

4

EKOsystem Sp. z o.o. WPŁYNĘŁO dnia 11. 03. 2013 <i>1468</i> Podpis
--



Warszawa, dnia 11 marca 2013 roku

Do:
**Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej**
ul. Postępu 17 A
(budynek Adgar Plaza)
02-676 Warszawa

Odwołujący:
SITA Zachód Sp. z o.o.
ul. Jerzmanowska 13
54-530 Wrocław

reprezentowana przez
adw. Agnieszkę Bieńko-Michael
adres do doręczeń:
ul. Zawodzie 5,
02-981 Warszawa

Zamawiający:
Gmina Wrocław
w imieniu i na rzecz której działa
Ekosystem Sp. z o.o.
ul. Michalczyka 23
53-633 Warszawa

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie sektora IV – Psie Pole”

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego - Spółki SITA Zachód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej „SITA Zachód”), w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis stanowi załącznik do niniejszego odwołania, na podstawie art. 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych

warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie sektora IV – Psie Pole”, zmienionych w dniu 8 marca 2013 roku (dalej „Zamówienie”) w sposób niezgodny z przepisami Pzp oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 nr 16 poz. 93 ze zm. dalej „Kc”).

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. art. 25 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 1) i art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp w zw. z art. 9 c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 lutego 1996 roku (Dz.U. z 1996 roku Nr 132 poz. 622 ze zm.) (dalej „Ustawa o utrzymaniu czystości”) poprzez wprowadzenie w SIWZ (część IV punkt 9.4.3. w zw. z 9.1), wymogu o treści:

„Do oferty należy dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia: ważne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, dotyczące odpadów zaklasyfikowanych do grup podanych w części II pkt 1.1.”

Wymóg posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie Zamówienia, zezwolenia na zbieranie odpadów w odniesieniu do odpadów o kodach, które mogą być odbierane przez wykonawcę już na podstawie samego wpisu do rejestru działalności regulowanej (nie ma bowiem potrzeby ich „zbierania” w rozumieniu Ustawy o odpadach), jest niezasadny, nieproporcjonalny, a ponadto niezwiązany z przedmiotem Zamówienia. Przedmiotowy wymóg preferuje określoną kategorię wykonawców i uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich zdolnych do realizacji Zamówienia wykonawców. Powyższe narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. art. 23 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 1) oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (Część II pkt 4 w zw. z pkt 1.1. SIWZ) wymogu o treści:

„W przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia, warunek podany w pkt 1.1. muszą spełniać wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną, warunki podane w pkt od 1.2.1. do 1.2.4. i 1.4.1. musi spełniać dowolny Wykonawca, warunki podane w pkt 1.3., 1.4.2, 1.4.3. i 1.5. dowolny Wykonawca lub Wykonawcy łącznie.”

Uzależnienie możliwości złożenia oferty przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia od posiadania określonych uprawnień przez każdego z tych wykonawców, stoi w sprzeczności z art. 23 ust. 1 Pzp. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO wskazujące, że w przypadku ustanowienia warunku posiadania odpowiednich uprawnień (wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp), przyjąć należy, że wystarczające jest wykazanie spełnienia danego warunku przez tego z członków konsorcjum, który będzie faktycznie realizował część zamówienia, do której wykonania wymagane jest posiadanie uprawnień ustawowych. Kwestionowany

wymóg SIWZ, dotyczący obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów dotyczącego wszystkich kodów odpadów, przez każdego z członków konsorcjum ubiegającego się o udzielenie Zamówienia, uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez konsorcjum wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia, a tym samym narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 Ustawy o utrzymaniu czystości, art. 5 Kc i i art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (Szczegółowe Warunki Umowy, lit. C ust. 3 pkt. 1 w zw. z pkt. 2) wymogu uzyskania przez wykonawcę prawa do terenu (jak rozumie wykonawca dla 160 lokalizacji) i wszelkich pozwoleń na ustawienie pojemników do selektywnej zbiórki odpadów (o których mowa w pkt 2 ppkt. 4 Szczególnych Warunków Umowy), tj. pozwolenia na zajęcie pasa drogowego i pozwolenia/umowy zawartej z właścicielem nieruchomości dotyczącej zgody na podstawienie pojemnika oraz poniesienia kosztów związanych z uzyskaniem wszelkich pozwoleń na ustawienie). Powyższy zapis stanowi nadmierne obciążenie wykonawców, nieproporcjonalne do celu Zamówienia, a ponadto jest niezwiązany z jego przedmiotem. To Zamawiający powinien wskazać wykonawcy miejsca do prowadzenia selektywnej zbiórki i zapewnić tytuł prawny do nieruchomości, na których posadowione będą pojemniki.
4. art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (Szczegółowe Warunki Umowy, lit. J ust. 4) wymogu dostarczania Zamawiającemu przez Wykonawcę określonych oświadczeń wystawianych przez RIPOK, co preferuje określoną kategorię wykonawców, tj.: podmioty, które uzyskały status RIPOK, ewentualnie konsorcja, w których skład wejdzie RIPOK. Oczywistym jest bowiem, że wykonawca nie będący RIPOKiem (jego konsorcjantem) nie jest w stanie wymóc na takiej instalacji i zagwarantować Zamawiającemu złożenia przez RIPOK niewymaganych prawem oświadczeń o określonej treści żądanej przez Zamawiającego. Powyższy wymóg uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
5. art. 5 KC, art. 353¹ KC w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 139 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ (§ 18 ust. 4 wzoru Umowy) zapisu o treści:

„Zamawiający zastrzega, że każdorazowo w sytuacji, w której Wykonawca nie wykona obowiązków, których niewykonanie może być podstawą w danym czasie do jednoczesnego naliczenia w danym przypadku kary umownej z więcej niż z jednego tytułu, wówczas Zamawiający oceni czy w powyższe obowiązki nie są ze sobą bezpośrednio powiązane w taki sposób przyczynowo - skutkowy, że dany obowiązek jest jednocześnie przyczyną lub skutkiem niewykonania innego obowiązku w danym przypadku. W sytuacji uznania przez Zamawiającego, że w danym przypadku niewykonane lub nienależycie wykonane określone obowiązki są ściśle powiązane,

Zamawiający naliczy karę łączną w wysokości najwyższej kary przewidzianej w danym przypadku dla danych obowiązków z danych tytułów."

Zastrzeżenie przez Zamawiającego na jego rzecz uprawnienia do obciążenia wykonawcy różnymi karami umownymi w związku z zaistnieniem jednego zachowania wykonawcy wypełniającego opis zdarzeń uprawniających Zamawiającego do nałożenia różnych, niezależnych kar umownych, należy uznać za naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnoszę o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ poprzez:

- A. zmianę pkt 9.4.3 część IV SIWZ na: *„Ważne zezwolenie na zbieranie odpadów, dotyczące tych kodów odpadów objętych przedmiotem Zamówienia, dla których, zgodnie z obowiązującym prawem, istnieje konieczność ich gromadzenia na bazie magazynowo transportowej przed ich przekazaniem do odzysku lub unieszkodliwienia”,*
- B. zmianę pkt 4 Część II SIWZ na: *„W przypadku, gdy Wykonawcy będą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia, warunki podane w pkt od 1.2.1. do 1.2.4. i 1.4.1. musi spełniać dowolny Wykonawca, warunki podane w pkt 1.1. oraz pkt 1.3., 1.4.2, 1.4.3. i 1.5. dowolny Wykonawca lub Wykonawcy łącznie.”*
- C. wykreślenie pkt 1), 2), 3), w ust. 3 w lit. C Szczegółowych Warunkach Umowy oraz dostosowanie wszystkich postanowień SIWZ do zmienionych postanowień, zgodnie z którymi to Zamawiającego obciążać będzie obowiązek uzyskania tytułów prawnych do nieruchomości, na których wykonawca rozstawi pojemniki przeznaczone do selektywnej zbiórki odpadów,
- D. zmianę pkt 4) w ust. 3 w lit. C Szczegółowych Warunkach Umowy na:
„sukcesywnego podstawiania w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego, w terminie 90 dni kalendarzowych od pierwszego dnia świadczenia usługi, 160 zestawów pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki szkła na terenie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście, wymienionych w pkt 2 ppkt 4 składających się z dwóch pojemników, po jednym przeznaczonym do zbiórki szkła bezbarwnego i kolorowego, w miejsca ustalone zgodnie z Wykazem lokalizacji pojemników przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów opakowaniowych ze szkła w Sektorze I, gdzie Zamawiający uzyskał prawo do terenu, z zastrzeżeniem że:

- a) Wykonawca ma obowiązek sukcesywnego podstawiania pojemników począwszy od pierwszego dnia świadczenia usługi,
- b) podstawianie pojemników może odbywać się etapami,
- c) Wykonawca przekaze Zamawiającemu drogą elektroniczną informacje dotyczące podstawienia poszczególnych zestawów pojemników, najpóźniej w dniu następnym po dniu ich podstawienia, wraz z dokumentacją fotograficzną potwierdzającą ich podstawienie w miejscu zgodnym z Wykazem, z zastrzeżeniem, że na zdjęciach ma być widoczna data."

E. Wykreślenie zapisów zawartych w lit. J ust. 4 Szczegółowych Warunków Umowy w zakresie w jakim nakładają na Wykonawcę obowiązki dostarczenia Zamawiającemu oświadczeń składanych przez RIPOK,

F. zmianę ust. 4 w § 18 wzoru Umowy na:

„W sytuacji, w której Wykonawca nie wykona obowiązków, których niewykonanie stanowi podstawę do naliczenia kary umownej z więcej niż z jednego tytułu, wówczas Zamawiający jest uprawniony do nałożenia na Wykonawcę kary umownej tylko z jednego tytułu”

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

UZASADNIENIE

I. Warunki formalne odwołania

O naruszeniu przepisów Pzp Odwołujący dowiedział się w związku z publikacją ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 1 marca 2013 roku. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 marca 2013 roku. Treść SIWZ oraz ogłoszenia została zmieniona przez Zamawiającego w dniu 8 marca 2013 roku (ogłoszenie nr 2013/S 046-074253, dalej „Ogłoszenie”).

Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oznacza, że wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W konsekwencji zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynosi 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego. Niniejsze odwołanie bez wątpienia zostało więc wniesione z zachowaniem powyższego terminu.

Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „UZP”).

Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w sposób umożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu (nr 2013/S 046-074252)
 potwierdzenie uiszczenia wpisu na rachunek bankowy UZP
 dowód doręczenia kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu

II. Interes prawny

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. SITA Zachód jest spółką prowadzącą działalność w zakresie gospodarowania odpadami, w tym także na terytorium Gminy Wrocław. Tym samym Odwołujący jest podmiotem żywo interesującym się w uzyskaniu Zamówienia. Tymczasem naruszenia Pzp, jakich dopuścił się Zamawiający polegające na niezgodnym z prawem sformułowaniu ogłoszenia o Zamówieniu oraz SIWZ utrudniają złożenie prawidłowo i należyście przygotowanej oferty (w tym w zakresie jej wyceny), a w wielu wypadkach wręcz uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie Zamówienia. To z kolei naraża SITA Zachód na szkodę wynikającą z nieuzyskania Zamówienia. Ponadto, zaskarżone postanowienia ogłoszenia o Zamówieniu i SIWZ uniemożliwiają lub co najmniej utrudniają Odwołującemu należyte wykonanie przedmiotu Zamówienia w przypadku realizacji umowy zawartej na zasadach obecnie sformułowanych w postanowieniach wzoru umowy i załączonych do SIWZ Szczegółowych Warunkach Umowy. Jednocześnie wprowadzenie zmian sugerowanych przez Odwołującego w odpowiednich przypadkach spowoduje większą czytelność praw i obowiązków wykonawcy oraz umożliwi wykonawcy przygotowanie dobrze skalkulowanej oferty.

Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania przyczyn utrudniających lub uniemożliwiających Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie Zamówienia.

III. Uzasadnienie poszczególnych zarzutów

a. Zezwolenie na zbieranie wszystkich kodów odpadów

Formułując warunki udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający winien kierować się celem, jakiemu służyć mają usługi objęte tym zamówieniem. Każde wymaganie zamawiającego, stawiane wykonawcy, musi znajdować uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i być proporcjonalne do tych potrzeb. Niedopuszczalne jest więc, aby wymogi ustanawiane przez zamawiającego ograniczały dostęp do postępowania wykonawcom

zdołnym do realizacji zamówienia (por. uchwałę KIO z dnia 22 listopada 2010 roku, sygn. akt: KIO KU 83/10¹).

Przedmiotem Zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie rodzajów odpadów określonych w SIWZ.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (dalej „Ustawa o odpadach”).

„zbieranie” odpadów oznacza:

„(...) gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b.”

pkt 5 lit b Ustawy o odpadach wskazuje zaś, że przez magazynowanie odpadów:

„(...) -rozumie się przez to czasowe przechowywanie odpadów obejmujące:

- a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę,*
- b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów,*
- c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów”*

Biorąc pod uwagę zakres obowiązków wykonawcy określony w SIWZ, zupełnie nieuzasadnione, jest nałożenie na wykonawców obowiązku posiadania zezwolenia na wszystkie kategorie (kody) odpadów wskazane w części II pkt 1.1. SIWZ. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawca nie jest zobowiązany do prowadzenia czynności, które należy zakwalifikować jako „zbieranie” odpadów, w odniesieniu do wszystkich kategorii odpadów objętych Zamówieniem. Przykładowo, w odniesieniu do zmieszanych odpadów komunalnych, wykonawca po ich odebraniu od właścicieli nieruchomości ma obowiązek przetransportować je do RIPOK² i nie jest obowiązany (nie ma takiej obiektywnej potrzeby) do prowadzenia jakichkolwiek czynności stanowiących „zbieranie” odpadów w rozumieniu Ustawy o odpadach. Czynności odbierania zmieszanych odpadów komunalnych w RIPOK wykonawca realizować może na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej. Z kolei zagospodarowanie ww. odpadów wykonawca zapewni poprzez ich przekazanie zgodnie z obowiązującym prawem do instalacji RIPOK (lub instalacji zastępczej). Wprowadzenie wymogu posiadania przez wykonawców zezwolenia na zbieranie wszystkich odpadów objętych Zamówieniem nie wynika z przepisów prawa, podważa sens istnienia instytucji rejestrów podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości

¹ Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu 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.

² (lub odpowiednio do instalacji do zastępczej obsługi mieszkańców [dalej „instalacja zastępcza”) - w przypadku, gdy RIPOK uległ awarii lub z innej przyczyny nie może przyjmować odpadów)

(rejestr działalności regulowanej prowadzony przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta; RDR jak zdefiniowano poniżej), nie daje Zamawiającemu żadnej konkretnej korzyści związanej z realizacją przedmiotu Zamówienia a jedynie ogranicza dostęp do Zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że *"przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców"* (por wyr. SO w Świdnicy z 20.12.2005 r., II Ca 584/05, niepubl. za: P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2012).

Tymczasem w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie można nawet mówić o zachwianiu równowagi między interesem Zamawiającego a interesem potencjalnych wykonawców, bowiem **interes Zamawiającego w ogóle nie uzasadnia formułowania wobec wykonawców wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów o wszystkich kodach objętych Zamówieniem**. Te same obowiązki wykonawca może – zgodnie z przepisami prawa – realizować w oparciu o wpis do RDR.

Ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, nie jest w żadnym razie uzasadnione jego przedmiotem. Zaskarżony wymóg SIWZ narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając złożenie w postępowaniu ofert przez wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia, w tym Odwołującego.

b. Wymóg legitymowania się posiadaniem uprawnień przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia

Formułując wymogi, jakie muszą spełniać członkowie konsorcjum, zamierzający wspólnie ubiegać się o udzielenie Zamówienia, Zamawiający zażądał, by każdy z członków konsorcjum posiadał:

- wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Wrocław, prowadzonego przez Prezydenta Wrocławia na podstawie art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2012 r. poz. 391 ze zm.) (dalej „**wpis do RDR**”),
- ważne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów zgodne z obowiązującymi przepisami prawa (dalej „**zezwolenie na zbieranie**”),

Odwołujący wskazuje, że uzależnienie możliwości złożenia oferty przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia od posiadania określonych uprawnień przez

każdego z tych wykonawców, nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp, natomiast stanowi wymóg ograniczający konkurencję.

O ile zrozumiałe jest ustanowienie przez Zamawiającego wymogu posiadania wpisu do RDR przez wszystkich wykonawców ubiegających się o Zamówienie, o tyle w żadnym razie nie można się zgodzić, że uzasadniony jest wymóg legitymowania się przez nich zezwoleniem na zbieranie na wszystkie rodzaje odpadów objęte przedmiotem Zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem KIO³, jak i stanowiskiem przedstawicieli doktryny⁴, w przypadku ustanowienia przez zamawiającego warunku posiadania odpowiednich uprawnień (wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp), przyjąć należy, że wystarczające jest wykazanie spełnienia danego warunku przez tego z członków konsorcjum, który będzie faktycznie realizował część zamówienia, do której wykonania wymagane jest posiadanie uprawnień ustawowych.

Z uwagi na zróżnicowany charakter obowiązków przyszłego wykonawcy Zamówienia, możliwy byłby taki podział tych obowiązków pomiędzy członków konsorcjum, by wystarczające było posiadanie zezwolenia na zbieranie przez co najmniej jednego z nich (przy założeniu, że w ogóle powstałaby konieczność „zbierania” odpadów w rozumieniu Ustawy o odpadach). Wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie oraz wpisu do rejestru przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia jest więc absolutnie nieproporcjonalny, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając złożenie w postępowaniu ofert przez konsorcjum wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia.

W niniejszym przypadku, biorąc pod uwagę ustanowiony przez Zamawiającego wymóg posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów o wszystkich kodach, wykonawca, który legitymuje się zezwoleniem na zbieranie, w zakresie części kodów odpadów wymienionych w specyfikacji, nie mógłby nie tylko samodzielnie przystąpić do postępowania o udzielenie Zamówienia, ale także nie mógłby przystąpić do postępowania nawet działając w konsorcjum z podmiotem, który posiada zezwolenie w pełnym zakresie.

c. obowiązek uzyskania prawa do terenu, na którym postawione zostaną pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów

W Szczegółowych Warunkach Umowy (lit. C ust. 3 pkt. 1 w zw. z pkt. 2) Zamawiający nałożył na wykonawcę, który realizować będzie przedmiot Zamówienia, obowiązek uzyskania prawa do terenu oraz wszelkich pozwoleń, które będą niezbędne do ustawienia

³ W orzecznictwie i piśmiennictwie, co do zasady przyjmuje się, że warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 ZamPublU mogą spełniać wspólnie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (suma potencjałów wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) - Zamówienia publiczne Doradca Nr 10/2007 r. - str. 36

⁴(por. Magdalena Stachowiak „Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych” wyd. Wolters Kluwer, wydanie 5, 2012)

300 pojemników do selektywnej zbiórki odpadów (jak rozumie Odwołujący w 160 różnych lokalizacjach). Zamawiający wskazał, że powyższy wymóg obejmuje obowiązek uzyskania pozwoleń na zajęcie pasa drogowego oraz uzyskania pozwoleń lub zawarcia umów z właścicielami nieruchomości, na których zostaną postawione pojemniki. Koszty poniesione w związku z uzyskiwaniem zgód/zawieraniem umów mają obarczyć wykonawcę.

Powyższy obowiązek umowny stanowi nadmierne obciążenie wykonawców, nieproporcjonalne do celu Zamówienia, a ponadto niezwiązane z jego przedmiotem. Nie ulega wątpliwości, że zgromadzenie wszystkich pozwoleń/zawarcie umów będzie czasochłonne i może narażać na różnorakie trudności. Uzyskanie tych dokumentów nie jest uzależnione jedynie od wykonawcy, a tymczasem ich nieuzyskanie uniemożliwi wykonawcy realizację jego obowiązków wynikających z umowy i stanowić będzie dla Zamawiającego podstawę do obciążenia wykonawcy karami umownymi. Warto przy tym zauważyć, że ze względu na bardzo dużą liczbę mieszkańców uzyskanie stosownej zgody od każdego poszczególnego mieszkańca może okazać się nie tylko utrudnione, ale i niejednokrotnie niemożliwe (w tym ze względu na nieobecność danego mieszkańca, brak woli podpisania oświadczenia o zgodzie przez niektórych mieszkańców z jakichkolwiek powodów). Konsekwencje wynikające z tego stanu będą z kolei obarczały jedynie wykonawcę.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony stara się obarczyć wykonawców obowiązkami, które to jego obciążają na podstawie przepisów prawa. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 Ustawy o utrzymaniu czystości organizacja selektywnego zbierania odpadów stanowi obowiązek gminy (Zamawiającego). W ocenie Odwołującego, to właśnie Zamawiający powinien wskazać wykonawcy miejsca do prowadzenia selektywnej zbiórki i zapewnić tytuł prawny do nieruchomości, na których posadowione będą pojemniki. Ponadto, nałożenie tego rodzaju obowiązków na wykonawcę z jednoczesnym zastrzeżeniem możliwości obciążenia go karami umownymi w sytuacji, gdy uzyskanie tych dokumentów jest zależne nie tylko od działań wykonawcy narusza zasadę równości stron umowy.

Nadto Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie określił lokalizacji, w jakich powinny zostać usytuowane pojemniki na odpady zbierane selektywnie, które ma zakupić wykonawca. Brak doprecyzowania tej informacji w SIWZ oznacza, że Zamawiający nie wypełnił swojego zobowiązania do jednoznacznego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia.

d. Wymóg dostarczania Zamawiającemu oświadczeń składanych przez RIPOK

Poprzez wprowadzenie w SIWZ (Szczegółowe Warunki Umowy, lit. J ust. 4) wymogu dostarczania Zamawiającemu przez Wykonawcę określonych oświadczeń wystawianych przez RIPOK, Zamawiający w sposób jednoznaczny preferuje określoną kategorię wykonawców, tj.: podmioty, które posiadają status RIPOK, ewentualnie konsorcja, w których skład wejdzie RIPOK (o ile, biorąc pod uwagę warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, zawiązanie konsorcjum przez podmiot nieposiadającym statusu RIPOK z instalacją RIPOK będzie w ogóle możliwe). Oczywiście jest bowiem, że wykonawca nie będący RIPOKiem (jego konsorcjantem) nie jest w stanie wymóc na takiej instalacji i zagwarantować Zamawiającemu złożenia przez RIPOK oświadczeń o określonej konkretnej treści żądanej przez Zamawiającego. Powyższy wymóg uniemożliwia złożenie w

postępowaniu ofert przez wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że nałożenie na wykonawców realizujących Zamówienie obowiązku dostarczania Zamawiającemu oświadczeń lub dokumentów opisanych w Szczegółowych Warunkach Umowy (lit. J ust. 4) stanowi przykład zobowiązania, którego wypełnienie nie jest możliwe samodzielnie przez wykonawcę. Zagwarantowanie przez wykonawcę złożenia przez RIPOK oświadczeń lub przedłożenia dokumentów zawierających informację o:

- ilości oraz rodzaju odpadów ulegających biodegradacji powstałych po mechaniczno – biologicznym przetworzeniu zmieszanych odpadów komunalnych przez RIPOK,
- ilości, miejscach i sposobie końcowego zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji powstałych po mechaniczno – biologicznym przetworzeniu zmieszanych odpadów komunalnych,
- o ilości, miejscach i sposobach końcowego zagospodarowania odpadów ulegających biodegradacji o kodzie 20 02 01,
- ilości odpadów z papieru i tektury, tworzyw sztucznych, metali i szkła, powstałych z mechanicznej obróbki zmieszanych odpadów komunalnych przez RIPOK,
- ilości, miejscach i sposobach końcowego zagospodarowania powstałych ww. frakcji odpadów przez RIPOK,
- ilości zebranych i odebranych odpadów budowlanych i rozbiórkowych, przekazanych do instalacji odzysku oraz informacji o ilości, miejscach i sposobach końcowego zagospodarowania przedmiotowej frakcji odpadów (tj. oświadczenia),

nie powinno stanowić elementu umowy łączącej wykonawcę z Zamawiającym. Wykonawca nie powinien być bowiem zobowiązany do zapewnienia podjęcia określonych czynności przez podmiot trzeci, nie będący stroną umowy o wykonanie Zamówienia. Wykonawca nie posiadający instalacji RIPOK nie jest w stanie wymóc złożenia przez RIPOK oświadczenia o określonej treści lub przedstawienia przez niego określonego dokumentu, których złożenie/przedstawienie nie jest wymagane prawem. Zauważyć przy tym należy, że podmiot posiadający RIPOK ma szczególną, uprzywilejowaną pozycję wynikającą z przepisów wojewódzkich planów gospodarki odpadami i Ustawy o odpadach. Złożenie wykonawcy przez RIPOK wymaganych przez SIWZ dokumentów i oświadczeń może nie leżeć w ogóle w interesie podmiotu posiadającego taką instalację. Wykonawca nie może przy tym, ze względu na liczbę instalacji RIPOK w regionie, skutecznie zwrócić się z prośbą do innego podmiotu posiadającego status takiej instalacji. Brak możliwości wpływu na postawę RIPOK powoduje, że w konkretnym przypadku, wykonawca z przyczyn od niego niezależnych, nie przedstawi Zamawiającemu żądanych przez niego dokumentów/oświadczeń.

Nałożenia powyższego wymogu na wykonawcę ubiegającego się o Zamówienie jednoznacznie preferuje określone kategorie wykonawców, tj. RIPOKi lub konsorcja, w

których skład wchodzi te instalacje, co stanowi naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

e. Dwie lub więcej kar umownych za jedno zachowanie

Zgodnie z art. 14 Pzp do wszelkich „czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny” (dalej „Kc”). To samo z mocy art. 139 ust. 1 PZP dotyczy umów w sprawie zamówień publicznych zawieranych z wykonawcami. Oznacza to, że Zamawiający formułując postanowienia umów jakie zamierza zawrzeć z wybranym wykonawcą zobowiązany jest do przestrzegania bezwzględnie obowiązujących przepisów Kc.

Tymczasem obecnie przedstawione w SIWZ zapisy istotnych postanowień umowy uchybiają art. 5 KC, naruszając zasady współzycia społecznego, poprzez narzucenie wykonawcy obowiązku zapłaty kilku kar umownych za niewykonanie obowiązku umownego, który wypełniałby jednocześnie hipotezy kilku zapisów umowy ustanawiających podstawę do obciążenia wykonawcy karą umowną.

Omawiane zastrzeżenie uprawnienia Zamawiającego do obciążenia wykonawcy różnymi karami umownymi w związku z zaistnieniem jednego zachowania wykonawcy wypełniającego opis zdarzeń uprawniających Zamawiającego do nałożenia różnych, niezależnych kar umownych, należy uznać za naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Zagrożenie zaistnienia takich sytuacji jest bardzo realne, ze względu na ogromną ilość różnorodnych kar zastrzeżonych przez Zamawiającego.

Z uwagi na ogół powyższych okoliczności wnoszę jak na wstępie.


Agnieszka Bieńko – Michael

adwokat

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Odpis Odwołującego z KRS,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Ogłoszenie o zamówieniu,



5. SIWZ,
6. Wzór umowy,
7. Szczegółowe Warunki Umowy,
8. Zmienione ogłoszenie o zamówieniu,
9. Dowód doręczenia Zamawiającemu kopii odwołania,