

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

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

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Plac Solny 16
50-062 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.schindhelm.com

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

Biurowiec:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 6 marca 2015

Odwołujący: **Wojciech Byśkiniewicz**, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” **Wojciech Byśkiniewicz**, ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, zastępowany przez radcę prawnego Katarzynę Skibę-Kuraszkiewicz z Kancelarii Prawnej Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy Sp. k., Plac Solny 16, 50-062 Wrocław, fax: + 48 71 326 51 41, e-mail: ksk@sdzlegal.pl, wroclaw@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Gmina Leszno**, Al. Wojska Polskiego 21, 05-084 Leszno, fax: +48 22 725 85 52, e-mail: akolnierzak@gminaleszno.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Odbiór, wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Leszno*”, ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz. Urz. UE w dniu 25 lutego 2015r. pod nr: 2015/S 039-066955, znak postępowania nadany przez Zamawiającego: „ZP 3/2015”

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm. - dalej jako: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:



- dokonaniu w przedmiotowym postępowaniu niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, nieprawidłowego opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, nieprawidłowego opisu kryteriów oceny ofert, tj. wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) i postanowień ogłoszenia o zamówieniu, wskazanych w części wstępnej niniejszego odwołania oraz w jego uzasadnieniu, których brzmienie sprzeciwia się przepisom Pzp oraz przepisom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. poz. 231 - dalej jako: „rozporządzenie”).

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom 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 nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie zaniechania podania maksymalnej ilości odpadów komunalnych, do odbioru i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach umowy oraz zaniechania wskazania, jakie frakcje odpadów i w jakich ilościach składają się na podaną przez Zamawiającego ilość orientacyjną odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, 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, struktury gospodarstw domowych, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle zasad kalkulacji ceny ofertowej, przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego (§ 5 wzorca umowy) i ograniczonej możliwości zmiany umowy (§ 11 wzoru umowy).
Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję.
- **art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 22 ust. 5 Pzp** poprzez postawienie w pkt 5.1.2. SIWZ - odpowiednio pkt III 1.4) ogłoszenia o zamówieniu - warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykonaniu min. 3 zadań zrealizowanych w oparciu o znowelizowaną ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391) i przeprowadzone przez gminę postępowanie przetargowe, a nadto w ramach których ilość odpadów komunalnych (z wyłączeniem odpadów z grupy 17) przypadająca na jednego mieszkańca jest większa niż 270 kg/rok, co należy udokumentować załączeniem sprawozdania składanego do gminy dla każdego zadania z osobna, w sytuacji, gdy warunek ten (opis sposobu oceny jego spełnienia) jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, nie służy dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w sposób rzeczywisty dają rękojmię należytego



wykonania zamówienia, a nadto – poprzez swą niejednoznaczność - budzi wątpliwości interpretacyjne, co z kolei prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu;

- **art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp**, poprzez wprowadzenie w SIWZ wymogu załączenia do oferty dokumentu tzw. referencji o określonej treści, w sytuacji gdy dokument referencji ma stanowić wyłącznie dowodów, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
- **art. 91 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp**, poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert odnoszącego się do właściwości wykonawcy, tj. preferującego wykonawców dysponujących określonym doświadczeniem, w sytuacji, gdy tego typu kryterium w usługach priorytetowych jest niedopuszczalne.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę o nakazanie** Zamawiającemu:

- określenie w SIWZ maksymalnej ilości odpadów komunalnych objętych przedmiotem niniejszego zamówienia i oferowaną przez wykonawców ceną ryczałtową, w szczególności maksymalnej ilości zmieszanych odpadów komunalnych oraz tych frakcji odpadów komunalnych, których selektywna zbiórka została przewidziana OPZ, względnie wprowadzenie możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości odpadów w stosunku do danych przyjętych dla obliczenia ceny oferty z podaniem kryteriów zmian;
- dokonania modyfikacji warunku udziału w postępowaniu poprzez wprowadzenie zapisu, że wykonawca ma wykazać się doświadczeniem w realizacji min. 2 zadań polegających na odbiorze odpadów komunalnych z posesji w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy (warunek w brzmieniu określonym przez Zamawiającego w postępowaniu ZP 7/2013);
- wykreślenia zapisów SIWZ wskazujących na niezbędną treść tzw. dokumentu referencji;
- modyfikację tzw. pozacenowego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez przyjęcie kryterium oceny ofert, które preferowałyby wykonawców gwarantujących najwyższe poziomy odzysku, w tym recyklingu odpadów komunalnych.

Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z poglądem powszechnie wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: „KIO” lub „Izba”):

„Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w



konsorcjum (...). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz” (zob. wyrok z dnia 1 kwietnia 2014r., sygn.. akt: KIO 527/14, wraz z cytowanym tam orzecznictwem).

Wobec powyższego, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp i rozporządzenia interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu utrudnia mu dostęp do zamówienia.

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz. Urz. UE w dniu **25 lutego 2015r.** pod nr: 2015/S 039-066955. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ.

1. Opis przedmiotu zamówienia

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbiór, wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Leszno. W jego zakres wchodzi: odbiór i zagospodarowanie, tj. odzysk lub unieszkodliwienie wskazanych w opisie zamówienia odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Leszno, na których zamieszkują mieszkańcy, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. poz. 1399, ze zm. - dalej jako: „**ustawa ucpg**”), zapisami zawartymi w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami oraz zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Leszno.

Usługa odbierania odpadów, wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Leszno obejmuje: selektywne odbieranie odpadów



komunalnych, zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Leszno. Powyższe dotyczy frakcji odpadów wymienionych w pkt 2 rozdziału 3 „Opis przedmiotu zamówienia” SIWZ.

Wynagrodzenie za wykonanie tak określonego przedmiotu zamówienia – jak wynika m. in. z Formularza cenowego oraz postanowienia § 5 wzoru umowy - zostało określone jako wynagrodzenie ryczałtowe, płatne jako ryczałt miesięczny za:

- Odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów selektywnie zbieranych od mieszkańca,
- Zbieranie i zagospodarowanie odpadów z PSZOK z wyłączenie, odpadów ulegających biodegradacji,

oraz jako wynagrodzenie kosztorysowo – ryczałtowe, jeśli chodzi o wynagrodzenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji bezpośrednio od mieszkańca (wynagrodzenie za 1 Mg) oraz za odbiór i zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji odbieranych z PSZOK (wynagrodzenie za 1 Mg).

Wobec tak określonego przedmiotu zamówienia i takiego sposobu ustalania i rozliczania wynagrodzenia wykonawcy, Zamawiający poinformował wykonawców jedynie o:

- przewidywanej liczbie obsługiwanych mieszkańców zamieszkałych w Gminie Leszno, ilości posesji jednorodzinnych oraz ilości budynków wielorodzinnych (pkt 3 rozdział 3 SIWZ);
- przewidywanej liczbie pojemników (pkt 3 rozdział 3 SIWZ);
- przewidywanej ilości wytworzonych odpadów komunalnych, którą trzeba będzie odebrać i zagospodarować (pkt 4 rozdział 3 SIWZ), przy czym wartość ta podana została globalnie, tj. bez podziału na poszczególne frakcje odpadów;
- sposobie (harmonogramie) odbioru odpadów (pkt 5 rozdział 3 SIWZ) itd.

Przy tak określonym przedmiocie zamówienia, podana przez Zamawiającego **przewidywana ilość odpadów komunalnych, które trzeba będzie odebrać i zagospodarować, tj. około 3 tys. Mg/rok**, nie jest informacją wystarczającą dla prawidłowego ustalenia kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, co z kolei może prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert. I tak.

W pierwszej kolejności, Zamawiający powinien doprecyzować, ilość odpadów, jaka będzie objęta przedmiotem zamówienia. Użycie przez niego sformułowania „około” powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, bowiem pojęcie to może być różnie rozumiane przez poszczególnych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i – zwłaszcza na etapie realizacji umowy – przez samego Zamawiającego. Powstaje bowiem pytanie, czy sformułowanie „około” uprawnia strony do



przyjęcia, że odchylenie od podanej wartości będzie mogło sięgnąć 5%, 8% czy raczej 10 – 15% podanej wartości, przy czym wskazanie maksymalnego poziomu owego odchylenia wprost przenosi się na koszty wykonania przedmiotu zamówienia i ocenę ryzyka związanego z jego realizacją.

Następnie, Zamawiający – przy takim sposobie rozliczenia - powinien w postanowieniach SIWZ oddzielnie podać dane dotyczące ilości zmieszanych odpadów komunalnych, które będą odbierane od właścicieli oraz przyjmowane w PSZOK oraz ilości odpadów zbieranych selektywnie, z podziałem na konkretne frakcje, w tym zwłaszcza odpady ulegające biodegradacji. Odwołujący zdaje sobie sprawę z faktu, iż strumień odpadów wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości ulega zmianom, niemniej Zamawiający ma możliwość podania w SIWZ, nawet jeśli miałyby to być dane orientacyjne, danych „historycznych” odnoszących się do usługi odbioru i zagospodarowania odpadów świadczonej już w nowym systemie gospodarowania odpadami komunalnymi (od lipca 2013r.), jak i danych z lat wcześniejszych. Na podstawie wskazanych danych możliwe jest zaś określenie dynamiki zmian zachodzących w gminie w zakresie wytwarzania i segregowania odpadów komunalnych, na podstawie których możliwe będzie oszacowanie przyszłego strumienia odpadów komunalnych w Gminie i jego struktury.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że inaczej wygląda logistyka odbioru zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zbieranych w sposób selektywny (różna częstotliwość odbiorów, inne rodzaje pojazdów, inna waga odpadów, itp.), co powoduje, że koszty odbioru tych dwóch rodzajów odpadów są zgoła odmienne. Podobnie różne są koszty zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, jak i poszczególnych frakcji odpadów zbieranych w sposób selektywny. Koszt zagospodarowania tych pierwszych sięga od 250 do ok. 500 zł, gdy tymczasem zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie zebranych może wiązać się dla wykonawcy z niewielkim, ale zyskiem.

Wspólne wynagrodzenie przewidziane za odbiór i zagospodarowanie zarówno zmieszanych odpadów komunalnych, jak odpadów selektywnie zbieranych wymaga uwzględnienia powyższych faktów, przy czym brak danych w tym zakresie w SIWZ powoduje, że poszczególni wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą różnie szacować stosunek zmieszanych odpadów komunalnych (odpadów, których koszt zagospodarowania jest najwyższy) do odpadów selektywnie zebranych (których z kolei koszt zagospodarowania jest niższy). To z kolei może doprowadzić do sytuacji, że złożone oferty będą nieporównywalne, a Zamawiający w razie wdrożenia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp nie będzie dysponował żadnym narzędziem, które mogłoby mu pozwolić na zweryfikowanie rzetelności, czy realności cen zaoferowanych przez wykonawcę.

Takie określenie ilości odpadów przerzuca także na wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane z niedoszacowaniem przez Zamawiającego ilości oraz rodzajów odpadów komunalnych wytwarzanych na terenie gminy. Tym samym w niniejszej sprawie wykonawcy, wbrew brzmieniu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, zostali pozbawieni możliwości oszacowania ryzyk związanych z przedmiotem zamówienia.



Posiłkując się w tym zakresie orzecznictwem Izby, warto zwrócić uwagę na wyrok z dnia 16 stycznia 2013r., sygn. akt KIO 2941/12, w którym **zaakcentowano konieczność podania przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia maksymalnej ilości odpadów komunalnych poszczególnych frakcji, które objęte są usługą odbioru i zagospodarowania, jeśli zamawiający - tak jak w niniejszej sprawie - przewiduje ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy.** W uzasadnieniu swojego stanowiska, Izba wskazała m.in., że: *„Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy jest wyłącznym obowiązkiem zamawiającego. W ramach czynności związanych z przygotowaniem postępowania zamawiający winien zgromadzić niezbędne dane, pozwalające na prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia i dopiero wszcząć postępowanie. (...) Niezasadnie zatem powołuje się zamawiający na niekompletność sprawozdań wykonawców i brak wiedzy w zakresie liczby osób w domach jednorodzinnych i szacunkowych ilości pojemników niezbędnych do odbierania odpadów, bowiem zamawiający miał wystarczająco długi czas ku temu - liczony od daty wejścia w życie znowelizowanych przepisów ustawy ucpg do wszczęcia badanego postępowania, aby dane te zgromadzić. (...) Nie sposób sobie wyobrazić, że w przypadku usługi odbioru i utrzymania odpadów można było skalkulować realną i opłacalną ofertę cenową możliwą do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Tymi są niewątpliwie maksymalna ilość odpadów oraz podstawowe koszty materiałowe - koszty pojemników”.*

Izba zajęła identyczne stanowisko w wyroku z dnia 4 czerwca 2013r., sygn. akt: KIO 1126/13 i n., wskazując, że:

„(...) zamawiający powinien określić co najmniej (dla każdego zadania osobno):

- 1. **maksymalną** ilość odpadów, do odebrania i zagospodarowania których wykonawcy będą zobowiązani w ramach przewidzianego wynagrodzenia ryczałtowego,*
- 2. maksymalną ilość odbiorów odpadów (...) do których odebrania wykonawca będzie zobowiązany w ramach wynagrodzenia ryczałtowego,*
- 3. maksymalną ilość i rodzaj pojemników oraz ilość worków, jakie ma wykonawca dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego”.*

Tylko uprzedzająco należy zauważyć, że stracił aktualność pogląd przeciwny wyrażony w wyroku z dnia 15 maja 2013r., sygn. akt: KIO 981/13. W uzasadnieniu przywołanego orzeczenia czytamy bowiem, że: *„Powyższe informacje nie stanowią pełnych danych, które pozwoliłyby na dokładne wyliczenie ilości odpadów podlegających odbieraniu w tym postępowaniu. Zamawiający nie dysponuje takimi danymi, ponieważ dysponuje jedynie ok 60-70% deklaracji składanych przez właścicieli nieruchomości. Nie posiada zatem ścisłych danych, ale dane szacunkowe (...)”.* Jako że wyrok ten został wydany na samym początku funkcjonowania nowego systemu gospodarki odpadami komunalnymi, kiedy zamawiający faktycznie mogli nie dysponować szczegółowymi, pewnymi danymi odnoszącymi się do ilości odpadów. Obecnie jednak takie dane znajdują się w ich posiadaniu i powinny zależeć swój wyraz w postanowieniach SIWZ.



2. Warunek udziału w postępowaniu

Zamawiający, na mocy pkt 5.1.2. rozdziału 5 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” SIWZ, postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek (cyt.):

„(...) posiadania wiedzy i doświadczenia potwierdzonej poświadczeniami – w zakresie wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie min. 3 zadań zrealizowanych w oparciu o znowelizowaną ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391) i przeprowadzone przez gminę postępowanie przetargowe.

Każde zadanie powinno spełniać następujące warunki:

- 1) dotyczyć terenu gminy o ilości mieszkańców powyżej 9.000 (słownie: dziewięć tysięcy) mieszkańców;*
- 2) dotyczyć odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od mieszkańców (w tym odpadów zmieszanych, zielonych i selektywnie zebranych) z posesji wielorodzinnych i jednorodzinnych oraz prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych;*
- 3) być realizowane w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy;*
- 4) potwierdzać, że ilość odpadów komunalnych (z wyłączeniem odpadów z grupy 17) **przypadająca na jednego mieszkańca jest większa niż 270 kg/rok** (powyższe należy udokumentować załączeniem sprawozdania składanego do gminy dla każdego zadania z osobna);*
- 5) zagospodarowanie odebranych odpadów powinno odbywać się zgodnie z obowiązującymi przepisami tj. w instalacjach RIPOK”.*

Biorąc pod uwagę zakres i charakter usług składających się na przedmiot niniejszego zamówienia, liczbę mieszkańców gminy, a także jej wielkość, należy z całą stanowczością stwierdzić, że sformułowany w powyższy sposób warunek wiedzy i doświadczenia jest nadmierny, tj. nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W ślad za orzecznictwem warto przypomnieć, że: *„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia”* (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2013r., sygn. akt: KIO 646/13); oraz że: *„Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu **muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania**”* (wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2012r., sygn. akt: KIO



2636/12);

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy wskazać należy, co następuje:

Okres, z jakiego może pochodzić doświadczenie.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający może żądać – przy usługach i dostawach – od wykonawców wykazania się doświadczeniem zdobytym „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie”. W niniejszej sprawie zapis ten znalazł się w opisie warunku, ale dopuszczalność wykazania się doświadczeniem z okresu ostatnich 3 lat ma charakter jedynie pozorny. Zadania, które mają być wskazane przez wykonawcę muszą być bowiem „zrealizowane w oparciu o znowelizowaną ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391) i przeprowadzone przez gminę postępowanie przetargowe.” Już samo to sformułowanie może budzić wątpliwości, np. odnośnie tego, o której nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach mowa (ustawa ta w okresie ostatnich kilku lat była przedmiotem co najmniej kilkunastu nowelizacji), czy jeśli mowa o ustawie nowelizującej z dnia 1 lipca 2011 r. to, chodzi tu w istocie o usługi, które zostały zlecone po dniu wejścia w życie nowych regulacji prawnych (a więc po 1 stycznia 2013r.), czy raczej usługi, które miały być realizowane po dniu 1 lipca 2013r., czyli od daty, kiedy w pełni miały zacząć obowiązywać nowe regulacje prawne.

Niemniej, w ocenie Odwołującego, najistotniejszą kwestią jest wskazana powyżej okoliczność, tj. faktyczne skrócenie „ważności” referencji uzyskanych przez wykonawców. Znowelizowane przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co jest okolicznością bezsporna, wprowadziły szereg zmian do systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, niemniej mimo tych zmian sposób realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a właściwie specyfika tych usług i związane z nią problemy realizacyjne nie uległy w rzeczywistości zmianom. Podobnie jest w obszarze zagospodarowania odpadów komunalnych.

Dodać należy, że także przed wejściem w życie nowych regulacji prawnych, część gmin z inicjatywy własnej lub podmiotów odbierających odpady komunalne realizowała projekty polegające na selektywnej zbiórce odpadów komunalnych „u źródła”. Część gmin natomiast przejęła zarządzanie odpadami komunalnymi w sposób kompleksowy (a więc w sposób podobny do obecnego), na podstawie poprzednich przepisów, które gminą dawały tego typu możliwość. Nadto, większość instalacji, która obecnie funkcjonuje jako instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych to te same instalacje, które funkcjonowały przed 1 lipca 2013r. Nie jest więc także, że po dniu 1 lipca 2013r. mamy do czynienia z diametralnie odmienną usługą odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Powyższe powoduje, że także wykonawca realizujący usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w „starym” systemie daje rękojmię należytego wykonania usługi będącej



przedmiotem zamówienia.

Na marginesie należy również odnotować, że niektóre gminy zwlekały z wprowadzeniem nowego systemu gospodarki odpadami komunalnymi lub z przyczyn od nich niezależnych system ten zaczął obowiązywać z opóźnieniem. Przykładem takiej gminy jest Miasto st. Warszawa, które pierwsze właściwe umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów zawarło dopiero w sierpniu 2014r. W okresie „przejściowym” właściciele nieruchomości byli obsługiwani przez firmy na zasadach dotychczasowych, względnie gminy decydowały się na udzielanie umów krótkoterminowych w trybie in house. W związku z taką sytuacją wykonawcy świadczący usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenach tych gmin zostali - obiektywnie - pozbawieni możliwości wykonywania tego rodzaju usług na nowych zasadach. Mimo więc, iż posiadają odpowiednie doświadczenie, nie mogliby ubiegać się o niniejsze zamówienie, co nie ma żadnego uzasadnienia.

Wymóg wyboru wykonawcy w drodze przetargu.

Za równie nieuzasadniony uznać należy wymóg realizacji usługi jako wykonawca wybrany w przetargu zorganizowanym przez gminę.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że wykonawca musi wykazać się usługą na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, tymczasem zgodnie z art. 6d ust. 1 u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, **albo** przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. W praktyce oznacza to, że dany wykonawca może odbierać i zagospodarowywać odpady komunalne pochodzące z terenu gminy, choć będzie to robił na dwóch różnych podstawach prawnych, co nie oznacza jednak by jego doświadczenia miało być „gorsze” od tego, jakie oczekuje Zamawiający.

Nadto, jak wskazano powyżej, w niektórych gminach przetarg, o którym mowa w art. 6d ust. 1 u.c.p.g. został rozstrzygnięty w takim terminie, że nie będzie spełniony wymóg wykonywania usługi przez 12 kolejnych miesięcy, przy czym nie sposób powiedzieć, że wykonawca taki nie będzie miał doświadczenia niezbędnego do wykonania należytego niniejszej umowy, jeśli przed rozstrzygnięciem przetargu obsługiwał właścicieli nieruchomości z danej gminy na podstawie umów zawartych wprost z właścicielami nieruchomości.

Odwołujący podkreśla także, że na rynku funkcjonują podmioty, które nie uzyskały zamówienia w wyniku przetargu zorganizowanego przez gminę, niemniej odbierają odpady komunalne od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych (nieruchomości nieobjętych przetargiem). Ich zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia jest porównywalna do tej, jaką dysponują wykonawcy wybrani w przetargu gminnym, bowiem specyfika usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych nie jest odmienna od specyfiki wykonywania tej usługi względem nieruchomości zamieszkałych.



Ilość odpadów „przypadająca” na mieszkańca.

Odwołujący wskazuje, że już samo sformułowanie: ilość odpadów komunalnych „przypadająca” na mieszkańca budzi wątpliwości interpretacyjne. Powstaje tu bowiem pytanie, czy mowa jest tu o ilościach odpadów komunalnych wytwarzanych w gminie, czy odbieranych w ramach umowy zawartej z gminą. Ilości te nie będą równe, jeśli gmina nie zakłada odbioru z nieruchomości wszystkich frakcji odpadów komunalnych, co - np. w odniesieniu do zużytego sprzętu elektrycznego, baterii, zużytych leków - jest raczej rozwiązaniem typowym. Ilości te nie będą również tożsame, jeśli gmina nie objęła gminnym systemem nieruchomości niezamieszkałych.

Nadto, wartość ta jest nierelevantna także i z tego względu, że zjawiskiem obserwowanym w skali kraju jest zjawisko zmniejszenia się ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gminach (mimo obserwowanej w poprzednich latach tendencji wzrostowej), zwłaszcza tych, które objęły nieruchomości niezamieszkałe systemem gminnym lub które jako formę rozliczenia z wykonawcą usługi przyjęły ryczałt. Gmina o porównywanej wielkości i specyfice do Gminy Leszno może więc mieć dużo mniejszy wskaźnik ilości odpadów komunalnych przypadających na mieszkańca, co jednak nie oznacza, że wykonawca świadczący usługę w takiej gminie nie będzie w stanie wykonać należycie usługi objętej niniejszym postępowaniem. Innymi słowy, powyższy warunek ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania umowy i nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia. Wykonawca świadczący usługę w gminie, gdzie ów przelicznik będzie wynosił przykładowo 264 kg/rok może w rzeczywistości być lepiej przygotowanym do wykonania zamówienia, jeśli gmina, o której mowa, ma przykładowo bardziej rozbudowany system selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, ma większy obszar, większą liczbę ludności itp.

Za niezgodne z prawem uznać należy także postawienie wymogu, by wskazaną powyżej ilość dokumentować „załączeniem sprawozdania składanego do gminy dla każdego zadania z osobna”, jeśli po pierwsze tego typu dokument nie jest wymieniony w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a nadto nie wszystkie gminy żądały tego typu dokumentu, a więc wykonawcy ubiegający się o zamówienie mogą takim dokumentem nie dysponować.

Wobec powyższego, warunek posiadania wiedzy i doświadczenia wymaga modyfikacji.

3. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług

Wolą Zamawiającego wyrażoną w pkt 6.6. rozdziału 6 SIWZ, wykonawcy – w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – zobowiązani są przedłożyć wraz z ofertą (cyt.):



„Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (załącznik nr 4). **W dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług (referencje) muszą być opisane i potwierdzone przez wystawiającego dane dotyczące wymienionych warunków z pkt 5.1.2.**”

Innymi słowy, Zamawiający żąda od wykonawców dostarczenia referencji o ściśle określonej treści, z których będzie jednoznacznie wynikało, że każde z trzech zadań wskazanych w wykazie zostało zrealizowane w oparciu o znowelizowaną ustawę ucpg i zostało uzyskane w ramach postępowania przetargowego przeprowadzonego przez gminę, a ponadto: 1) dotyczyło terenu gminy o ilości mieszkańców powyżej 9.000 (słownie: dziewięć tysięcy) mieszkańców; 2) dotyczyło odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od mieszkańców (w tym odpadów zmieszanych, zielonych i selektywnie zebranych) z posesji wielorodzinnych i jednorodzinnych oraz prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych; 3) było realizowane w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy; 4) potwierdzało, że ilość odpadów komunalnych (z wyłączeniem odpadów z grupy 17) przypadająca na jednego mieszkańca jest większa niż 270 kg/rok (powyższe należy udokumentować załączeniem sprawozdania składanego do gminy dla każdego zadania z osobna). Referencje miałyby także potwierdzać, że zagospodarowanie odebranych odpadów odbyło się zgodnie z obowiązującymi przepisami tj. w instalacjach RIPOK.

Abstrahując od niedopuszczalności postawionego w ten sposób warunku udziału w postępowaniu, o czym była mowa wyżej, należy wskazać, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, a mają charakter ogólny. Zamawiający nie może więc żądać, aby zawierały one ściśle określoną treść, poza potwierdzeniem faktu należytego wykonania usługi, do której się odnoszą.

Słuszność takiego stanowiska znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby, w którym konsekwentnie wskazuje się, że: „**Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego i zindywidualizowanego warunku. Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę wszystkie dokumenty złożone w ofercie, także wyjaśnienia składane w postępowaniu**” (zob. m.in. wyrok z 22 sierpnia 2013r., sygn. akt KIO 1908/13). Również w wyroku z dnia 11 lipca 2013r., sygn. akt: KIO 1524/13, KIO 1528/13, Izba przyznała, że: „(...) za nieuprawnione należy uznać oczekiwanie, iż wykonawca musi dysponować dokumentem, z którego wprost przedmiotowa okoliczność winna wynikać [okoliczność, że referencyjny przedmiot zamówienia został wykonany w sposób prawidłowy - przyp. autora]. Powyższe nie znajduje uzasadnienia w treści powołanego przepisu rozporządzenia, przy uwzględnieniu różnych reżimów



prawnych, w jakich wykonawcy realizują zamówienie i **braku podstaw do żądania od zamawiającego oświadczeń, zawierających określoną treść**. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp należy uznać za *chybiony*". Tożsame wnioski wyrażane są w orzecznictwie sądów powszechnych (zob. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012r., sygn. VIII Ga 137/12).

Tym samym pozostaje niezbędnym usunięcie z pkt 6.6. rozdziału 6 SIWZ zdania: „W dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług (referencje) muszą być opisane i potwierdzone przez wystawiającego dane dotyczące wymienionych warunków z pkt 5.1.2.”.

4. Kryterium oceny ofert

Zamawiający nadał pkt 13.1. SIWZ następujące brzmienie (cyt.):

„Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniami:

- Cena ofertowa – 85%

w tym:

- a) Łącznie cena brutto za odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów selektywnie zbieranych od mieszkańców (ryczałt miesięczny) oraz cena brutto za zbieranie i zagospodarowanie odpadów w PSZOK z wyłączeniem odpadów ulegających biodegradacji (ryczałt miesięczny) – 70%;
- b) Łącznie cena brutto za odbiór i zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji bezpośrednio od mieszkańców za 1Mg oraz cena brutto za odbiór i zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji odbieranych z PSZOK za 1Mg – 15%

- Doświadczenie – 15%”

W pkt 13.3. SIWZ przewidział z kolei (cyt.):

„Ocena punktowa **kryterium doświadczenie** dokonana zostanie zgodnie z formułą:

$$Pd = (Do : Dn) \times 100 \times \text{waga kryterium (15\%)}$$

gdzie: Pd – punkty dla badanej oferty w kryterium doświadczenie;

Do – ilość referencji spełniająca warunek doświadczenia wskazany przez Zamawiającego w pkt.5.1.2. SIWZ badanej oferty.

Dn – największa ilość referencji spełniająca warunek wskazany przez Zamawiającego pkt.5.1.2. SIWZ w zbiorze ofert.



Oferta spełniająca w najwyższym stopniu wymagania tego kryterium tj. oferta z największą ilością referencji spełniających warunków wskazany przez Zamawiającego w pkt. 5.1.2. SIWZ w zbiorze ofert - otrzyma maksymalną ilość punktów przypisaną w tym kryterium czyli 15 pkt. Pozostałym Wykonawcom przypisana zostanie odpowiednio mniejsza liczba punktów. Oferta z najmniejszą ilością referencji spełniających warunków z pkt. 5.1.2 SIWZ - uzyska najmniejszą ilość punktów”.

Kształt powyższego kryterium oceny ofert stoi w absolutnej sprzeczności z art. 91 ust. 2 i 3 Pzp, w myśl których kryteriami oceny ofert są cena albo cena i **inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia**, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji, przy czym **kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy**, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że kryterium w postaci „doświadczenia” dotyczy właściwości wykonawcy, w związku z czym - z uwagi na priorytetowy charakter usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia (vide załącznik nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym) - nie może się ostać.

Podsumowując, z uwagi na priorytetowy charakter usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, koniecznym jest zrezygnowanie przez Zamawiającego z kryterium oceny ofert „doświadczenie”.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że Zamawiający w postępowaniu mającym za przedmiot usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych ma różne możliwości określenia tzw. pozacenowego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. W szczególności, kierując się podstawowymi zasadami systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, w tym zasadą hierarchii postępowania z odpadami i koniecznością uzyskania poziomów odzysku i recyklingu, o których mowa w art. 3b u.c.p.g. Zamawiający powinien poprzez to kryterium preferować wykonawców, którzy gwarantują osiągnięcie najwyższych poziomów odzysku i recyklingu odpadów komunalnych odebranych z terenu gminy.

Nadto, z uwagi na sygnalizowane powyżej problemy z „nieszczelnością” systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty mogłoby być kierowanie do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) nie tylko zmieszanych odpadów komunalnych, ale i odpadów zebranych w sposób selektywny, choć przykłady innych Gmin, np. m. st. Warszawy, pokazują, że część Zamawiających wymóg ten traktuje jako element przedmiotu zamówienia, co jest rozwiązaniem jak najbardziej pożądanym.



6 marca 2015

Mając na względzie całokształt przedstawionych wyżej rozważań, niniejsze odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Katarzyna Skiba-Kuraszkiewicz

Radca prawny

Załączniki:

- pełnomocnictwo,
- dowód wniesienia wpisu,
- dowód przekazania kopii zamawiającemu.