spowodowane faktem, że są to kryteria trudno mierzalne, ma obowiązek zrezygnować z ich stosowania i w tym kierunku dokonać zmiany SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Brak dwóch z trzech bazowych informacji do oszacowania możliwych do uzyskania poziomów recyklingu i odzysku stanowiących kryterium II oceny ofert powoduje jego iluzoryczność, przekreślając treść postanowień SIWZ dotyczących oceny ofert dzielących kryteria na dwa rodzaje. Takie uchybienia powodują, że jedynym kryterium pozostaje cena wbrew brzmieniu SIWZ. Kryterium II jest obiektywnie „niepoliczalne", co uniemożliwia porównywalność ofert.

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Anna Specht-Schampera

Radca prawny

Załączniki:

1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,

2) pełnomocnictwo,

3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.