Sygn. akt: KIO 1187/19 Sygn. akt: KIO 1199/19 Sygn. akt: KIO 1201/19	
	WYROK z dnia 19 lipca 2019 r.
Krajowa Izba Odwoławcza	- w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 i 18 lipca 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawców:

A. Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa (KIO 1187/19),

B. W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa

43, 01-934 Warszawa (KIO 1199/19),

C. J. Z., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU Lekaro J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka (KIO 1201/19)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo

Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa

przy udziale:

A. Wykonawcy: Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach KIO 1199/19 i 1201/19,

B. Wykonawcy: W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie KIO 1187/19

C. Wykonawcy: J. Z., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU Lekaro J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach KIO 1187/19 i 1199/19,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 1187/19:

1. Umarza postepowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu pkt III ppkt 1 lit. b, pkt III ppkt 2 lit. c,d,e,g oraz w pkt III ppkt 3 lit. c,d,e,f,g,h;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1199/19:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

III. Sygn. akt KIO 1201/19:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU Lekaro J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1187/19

Sygn. akt: KIO 1199/19

Sygn. akt: KIO 1201/19

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., dalej „ustawa Pzp" lub „p.z.p.") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy", nr ref.: DZA.ZOZ.27.20.20I9.LK.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 czerwca 2019 r., numer: 277635- 2019-PL. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

W dniu 24 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały złożone odwołania wobec treści SIWZ przez wykonawców: Remondis sp. z o.o., dalej: „Odwołujący Remondis" (KIO 1187/19), W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ" W. B., dalej „Odwołujący BYŚ" (KIO 1199/19), PPHU Lekaro J. Z., dalej: „Odwołujący Lekaro" (KIO 1201/19).

<u>Sygn. akt KIO 1187/19</u>

Odwołujący Remondis zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1, ust. 2, ust. 2d i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie kryterium oceny ofert - „gwarantowany przez Wykonawcę poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru metali, tworzyw sztucznych i szklą" (pkt 20.1 SIWZ):

a) w zakresie zagospodarowania odpadów z grupy „A" (tj. Zadań 1 (1 A), 3 (2A), 5(3A), 7 (4A), 9 (5A), 11 (6A), 13 (7A), 15 (8A), 17 (9A)) w sposób nadmierny i nieadekwatny, gdyż nie jest możliwe osiągnięcie dla tych rodzajów odpadów wymaganego przez Zamawiającego minimalnego gwarantowanego przez wykonawcę w okresie realizacji

usługi poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła na poziomie nie niższym niż 55%, a tym bardziej poziomu wyższego niż minimalny poziom wymagany przez Zamawiającego;

b) w zakresie zagospodarowania odpadów z grupy „B" (tj. Zadań 2 (1B), 4 (2B), 6 (3B), 8 (4B), 10 (5B), 12 (6B), 14 (7B), 16 (8B), 18 (9B)) w sposób nadmierny i nieadekwatny, gdyż Zamawiający wymaga zagwarantowania przez Wykonawcę w okresie realizacji przedmiotu zamówienia minimalnego poziomu recyklingu i przygotowania do

ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła na poziomie nie niższym niż 55%, w sytuacji gdy zgodnie z Załącznikiem do rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych z dnia 14 grudnia 2016 r. (Dz.Ik z 2016 r. poz. 2167, dalej: „Rozporządzenie") wymagany poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia dla tych frakcji odpadów w 2020 roku wynosi 50%.

2. art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu

zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzgledniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim Zamawiający:

a) w pkt 31 części II SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ") sformułował wymóg zgodnie z którym minimalny gwarantowany przez wykonawcę w okresie realizacji usługi poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła nie może być niższy niż 55%, w sytuacji gdy określony w załączniku do Rozporządzenia wymagany poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia dla tych frakcji odpadów w 2020 roku wynosi 50%, a jednocześnie brak jest uzasadnienia dla nakładania na wykonawców konieczności osiągnięcia wyższych poziomów recyklingu niż określone w Rozporządzeniu;

b) nie uregulował w SIWZ, OPZ ani IPU procedury postępowania w sytuacji, gdy deklarowany przez podmiot przekazujący wykonawcy odpady do zagospodarowania rodzaj dostarczanych odpadów, istotnie odbiega od odpadów rzeczywiście dostarczonych przez ten podmiot, co może uniemożliwić wykonawcy osiągniecie wymaganego przez Zamawiającego minimalnego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz uniemożliwia oszacowanie kosztów realizacji zamówienia;

c) w pkt 4 OPZ i w pkt 27 OPZ Zamawiający określił odpowiednio maksymalne i minimalne planowane ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania w 2020 r. z podziałem na zadania i grupy, ale bez podziału i przypisania maksymalnych ilości odpadów dla poszczególnych frakcji w strumienia odpadów dla danej grupy, a w pkt 12 OPZ określił szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w 2020 r. zastrzegając jednak przy tym, że wspominane dane stanowią dane szacunkowe, które nie mogą stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń wykonawcy, co uniemożliwia wykonawcom należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a także zobowiązanie się przez wykonawcę do osiągnięcia określonych poziomów recyklingu;

d) w pkt 11 OPZ zakwalifikował do grupy odpadów „A" odpadów bio - odpady kuchenne z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczy, sklasyfikowanych kodem ex 20 01 08 - explicite odpady kuchenne ulegające biodegradacji;

e) w pkt 19 OPZ dopuszcza możliwość zmiany instalacji do zagospodarowania wskazanej przez wykonawcę w dołączonym do oferty oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów, pod warunkiem akceptacji nowej instalacji i na uzgodnionych z nim warunkach, bez jednoczesnego doprecyzowania w ciągu jakiego okresu dokona akceptacji wskazanej przez wykonawcę instalacji i o jakiego rodzaju warunki, które mają zostać uzgodnione z Zamawiającym chodzi (analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w §2 ust. 7 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w §2 ust. 6 IPU dla odpadów z grupy „B");

f) w pkt 21 OPZ wskazuje, że przyjęcie odpadów objętych przedmiotem zamówienia będzie potwierdzone przez wykonawcę w każdym miesiącu realizacji zamówienia zbiorczą kartą przekazania odpadu, bez jednoczesnego doprecyzowania w jakim terminie Zamawiający przekaże wykonawcy zbiorczą kartę przekazania odpadu w celu jej potwierdzenia;

g) zgodnie z pkt 24 OPZ wprowadził wymóg zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do przyjęcia i umożliwienia rozładunku dostarczonych odpadów objętych przedmiotem zamówienia bez konieczności oczekiwania na wjazd i rozładunek odpadów (czyli w czasie do 15 minut), bez jednoczesnego doprecyzowania w jaki sposób będą kwalifikowane przypadki niezależne od wykonawcy, których nie można przewidzieć (np. awaria instalacji, awaria wagi, inne przyczyny losowe) (analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w §2 ust. 12 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w §2 ust. 11 IPU dla odpadów z grupy „B");

h) w pkt 34 ppkt 2) OPZ, wskazał, że integralną część sprawozdań kwartalnych stanowią m.in. potwierdzone za zgodność z oryginałem karty przekazania odpadów (KPO) bez jednoczesnego doprecyzowania czy Zamawiający będzie dopuszczał przedstawienia KPO, które nie zostały podpisane przez wszystkie podmioty wymienione w KPO, a jedynie przez wykonawcę;

i) w pkt 47 OPZ, niezależnie od innych postanowień zastrzega sobie prawo weryfikacji masy odpadów przyjętych do instalacji z masą odpadów odebranych z terenu m.st. Warszawy oraz wskazuje, że w tym zakresie, Zamawiający będzie współpracował i korzystał z wiedzy m.st. Warszawy, a w przypadku zaistniałych rozbieżności Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień (analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w §2 ust. 38 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w §2 ust. 37 IPU dla odpadów z grupy „B");

3. art. 353^1 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14 ust.1 Pzp, art. 29

Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie części V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy (dalej: „IPU") dla odpadów z grupy „A" i odpadów z grupy „B" w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zaburzający wzajemność świadczeń i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający:

a) w §1 ust. 4 i 5 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio IPU dla odpadów z grupy „B" zastrzegł po swojej stronie bardzo szerokie uprawnienia kontrolne, w tym w zakresie zgodności wykonywania przedmiotu umowy z przepisami prawa, sposobu i prawidłowości utrzymania i eksploatacji instalacji oraz uprawnienie do udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego, zarówno w odniesieniu do wykonawcy jak i podwykonawcy, w sytuacji gdy Zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do prowadzenia tak szeroko określonej kontroli, a dodatkowo jest podmiotem konkurencyjnym w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

b) w §6 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio §6 ust. 3 pkt 8 IPU dla odpadów z grupy „B" przewidział karę umowną za stwierdzenie wykonywania przedmiotu umowy bez aktualnych uprawnień określonych w §2 ust. 16 pkt 2 IPU w sytuacji, gdy Zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do stwierdzenia, że wykonawca realizuje przedmiot umowy bez aktualnych uprawnień;

c) w §6 ust. 3 pkt 6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 4 IPU dla odpadów z grupy „B" przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za każdy przypadek odmowy przyjęcia odpadów do instalacji lub punktu przeładunkowego w wysokości aż 0,2%

łącznego wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary oraz nie doprecyzował w jakich przypadkach, poza przypadkiem określonym w §6 ust. 3 pkt 12 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „B" uzna, że wykonawca „odmówił przyjęcia odpadów do instalacji

d) w §6 ust. 3 pkt 7 i 8 IPU dla odpadów z grupy „A" oraz w §6 ust. 3 pkt 5 i 6 IPU dla odpadów z grupy „B" Zamawiający w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny przewidział kary umowne za uniemożliwienie realizacji uprawnień Zamawiającego określonych w §1 ust. 4-7 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio §1 ust. 4-6 IPU dla odpadów z grupy „B" za niezapewnienie w umowach z podwykonawcami realizacji w/w uprawnień Zamawiającego, które dodatkowo zostały zastrzeżone w rażąco wygórowanej wysokości;

e) w §6 ust. 3 pkt 11 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 9 IPU dla odpadów z grupy „B" w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił okoliczności, których wystąpienie spowoduje, że na wykonawcę zostanie nałożona kara za brak działającego systemu informatycznego do prowadzenia ewidencji dostarczanych odpadów objętych przedmiotem zamówienia;

f) w 56 ust. 3 pkt 12 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „B" Zamawiający określił rażąco wygórowaną karę umowną za każdy stwierdzony przypadek oczekiwania pojazdu powyżej 15 minut na wjazd i rozładunek odpadów z przyczyn leżących po stronie

Wykonawcy oraz określił, że oczekiwanie pojazdu powyżej 60 minut traktowane będzie jako odmowa przyjęcia odpadów;

g) w §6 ust. 3 pkt 16 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 14 IPU dla odpadów z grupy „B" przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za rozwiązanie lub odstąpienie od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10,0% łącznego wynagrodzenia określonego w 53 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary;

h) w §6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 IPU dla odpadów z grupy „B" nie przewidział żadnego ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji przedmiotu zamówienia;

i) w §6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 IPU dla odpadów z grupy „B" nie przewidział postanowienia uprawniającego wykonawcę do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności w

sytuacji, gdy Zamawiający pozostaje w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia lub do wykonawcy są dostarczane odpady odbiegające „jakościowo" od odpadów opisanych w SIWZ (inny skład morfologiczny niż opisany w SIWZ);

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji kryteriów oceny ofert, w następujący sposób:

a) w zakresie zagospodarowania odpadów z grupy „A" (tj. Zadań 1 (1 A), 3 (2A), 5(3A), 7 (4A), 9 (5A), 11 (6A), 13 (7A), 15 (8A), 17 (9A)) usunięcie kryterium Gwarantowany przez Wykonawcę poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szklą oraz określenie, że Cena oferty brutto stanowi jedyne kryterium oceny ofert (waga-100%),

b) w zakresie zagospodarowania odpadów z grupy „B" (tj. Zadań 2 (1B), 4 (2B), 6 (3B), 8 (4B), 10 (5B), 12 (6B), 14 (7B), 16 (8B), 18 (9B)) obniżenie minimalnego gwarantowanego przez wykonawcę w okresie realizacji usługi poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła na poziomie nie niższym niż 50 % (zamiast obecnych 55%),

2. zmodyfikowania treści SIWZ i OPZ w następujący sposób:

a) zmodyfikowanie wymogu określonego w pkt 31 OPZ poprzez wskazanie, że wymóg ten dotyczy wyłącznie zagospodarowania odpadów z grupy „B" (nie dotyczy on odpadów z grupy „A") oraz obniżenie minimalnego gwarantowanego przez wykonawcę w okresie, realizacji usługi poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła do poziomu nie niższego niż 50 %,

b) opracowanie w OPZ procedury postępowania w sytuacji, gdy deklarowany przez podmiot przekazujący wykonawcy odpady do zagospodarowania rodzaj dostarczanych odpadów, istotnie odbiega od odpadów rzeczywiście dostarczonych przez ten podmiot, w tym w szczególności określenie skutków takich sytuacji dla obliczenia osiąganego przez wykonawcę poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia;

c) wskazanie w pkt 4 i w pkt 27 OPZ maksymalnych i minimalnych ilości odpadów dla każdej ż frakcji w ramach grupy „A" i grupy „B" dla każdego z zadań, jakie wykonawca będzie zobowiązany zagospodarować w okresie realizacji usługi, a w konsekwencji również:

- odpowiednie zmodyfikowanie pkt 12 OPZ;

- zmodyfikowanie pozostałych postanowień OPZ i IPU z uwzględnieniem tego podziału, w tym wprowadzenie postanowień zgodnie z którymi wykonawca będzie zobowiązany podać ceny jednostkowe zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów z grupy „A" i z grupy „B" w oparciu o które będzie następowało rozliczenie usług świadczonych przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, jak również zmodyfikowanie lub wprowadzenie postanowień zgodnie z którymi umowa ulega rozwiązaniu w przypadku wyczerpania maksymalnych ilości odpadów przewidzianych dla poszczególnych frakcji z grupy „A" i z grupy „B", a wyczerpanie przewidzianej w SIWZ ilości odpadów z danej frakcji powoduje, że wykonawca nie jest zobowiązany do

przyjmowania odpadów z tej frakcji i będzie przyjmował do zagospodarowania tylko te odpady dla których nie doszło do wyczerpania wartości przewidzianych w SIWZ

d) wykreślenie w pkt 11 OPZ z grupy odpadów „A" z odpadów bio następującego rodzaju odpadów: odpady kuchenne z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczy, sklasyfikowanych kodem ex 20 01 08 - explicite odpady kuchenne ulegające biodegradacji;

e) określenie w pkt 19 OPZ oraz w §2 ust. 7 I PU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w §2 ust. 6 IPU dla odpadów z grupy „B", że Zamawiający zaakceptuje nową instalację w terminie nie dłuższym niż 3 dni robocze od dnia poinformowania przez wykonawcę o konieczności zmiany instalacji do zagospodarowania odpadów wskazanej w dołączonym do oferty oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów;

f) doprecyzowanie w pkt 21 OPZ, że Zamawiający przekaże wykonawcy do potwierdzenia zbiorczą kartę przekazania odpadu za dany miesiąc w terminie 3 dni roboczych od dnia zaakceptowania sprawozdania miesięcznego za danym miesiąc, którego dotyczy zbiorcza karta przekazania odpadu;

g) doprecyzowanie w pkt 24 OPZ oraz w §2 ust. 12 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w §2 ust. 11 IPU dla odpadów z grupy „B", że czas oczekiwania na wjazd i rozładunek odpadów objętych przedmiotem zamówienia będzie nie dłuższy niż 30 minut oraz, że czas ten może ulec wydłużeniu, w przypadku wystąpienia okoliczności nie leżących po stronie wykonawcy;

h) wskazanie w pkt 34 ppkt 2) OPZ, że wykonawca uprawniony jest do przedstawienia KPO podpisanych tylko przez wykonawcę (nie przez wszystkie podmioty wskazane w KPO) lub zastąpienia KPO oświadczeniem własnym wykonawcy potwierdzającym, że wytworzone odpady zostały przekazane do uprawnionych podmiotów i przetworzone w procesie wskazanym w oświadczeniu;

i) wykreślenie pkt 47 OPZ oraz 52 ust. 38 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w 52 ust. 37 IPU dla odpadów z grupy „B".

3. zmodyfikowania treści IPU dla odpadów z grupy „A" oraz IPU dla odpadów z grupy „B" w następujący sposób:

a) zmodyfikowanie uprawnień kontrolnych Zamawiającego określonych w §1 ust. 4 i 5 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio IPU dla odpadów z grupy „B" poprzez wykreślenie uprawnienia do przeprowadzenia kontroli w zakresie zgodności wykonywania przedmiotu umowy z przepisami prawa, sposobu i prawidłowości utrzymania i eksploatacji instalacji oraz wykreślenie z uprawnienia do udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego, zarówno w odniesieniu do wykonawcy jak i podwykonawcy, a tym samym ograniczenie uprawnień kontrolnych Zamawiającego w odniesieniu do wykonawcy i podwykonawcy wyłącznie do przeprowadzenia kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie zgodności wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami umowy, a w konsekwencji wykreślenie pozostałych postanowień OPZ i IPU dotyczących kontroli w w/w zakresie, w tym w szczególności kar umownych przewidzianych w 56 ust. 3 pkt 7 i 8 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio 56 ust. 3 pkt 5 i 6 IPU dla odpadów z grupy „B";

b) wykreślenie 56 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio 56 ust. 3 pkt 8 IPU dla odpadów z grupy „B";

c) obniżenie kary umownej określonej w 56 ust. 3 pkt 6 IPU dla opadów z grupy „A" i w 56 ust. 3 pkt 4 IPU dla odpadów z grupy „B" z 0,2% do 0,02% łącznego wynagrodzenia określonego w 53 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary oraz doprecyzowanie, że kara nie zostanie nałożona w przypadku odmowy przyjęcia odpadów wynikającej z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, w szczególności w przypadku awaria instalacji lub awarii wagi, odmowy przyjęcia odpadów z uwagi na ich inny skład morfologiczny niż deklarowany przez Zamawiającego;

d) wykreślenie kar umownych określonych w 56 ust. 3 pkt 7 i 8 IPU dla odpadów z grupy „A" oraz w 56 ust. 3 pkt 5 i 6 IPU dla odpadów z grupy „B";

e) doprecyzowanie w 56 ust. 3 pkt 11 IPU dla opadów z grupy „A" i w 56 ust. 3 pkt 9 IPU dla odpadów z grupy „B", że za brak działającego systemu informatycznego zostanie uznana sytuacja, w której system ten jest niedostępny przez czas dłuższy niż 30 minut

w ciągu danego dnia, przy czym kara nie zostanie nałożona, gdy brak działającego systemu informatycznego wynika z okoliczności i przyczyn niezależnych od

wykonawcy takich jak np. awaria sieci energetycznej, sieci telekomunikacyjnej czy informatycznej;

f) wydłużenie czasu oczekiwania na wjazd i rozładunek zgodnie z żądaniem określonym w pkt IV ppkt 2 lit. d) odwołania oraz obniżenie kary określonej w 56 ust. 3 pkt 12 IPU dla opadów z grupy „A" i w 56 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „B" z 1.000,00 zł do 200 zł, a także, wykreślenie sformułowania „z zastrzeżeniem, że oczekiwania pojazdu na wjazd i rozładunek odpadów powyżej 60 minut z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy traktowane będzie jako odmowa przyjęcia odpadów przez Wykonawcę i skutkować będzie naliczeniem kary wyłącznie zgodnie z pkt. 6) ";

g) zmodyfikowanie §6 ust. 3 pkt 16 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 14 IPU dla odpadów z grupy „B" poprzez wskazanie, że kara umowna za rozwiązanie lub odstąpienie od umowy przez Zamawiającego lub wykonawcę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zostanie nałożona w wysokości 10,0% łącznego wynagrodzenia jakie przypadałoby wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia przez okres pozostały do końca obowiązywania umowy, gdyby nie doszło do rozwiązania lub odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub wykonawcę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

h) wprowadzenie w §6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 IPU dla odpadów z grupy „B" ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie nie wyższym niż 20% łącznego wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary;

i) wprowadzenie w §6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 IPU dla odpadów z grupy „B" postanowienia uprawniającego wykonawcę do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności w sytuacji, gdy: Zamawiający pozostaje w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia przez . okres dłuższy niż 2 okresy rozliczeniowe, po uprzednim wezwaniu Zamawiającego do uregulowania płatności,

oraz

w sytuacji, gdy do wykonawcy są dostarczane odpady odbiegające „jakościowo" (inny skład morfologiczny) od odpadów opisanych w SIWZ jeśli po trzykrotnym wezwaniu przez wykonawcę do usunięcia naruszeń, Zamawiający nie usunął wskazanych naruszeń.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego kryteriów oceny ofert oraz zarzutu dotyczącego minimalnego gwarantowanego przez wykonawcę poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru metali, tworzyw sztucznych i szkła (pkt III ppkt 2 lit. a) odwołania) Odwołujący podał:

1. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W ust. 2d tego przepisu Pzp, wskazano z kolei że Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożlwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców.

2. Przedmiot zamówienia został podzielony przez Zamawiającego na 18 części i obejmuje zagospodarowanie następujących rodzajów odpadów komunalnych w dwóch grupach: GRUPA „A"

a) „odpady zmieszane", tj. odpady pozostałe po wysegregowaniu frakcji zbieranych

selektywnie, sklasyfikowane pod kodem 20 03 01 - niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne;

b) „bio" tj.:

odpady kuchenne z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczy, sklasyfikowane pod kodem ex 20 01 08

expticite odpady kuchenne ulegające biodegradacji,

odpady kuchenne z gastronomi i bioodpady z targowisk, sklasyfikowane pod kodem 20 01 08 - odpady kuchenne ulegające biodegradacji;

c) „odpady zielone" tj. odpady zielone sklasyfikowane pod kodem 20 02 01 - odpady ulegające biodegradacji.

GRUPA „B"

a) „metale i tworzywa sztuczne" tj. tworzywa sztuczne, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, metale w tym odpady opakowaniowe z metali, opakowania wielomateriałowe, sklasyfikowane pod kodem 15 01 06 - zmieszane odpady opakowaniowe;

b) „papier", tj. papier i tektura, w tym odpady opakowaniowe z papieru i tektury, sklasyf ikowane pod kodem 15 01 01 - odpady opakowaniowe z papieru i tektury;

c) „szkło", tj. szkło, w tym odpady opakowaniowe ze szkła, sklasyfikowane pod kodem 15 01 07 - opakowania ze szkła;

d) „odpady wielkogabarytowe" tj. odpady wielkogabarytowe, w tym meble i materace, sklasyfikowane pod kodem 20 03 07 - odpady wielkogabarytowe.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert. Kryterium cena oferty brutto z wagą 90% oraz kryterium Gwarantowany przez Wykonawcę poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła z wagą 10%. Jednocześnie, w pkt 20.1 SIWZ oraz w pkt 31 OPZ Zamawiający wskazał, że minimalny gwarantowany przez wykonawcę w okresie realizacji zamówienia poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła nie może być niższy niż 55%. Zamawiający przyzna punkty wyłącznie za gwarantowany poziom recyklingu wyższy niż minimalny. Poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, w poszczególnych latach do dnia 31 grudnia 2020 r., a także sposób obliczania tych poziomów zostały określone w Rozporządzeniu.

a) Zgodnie z §3 Rozporządzenia, poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła oblicza się na podstawie wzoru:

Umpmts - udział łączny odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła i wielomateriałowych w składzie morfologicznym) odpadów komunalnych.

b) Zgodnie ze wzorami określonymi w rozporządzeniu, poziomy recyklingu obliczane się w odniesieniu do łącznej masy odebranych odpadów komunalnych.

c) Zgodnie z załącznikiem do Rozporządzenia - Tabela nr 1, poziom recyklingu i przygotowania do pewnego użycia dla papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w 2020 r. został określony na poziomie 50%. W 2018 i 2019 r. wynosił on odpowiednio 30% i 40%.

Zdaniem Odwołującego sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert gwarantowany poziom recyklingu jest nadmierne i nieadekwatne w zakresie zagospodarowania odpadów z grupy „A" (tj. Zadań 1 (1 A), 3 (2A), 5(3A), 7 (4A), 9 (5A), 11 (6A), 13 (7A), 15 (8A), 17 (9A)). Nie jest bowiem możliwe osiągnięcie dla tych rodzajów odpadów wymaganego przez Zamawiającego minimalnego gwarantowanego przez Wykonawcę w okresie realizacji poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła na poziomie nie niższym niż 55%, a tym bardziej poziomu wyższego niż minimalny, poziom wymagany przez Zamawiającego. Do grupy „A" wchodzą bowiem głównie odpady zmieszane, niesegregowane, zaś odpady segregowane w oparciu o które wykonawca „wypracowuje"

wymagany minimalny poziom recyklingu określony w Rozporządzeniu zostały wyłączone do grupy „B". W takiej sytuacji, nie ma technicznej możliwości osiągnięcia dla odpadów

niesegregowanych (zmieszanych) 55% poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego

użycia. W związku z wprowadzonym obligatoryjnym obowiązkiem segregacji odpadów u źródła nie ma możliwości wysortowania frakcji surowcowej z odpadów o kodzie 20 03 01. Zgodnie z wytycznymi m. st. Warszawy do odpadów zmieszanych nie powinny trafiać żadne surowce. Kryterium to oraz wymóg określny w pkt 31 OPZ są nieadekwatne i nadmierne, a także zostały sformułowane w sposób nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia również w odniesieniu do zagospodarowania odpadów z grupy „B" (tj. Zadań 2 (1B), 4 (2B), 6 (3B), 8 (4B), 10 (5B), 12 (6B), 14 (7B), 16 (8B), 18 (9B)). Wprowadzony przez Zamawiającego próg 55% jest wyższy niż wymóg określony w Załączniku do Rozporządzenia, w którym wymagany poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia dla tych frakcji odpadów w 2020 roku został określony na poziomie 50%. Brak jest podstaw do podnoszenia przez Zamawiającego poziomu określonego Rozporządzeniem zwłaszcza, że na rynku odpadów od lat podnoszone są głosy, iż osiągnięcie 50% progu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia jest zagrożone i pomimo zmian wprowadzonych również w zakresie zbiórki opadów może okazać się niemożliwe do osiągnięcia. Określenie adekwatnych i proporcjonalnych poziomów recyklingu jest natomiast istotne z uwagi na fakt, że Zamawiający przewidział w IPU bardzo wysokie kary umowne za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia (§6 ust. 3 pkt 3 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt. 2 IPU dla odpadów z grupy „B").

Odnośnie zarzutów dotyczących SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazał, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uregulował w SIWZ, OPZ ani IPU procedury postępowania w sytuacji, gdy deklarowany przez podmiot przekazujący wykonawcy odpady do zagospodarowania rodzaj dostarczanych odpadów, istotnie odbiega od odpadów rzeczywiście dostarczonych przez ten podmiot, co może uniemożliwić wykonawcy osiągniecie wymaganego przez Zamawiającego minimalnego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia. Z doświadczenia Odwołującego, wynika że bardzo często w praktyce zdarzają się przypadki, gdy deklarowany przez podmiot dostarczający odpady w momencie wjazdu na wagę odpad to 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury) podczas gdy w rzeczywistości po rozładowaniu okazuje się, że dostarczony odpad to odpad, który powinien zostać zakwalifikowany jako odpad o kodzie 20 03 01 (zmieszane odpady komunalne). Wykonawca nie ma możliwości dokonania korekty zadeklarowanego rodzaju odpadu. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymaga zapewnienia przez wykonawcę poziomów recyklingu na poziomie przewyższającym wymogi rozporządzenia, a prawidłowe klasyfikowanie odpadów ma istotne znacznie z perspektywy możliwości osiągnięcia przez wykonawcę tych poziomów jak również z uwagi na kalkulację kosztów (w zależności od składu morfologicznego odpadów koszty ich zagospodarowania mogą się diametralnie różnić) zasadnym jest żądanie wprowadzenia przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania procedury regulującej występowanie takich sytuacji.

Odwołujący zauważył, że w pkt 4 OPZ Zamawiający określił maksymalne planowane ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania w 2020 r. z podziałem na zadania i grupy, ale bez podziału i przypisania maksymalnych ilości odpadów dla poszczególnych frakcji w strumienia odpadów dla danej grupy, przyznając, iż w pkt 12 OPZ określił szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w 2020 r., jednak nastąpiło to z zastrzeżeniem, że wspominane dane stanowią dane szacunkowe, które nie mogą stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń wykonawcy, co uniemożliwia wykonawcom należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty. Zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego formularzem ofertowym, który wykonawca uzupełnia na Platformie, wykonawca zobowiązany jest podać jedną cenę jednostkową za zagospodarowanie odpadów pochodzących z danej grupy z terenu określonego Zadania. Cena ta ma charakter ryczałtowy, gdyż obejmuje koszt zagospodarowania wszystkich frakcji odpadów wchodzących w skład danej grupy. Przykładowo, w przypadku grupy „A" będą to odpady zmieszane, bio i zielone. Koszt zagospodarowania każdej z tych frakcji odpadów jest diametralnie różny, co powoduje, że bez określenia maksymalnych i minimalnych ilości odpadów dla każdej z frakcji wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i uwzględnić ich w cenie oferty, a także zobowiązać się do osiągnięcia określonego poziomu recyklingu. Posługiwanie się przez Zamawiającego w tym zakresie danymi szacunkowymi (niewiążącymi) jest niewystarczające, gdyż z doświadczenia współpracy pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym, który realizuje na rzecz Zamawiającego usługi zagospodarowania odpadów wynika, że szacowany procent udziału rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania (pkt 12 OPZ) znacznie odbiega od rzeczywistego procentowego udziału odpadów w tym strumieniu (morfologia dostarczanych odpadów jest znacząco inna niż ta, która została określona przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania). Przyjęcie przez wykonawców różnych szacunków co do składu morfologicznego poszczególnych grup odpadów może spowodować przyjęcie przez wykonawców różnych kosztów

zagospodarowania, a w efekcie doprowadzić od nieporównywalności ofert.

Odwołujący wskazał, iż w pkt 11 OPZ Zamawiający zakwalifikował do grupy odpadów „A" odpadów bio - odpady kuchenne z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczy, sklasyfikowanych kodem ex 20 01 08 - explicite odpady kuchenne ulegające biodegradacji. Takie ukształtowanie postanowień OPZ jest w ocenie Odwołującego nieuzasadnione, gdyż nie uwzględnia faktu, że istnieje bardzo duże ryzyko niezależenia odbiory, który potwierdzi odbiór frakcji 20 01 08 z rozszerzeniem ex, co w przypadku kontroli może skutkować odebraniem decyzji, a także brakiem akceptacji rozliczeń miesięcznych i kwartalnych przez Zamawiającego, a w efekcie odmową lub wstrzymaniem płatności.

Następnie, odnosząc się do zmiany instalacji do zagospodarowania, Odwołujący podał, iż zgodnie z pkt 19 OPZ „Po zawarciu umowy Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany instalacji do zagospodarowania wskazanej przez Wykonawcę w dołączonym do oferty oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów, pod warunkiem akceptacji nowej instalacji przez Zamawiającego i na warunkach z nim uzgodnionych. Przekazanie odpadów do nowej instalacji nie może powodować zwiększenia kosztów dla Zamawiającego. W takim przypadku odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego o którym mowa w pkt 18. " Analogiczne postanowienie zostało powtórzone w §2 ust. 7 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w §2 ust. 6 IPU dla odpadów z grupy „B". Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie doprecyzował w ciągu jakiego okresu dokona akceptacji wskazanej przez wykonawcę instalacji i o jakiego rodzaju warunki, które mają zostać uzgodnione z Zamawiającym chodzi. Określenie tych informacji w OPZ ma szczególne znacznie, gdyż wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania odpadów w konkretnej instalacji (w przypadku odpadów zmieszanych w instalacji własnej, bez możliwości powierzenia w tym zakresie realizacji części zamówienia podwykonawcom), a ewentualne zagospodarowanie odpadów w innej instalacji niż instalacja wskazana w oświadczeniu będzie skutkowało ryzykiem nieprzestrzegania przez Wykonawcę zapisów decyzji na zbieranie (okres magazynowania) oraz dodatkowo nałożeniem na wykonawcę kary umownej określonej w §6 ust. 3 pkt 2 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt. 1 IPU dla odpadów z grupy „B", a co najważniejsze ryzykiem utraty uprawnień do gospodarowania odpadami, np. w wyniku kontroli organów uprawnionych.

Odwołujący wskazał, iż w pkt 21 OPZ Zamawiający wprowadził wymóg zgodnie z którym przyjęcie odpadów objętych przedmiotem zamówienia będzie potwierdzone przez wykonawcę w każdym miesiącu realizacji zamówienia zbiorczą kartą przekazania odpadu. Zamawiający nie doprecyzował jednak jednocześnie, w jakim terminie przekaże wykonawcy zbiorczą kartę przekazania odpadu w celu jej potwierdzenia. Wystawcą zbiorczej karty przekazania odpadu jest Zamawiający i w związku z tym od tego kiedy Zamawiający przekaże Wykonawcy w/w dokument zależy kiedy wykonawca będzie mógł dokonać jego potwierdzenia. Z dotychczasowej współpracy pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym wynika, że Zamawiający przekazuje zbiorcze KPO z bardzo dużym opóźnieniem, co w efekcie prowadzi do nawet kilkumiesięcznego wstrzymywania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, pomimo należytego wykonania przez niego usług objętych przedmiotem zamówienia.

W pkt 24 OPZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do przyjęcia i umożliwienia rozładunku dostarczonych odpadów objętych przedmiotem zamówienia bez konieczności oczekiwania na wjazd i rozładunek odpadów bez jednoczesnego doprecyzowania jak należy rozumieć sformułowanie „bez konieczności oczekiwania na wjazd" oraz określenia w jaki sposób będą kwalifikowane przypadki niezależne od wykonawcy, których nie można przewidzieć (np. awaria instalacji, awaria wagi, inne przyczyny losowe) (analogiczne postanowienie zostało zamieszczone w §2 ust. 12 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w §2 ust. 11 IPU dla odpadów z grupy „B"). W 56 ust. 3 pkt 12 IPU dla opadów z grupy „A" i odpowiednio w §6 ust. 3 pkt 10 IPU, Zamawiający przewidział karę umowną za każdy stwierdzony przypadek oczekiwania pojazdu powyżej 15 minut na wjazd i rozładunek odpadów z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 1.000,00 zł za każde rozpoczęte kolejne 15 minut oczekiwania każdego pojazdu, z zastrzeżeniem że oczekiwanie pojazdu na wjazd i rozładunek odpadów powyżej 60 minut z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy traktowane będzie jak odmowa przyjęcia odpadów przez Wykonawcę i skutkować będzie naliczeniem kary wyłącznie zgodnie z pkt. 6). Zdaniem Odwołującego sformułowanie „bez konieczności oczekiwania na wjazd i rozładunek" Zamawiający interpretuje jako czas oczekiwania pojazdu nie dłuższy niż 15 minut. Wykonawca posiadający RIPOK, a zatem instalację wskazaną w WPGO, przyjmuje odpady do zagospodarowania nie tylko od Zamawiającego, ale również od innych podmiotów i gmin z regionu, w przypadku skierowania do instalacji dużej liczby pojazdów wykonawca może nie być w stanie zagwarantować Zamawiającemu czasu oczekiwania poniżej 15 minut. Ponadto, wykonawca będący RIPOK nie może. stawiać Zamawiającego w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych podmiotów i gwarantować mu określonego, relatywnie krótkiego, czasu oczekiwania na przyjęcie i rozładunek odpadów.

Odwołujący z pkt 34 ppkt 2) OPZ wynika, że integralną część sprawozdań kwartalnych stanowią m.in. potwierdzone za zgodność z oryginałem karty przekazania odpadów (KPO),

jednak brakuje jednoczesnego doprecyzowania czy Zamawiający będzie dopuszczał przedstawienia KPO, które nie zostały podpisane przez wszystkie podmioty wymienione w KPO, a jedynie przez wykonawcę. Niedoprecyzowanie przez Zamawiającego kwestii tego jakie KPO będą przez niego akceptowane może natomiast powodować liczne wątpliwości i prowadzić do nieuzasadnionego wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy. Ze współpracy pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym wynika, że Zamawiający mimo takiego mało precyzyjnego określenia żąda od Wykonawcy wszystkich KPO dla odpadów przyjętych, wytworzonych i przekazanych do innych instalacji podpisanych przez każdą ze stron wymienionych w KPO. Uzyskanie pod KPO podpisów wszystkich podmiotów w nim wymienionych w terminie wymaganym przez Zamawiającego do przedstawienia KPO jest znacznie utrudnione, a w wielu przypadkach wręcz niemożliwe. Ponadto, żądanie przedstawienia tak podpisanego KPO wykracza poza zakres uprawnień przysługujących Zamawiającemu. Wykonawca przekazuje odpady poza granice RP gdzie nie istnieje obowiązek prowadzenia KPO i odbiorcy nie podpisują takich dokumentów. Dokumentem przekazania odpadu jest dokument dostawy czego Zamawiający nie akceptuje. W konsekwencji powyższego, na gruncie obecnie realizowanej umowy brak podpisu np. transportującego na KPO pociąga za sobą konsekwencje w postaci braku akceptacji sprawozdania kwartalnego i obowiązek wystawienia przez wykonawcę faktur korygujących za zagospodarowane już odpady i poniesione przez wykonawcę z tego tytułu koszty. Tak rygorystyczna interpretacja jak stosowana przez Zamawiającego nie jest spotykana w innych postępowaniach dot. zagospodarowania odpadów. W związku z powyższym zasadnym jest wniosek o doprecyzowanie omawianego postanowienia poprzez wskazanie, że wykonawca uprawniony jest do przedstawienia KPO podpisanych jedynie przez wykonawcę (bez podpisów pozostałych podmiotów wskazanych w KPO) lub wskazanie, że dopuszczalne jest zastąpienie KPO oświadczeniami wykonawcy, że wytworzone odpady zostały przekazane do uprawnionych podmiotów i przetworzone w procesie wskazanym w oświadczeniu.

Przedstawiając argumentację dotyczącą uprawnienia Zamawiającego do weryfikacji masy odpadów przyjętych do instalacji z masą odpadów odebranych z terenu m.st. Warszawy, Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 47 OPZ, niezależnie od innych postanowień Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji masy odpadów przyjętych do instalacji z masą odpadów odebranych z terenu m.st. Warszawy i w tym zakresie Zamawiający będzie współpracował i korzystał z wiedzy m.st. Warszawy, a w przypadku zaistniałych rozbieżności Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień. Analogiczne postanowienie zostało powtórzone w §2 ust. 38 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio w 52 ust. 37 IPU dla odpadów z grupy „B". b) Takie ukształtowanie postanowień OPZ jest, w ocenie Odwołującego, nieuzasadnione i w połączeniu z postanowieniami umożliwiającymi Zamawiającemu zakwestionowanie ilości przyjętych i zagospodarowanych odpadów, może powodować wstrzymywanie płatności, a nawet odmowę płatności na rzecz wykonawcy pomimo należytego realizowania przez niego obowiązków objętych przedmiotem zamówienia (Zamawiający dokonuje płatności wyłącznie za tzw. masę bezsporną). Wykonawca nie ma możliwości weryfikacji danych przekazanych Zamawiającemu przez m.st. Warszawa (stronę umów na odbiór odpadów) dotyczących ilości odpadów odebranych z terenu m.st. Warszawa i odniesienia się do ich porównana z danymi dotyczącymi ilości odpadów przekazanych do instalacji, a w konsekwencji złożenia wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień. Wykonawca będący RIPOK prowadzi ewidencję przyjmowanych odpadów na podstawie kwitów wagowych z legalizowanej wagi najazdowej znajdującej się na terenie instalacji. Nie ma możliwości, ani nie jest uprawniony do prowadzenia jej w inny sposób. Podmioty odbierające odpady komunalne z terenu m.st. Warszawy są zobowiązane do wyposażenia pojazdów odbierających odpady w urządzenia wagowe, dokonujące pomiaru wagi dla każdego pojemnika z odpadami odbieranymi przez dany pojazd. Wykonawca nie ma realnej możliwości zweryfikowania ewentualnych różnic występujących pomiędzy deklarowaną przez wykonawcę odbierającego odpady ilością odebranych odpadów, a ich ilością dostarczoną do RIPOK. Różnice te mogą wynikać z szeregu niezależnych od wykonawcy okoliczności takich jak np. awaria wagi na pojeździe, o czym wykonawca do której trafiają odpady do zagospodarowania może nie wiedzieć, celowe zawyżanie przez podmiot odbierający odpady masy odbieranych odpadów (co miało już miejsce w historii realizowanych przez m.st. Warszawa umów na odbiór), o czym RIPOK nie ma skąd powziąć informacji, a także z podziałek legalizacyjnych na wagach zamontowanych na pojazdach i na legalizowanej wadze najazdowej w instalacji. Biorąc powyższe pod uwagę, zasadnym jest wniosek o wykreślenie tego postanowienia.

Uzasadniając zarzuty dotyczące części V SIWZ - Istotnych Postanowień Umowy Odwołujący wskazał na przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej i stwierdził, że postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353^1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli art. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO/2036/10 oraz z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt: KIO/459/11, a następnie m.in. podał, iż Zamawiający w załączonych do SIWZ wzorach IPU zawarł szereg postanowień, które jego zdaniem

naruszają przepis art. 353^1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 29 oraz art. 139 ust. 1 Pzp, w tym §1 ust. 4 i 5 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio IPU dla odpadów z grupy „B" zgodnie z którym Zamawiający ma prawo do przeprowadzania kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Kontroli podlegają w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami Umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji. Zamawiający przeprowadza kontrolę, po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy o terminie i przedmiocie kontroli, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowaną kontrolą. Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego. W przypadku gdy Wykonawca realizuje umowę przy pomocy podwykonawców, uprawnienie Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli oraz żądania przedstawienia informacji lub dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego dotyczy również podwykonawców, co powinno być przewidziane w umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą. Kontrola dotyczyć może w szczególności sprawdzenia przestrzegania przez podwykonawcę wymogów określonych w ust. 1 - 3 i § 8 w okresie obowiązywania umowy. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego okaże umowę z podwykonawcą w celu potwierdzenia, że zawiera ona postanowienia zgodne z powyższymi wymaganiami. Zastrzeżenie tak szeroko określonych uprawnień kontrolnych dla Zamawiającego, w tym w zakresie zgodności wykonywania przedmiotu umowy z przepisami prawa, sposobu i prawidłowości utrzymania i eksploatacji instalacji oraz z uprawnieniem do udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego, zarówno w odniesieniu do wykonawcy jak i podwykonawcy jest w ocenie Odwołującego nieuzasadnione. Zamawiający nie jest podmiotem uprawnionym do prowadzenia tak szeroko określonej kontroli, zwłaszcza w zakresie zgodności wykonywania przez wykonawcę i podwykonawcę przedmiotu umowy z przepisami prawa, a także sposobu i prawidłowości utrzymania i eksploatacji instalacji. Do prowadzenia tego typu kontroli uprawnione są określone organy państwowe (np. WIOŚ) posiadające zarówno odpowiednią wiedzę jak i narzędzia kontrolne. Jednocześnie, Zamawiający ma możliwość weryfikowania zgodności działań wykonawcy z przepisami prawa, gdyż wymaga legitymowania się przez wykonawcę i podwykonawców określonymi zezwoleniami, które może weryfikować. Zamawiający jest podmiotem konkurencyjnym w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w toku kontroli prowadzonej przez Zamawiającego lub podmioty trzecie wskazane przez Zamawiającego może dojść do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy czy podwykonawcy m.in. w zakresie stosowanych rozwiązań i technologii przetwarzania odpadów.

W świetle powyższego, za zasadne należy uznać żądanie ograniczenia uprawnień kontrolnych Zamawiającego w sposób opisany w odwołaniu oraz wykreślenie związanych z tym uprawnieniem Zamawiającego kar umownych przewidzianych w §6 IPU. Stosownie do postanowień §6 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „A" i odpowiednio §6 ust. 3 pkt 8 IPU dla odpadów z grupy „B", wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej za „stwierdzone wykonywanie przedmiotu umowy bez aktualnych uprawnień określonych w § 2 ust. 16 pkt 2) - w wysokości stanowiącej wartość iloczynu ilości odpadów zagospodarowanych bez aktualnych uprawnień określonych w 5 2 ust. 16 pkt 2) i ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu ofertowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej" (brzmienie IPU dla odpadów z grupy „A"). W celu potwierdzenia prowadzenia przez wykonawcę działalności zgodnie z przepisami prawa i na podstawie aktualnych uprawnień Zamawiający żąda przedstawienia odpowiedni decyzji na zagospodarowanie odpadów wydanych przez odpowiednie organy państwowe. W ostatnich latach można natomiast zaobserwować przeciąganie się procedury wydawania zezwoleń (Odwołujący wystąpił do Urzędu Marszałkowskiego z wnioskiem o wydanie pozwolenia zintegrowanego w 2015 r, otrzymał je dopiero - nie ze swojej winy w 2018r.) oraz liczne zmiany prawne, które nakładają na instalacje typu RIPOK szereg nowych wymagań związanych min. z ochroną PPOŻ, zabezpieczeniem roszczeń, nowe wymagania dotyczące magazynowania odpadów, które powodują konieczność ponownego wydawania decyzji i akceptacji ich przez WIOŚ, PSP, BOŚ, Urząd Marszałkowski, Ministra Środowiska. Biorąc pod uwagę doświadczenie oraz sytuację rynkową zarówno Zamawiający jak i wykonawcy mają świadomość, że procedura wydania decyzji może ulec nieokreślonemu wydłużeniu z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez wykonawcę. Mimo trwających procedur organy nadzorujące (WIOŚ) podczas kontroli nie wydają nakazu zamknięcia instalacji na czas procedowania decyzji. Szczególnego podkreślenia wymaga, że niektóre instalacje o statusie RIPOK działają bez aktualnych pozwoleń zintegrowanych przyjmując dalej odpady mając na uwadze dobro społeczne i środowiskowe. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie może ingerować w uprawnienia organów państwowych pełniących nadzór nad instalacjami i stosować w stosunku do wykonawców sankcji w postaci kar umownych. Zamawiający nie poniesie szkody z tytułu przekazywania odpadów do instalacji, które mają np. zawieszone bądź trwające postępowanie dotyczące wydania decyzji administracyjnych. Następnie Odwołujący wskazał, iż w§6 ust. 3 pkt 6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 4 1 PU dla odpadów z grupy „B" Zamawiający przewidział rażąco wygórowaną karę umowną za każdy przypadek odmowy przyjęcia odpadów do instalacji lub punktu przeładunkowego w wysokości aż 0,2% łącznego wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary. Zakładając, że wykonawca złoży ofertę, w której zaoferuje cenę jednostkową za zagospodarowanie na

poziomie 500 zł/Mg np. dla Zadania 1 (1 A) przy maksymalnej ilości odpadów wartość zamówienia będzie wynosiła 24 439 425,00 zł co daje karę w wysokości 48 878,85 zł za każdy przypadek odmowy przyjęcia odpadów. Średni tonaż dostarczanych odpadów na pojazd wynosi ok. 10 Mg co oznacza, że przeliczając wartość kary na tonę wyniesie ona 4887,89 zł/Mg, przy cenie jednostkowej przyjętej w ofercie na poziomie 500,00 zł/Mg. Nawet jeśli Zamawiający będzie zmuszony przekazać odpady do innej instalacji to koszt ich transportu i zagospodarowania nie wyniesie 4 887,89zł/Mg. Zasadnym jest zatem, w ocenie Odwołującego, żądanie obniżenia przedmiotowej kary umownej. Zamawiający nie doprecyzował również, w jakich przypadkach, poza sytuacją określoną w §6 ust. 3 pkt 12 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „B" uzna, że wykonawca „odmówił przyjęcia odpadów do instalacji". Odmowa przyjęcia odpadów może wynikać z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez wykonawcę takich jak np. awaria wagi najazdowej zlokalizowanej na instalacji czy inne zdarzenia losowe lub też z innej morfologii dostarczonych odpadów niż deklarowana przez Zamawiającego. Nie może budzić wątpliwości, że w takich sytuacjach wykonawca powinien mieć możliwość odmowy przyjęcia odpadów bez narażenia się na ryzyko naliczenia kar umownych. Odwołujący wskazał również, iż zgodnie z §6 ust. 3 pkt 7 i 8 IPU dla odpadów z grupy „A" oraz w §6 ust. 3 pkt 5 i 6 IPU dla odpadów z grupy „B", Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej za: „7) za uniemożliwienie realizacji uprawnień Zamawiającego przewidzianych w 5 1 ust. 4 - 7 umowy dotyczących wykonywania umowy przez Wykonawcę tub podwykonawców - w wysokości 0,5% łącznego wynagrodzenia określonego w 5 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary; 8) za niezapewnienie w umowach z podwykonawcami realizacji uprawnień Zamawiającego przewidzianych w § 1 ust. 4 - 7 umowy dotyczących wykonywania umowy przez podwykonawców - w wysokości 0,1% łącznego wynagrodzenia określonego w S 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary, za każdy przypadek" (brzmienie IPU dla odpadów z grupy „A"). Zdaniem Odwołującego z ww. podanych względów za uzasadnione należy uznać usuniecie postanowień IPU zastrzegających dla Zamawiającego tak szeroko określone uprawnienia kontrolne, a w konsekwencji przemawia również za koniecznością usunięcia kar umownych z nimi związanych. Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że wyżej wskazane kary umowne zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny - Zamawiający nie podał, jakie okoliczności zostaną uznane za uniemożliwienia realizacji uprawnień Zamawiającego i co się stanie w sytuacji, gdy wykonawca będzie uzasadniał taką odmowę np. względami bezpieczeństwa - oraz jakie konkretnie postanowienia wykonawca powinien wprowadzić do umów z podwykonawcami, żeby zostały one uznane przez Zamawiającego za skuteczne zapewnienie w umowach z podwykonawcami realizacji uprawnień Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto, kary te zostały przewidziane w rażąco wygórowanej wysokości w stosunku do nieprawidłowości, za które zostały one przewidziane. Powyższe w połączeniu z brakiem precyzji w ich sformułowaniu oraz brakiem ograniczeń, co do ilości i częstotliwości prowadzonych kontroli oraz tym, że mogą być ona nakładane za każdy przypadek powoduje, że żądanie ich usunięcia jest w pełni uzasadnione.

Uzasadniając zarzut braku działającego systemu informatycznego, Odwołujący wskazał, iż w §6 ust. 3 pkt 11 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 9 IPU dla odpadów z grupy „B" Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił okoliczności, których wystąpienie spowoduje, że na wykonawcę zostanie nałożona kara za brak działającego systemu informatycznego do prowadzenia ewidencji dostarczanych odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie określił chociażby jak przez jak długi okres czasu system musi być niedostępny żeby został stwierdzony brak jego dostępności (czy wystarczy 1 minuta takiej niedostępności czy np. dopiero 15 minut lub dłużej) oraz do jakiej jednostki czasu ta niedostępność będzie odnoszona (np. do dnia czy do godziny). Zamawiający nie doprecyzował również, co się stanie w przypadku, gdy przyczyną braku dostępności systemu będzie zdarzenie niezależne i niezawinione przez wykonawcę takie jak np. awaria sieci energetycznej lub telekomunikacyjnej.

Uzasadniając zarzut związany z oczekiwaniem pojazdu na wjazd Odwołujący podał, iż w §6 ust. 3 pkt 12 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 ust. 3 pkt 10 IPU dla odpadów z grupy „B" Zamawiający określił rażąco wygórowaną karę umowną za każdy stwierdzony przypadek oczekiwania pojazdu powyżej 15 minut na wjazd i rozładunek odpadów z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 1.000,00 zł za każde rozpoczęte 15 minut oczekiwania każdego pojazdu, z zastrzeżeniem, że oczekiwanie pojazdu na wjazd i rozładunek powyżej 60 minut z przyczyn leżących po stronie wykonawcy traktowane będzie, jako odmowa przyjęcia odpadów i skutkować będzie naliczeniem kary wyłącznie z pkt 6 (brzmienie IPU dla odpadów z grupy A). Odwołujący wskazał, że w zakresie przedmiotowej kary aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu odwołania dotycząca braku podstaw do wprowadzania obowiązku wykonawcy zapewnienia wjazdu i rozładunku odpadów w czasie krótszym niż 15 minut, która przemawia również za zasadnością żądania sformułowanego w odwołaniu odnośnie omawianej kary. Kara na poziomie 1.000,00 zł za każde rozpoczęte 15 minut jest nieadekwatna do naruszenia, którego może dopuścić się wykonawca i do szkody jaką z tego tytułu może ponieść Zamawiający. Brak jest również podstaw do uznania w przypadku oczekiwania na wjazd powyżej 60 minut, że wykonawca odmówił przyjęcia odpadów. Odmowa przyjęcia odpadów powinna następować wyłącznie w sposób jednoznaczny i wyraźny, a nie w sposób dorozumiany, zwłaszcza że taki czas oczekiwania na wjazd i rozładunek może wynikać z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez wykonawcę

takich jak np. awaria wagi najazdowej.

Uzasadniając zarzut dotyczący kary umownej za rozwiązanie tub odstąpienie od umowy Odwołujący podał, iż w §6 ust. 3 pkt 16 IPU dla opadów z grupy „A" i w 56 ust. 3 pkt 14 IPU dla odpadów z grupy „B" przewidziana została rażąco wygórowana kara umowna za rozwiązanie lub odstąpienie od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10,0% łącznego wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary. W postanowieniach IPU przewidziano szereg postanowień uprawniających Zamawiającego do rozwiązania umowy lub odstąpienia do niej, nawet w ciągu, ostatniego miesiąca jej obowiązywania. W takiej sytuacji wykonawca nie powinien być obciążany karą umowną obliczaną w odniesieniu do pełnej wysokości 10,0% łącznego wynagrodzenia tylko do wysokości wynagrodzenia, które uzyskałby w okresie dla jakiego doszło do rozwiązania lub odstąpienia od umowy. Przykładowo, jeśli do rozwiązania umowy doszło np. w okresie ostatniego pół roku obowiązywania umowy to kara powinna być odnoszona wyłącznie do wynagrodzenia pozostałego do wykorzystania w ciągu tego poł roku. Obecne ukształtowanie postanowień IPU prowadzi do nieuzasadnionego zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego na korzyść Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut braku limitu kar umownych, Odwołujący wskazał, iż w §6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 IPU dla odpadów z grupy „B", Zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Za takie ograniczenie nie można jego zdaniem uznać, postanowienia §6 ust. 7 IPU dla odpadów z grupy „A" i IPU dla odpadów z grupy „B", gdyż po pierwsze stanowi ono uprawnienia Zamawiającego, a po drugie stanowi ono zabezpieczenie Zamawiającego, który z obawy o brak płatności przez wykonawcę kar umownych przy braku możliwości potrącenia ich z zabezpieczenia może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym. Z uwagi na brak przedmiotowego ograniczenia oraz w związku z zastrzeżeniem w §6 IPU licznych i wysokich kar umownych należy zauważyć, że wykonawcy będą zmuszeni ponosić bardzo duże, niemożliwe do oszacowania na etapie złożenia oferty ryzyko związane z realizacją zamówienia. System zamówień publicznych nie powinien wprowadzać rażącej nierówności stron umowy i prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, poprzez m.in. wprowadzanie nadmiernie wygórowanych i nie ograniczonych w żaden sposób kar umownych nakładanych na wykonawcę. W związku z powyższym, wprowadzenie limitu kar umownych jakie łącznie mogą być nałożone na wykonawcę jest zdaniem Odwołującego konieczne i uzasadnione.

Uzasadniając zarzut dotyczący braku możliwości wypowiedzenie umowy ze skutkiem natychmiastowym przez wykonawcę, Odwołujący podał, iż w §6 IPU dla opadów z grupy „A" i w §6 IPU dla odpadów z grupy „B" Zamawiający nie przewidział postanowienia uprawniającego wykonawcę do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego np. jeżeli Zamawiający pozostaje w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia lub do wykonawcy są dostarczane odpady odbiegające „jakościowo" od odpadów opisanych w SIWZ. Takie ukształtowanie postanowień IPU jest, w ocenie Odwołującego, nieuzasadnione, zwłaszcza jeśli uwzględnić, że dla Zamawiającego zostały w treści IPU przewidziane liczne przesłanki uprawniającego go do rozwiązania umowy lub odstąpienia od niej. Wykonawca powinien mieć możliwość zakończenia obowiązywania umowy, w sytuacji gdy Zamawiający nie realizuje swoich istotnych obowiązków w stosunku do wykonawcy (swoim działaniem prowadzi do wstrzymania płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy lub dostarcza odpady istotnie odbiegające od odpadów opisanych w SIWZ). Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający ma prawo dochodzenia roszczeń do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody (wypowiedzenie umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy) wnosimy o dodatnie postanowienia zabezpieczającego w równym stopniu Wykonawcę (wypowiedzenie umowy przez Wykonawcę z winy Zamawiającego).

Pismem z dnia 9 lipca 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzut nr 3 w zakresie pkt e oraz dokonuje modyfikacji treści SIWZ, w tym wzoru umowy, natomiast w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko odnosząc się do nieuwzględnionych zarzutów odwołania.

Pismem z dnia 15 lipca 2019 r. Odwołujący Remondis oświadczył, iż cofa zarzuty przedstawione w pkt III ppkt 2 lit. c, d, e, g, pkt III ppkt 3 lit. c, d, f, g, h i w tym zakresie wniósł o umorzenie postępowania. Odwołujący przedstawił również swoje stanowisko z uwzględnieniem treści odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego.

Sygn. akt KIO 1199/19

Odwołujący „BYŚ" złożył odwołanie wobec czynności i zaniechać Zamawiającego zarzucając

tym czynnościom:

1) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 7 p.z.p., poprzez ustanowienie dla Zadań 1. (1 A), 3. (2A), 5 (3A), 7. (4A), 9. (5A), 11. (6A), 13. (7A), 15. (8A) i 17. (9A) minimalnego gwarantowanego przez Wykonawcę w okresie realizacji umowy poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, który nie może być niższy niż 55 %;

2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 7 p.z.p. oraz art. 91 ust. 2 p.z.p.,, poprzez ustanowienie dla Zadań 1. (1A), 3. (2A), 5 (3A), 7. (4A), 9. (5A), 11. (6A), 13. (7A), 15. (8A) i 17. (9A) kryterium „gwarantowany przez Wykonawcę poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła", w którym Zamawiający przyzna punkty wyłącznie za gwarantowany poziom recyklingu wyższy niż minimalny, które to kryterium nie odnosi się do przedmiotu zamówienia oraz ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

3) naruszenie 144 ust. 1 p.z.p., poprzez brak przewidzenia zmian w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;

4) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. i art. 7 p.z.p. w zw. z art. 353^1 k.c. i art. 487 § 2 k.c., poprzez zaniechanie wprowadzenia do wzorów umów klauzul waloryzacyjnych, pozwalających na zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy, wobec znaczącego wzrostu kosztów w następstwie okoliczności, których - działając z należytą starannością - strony nie mogły przewidzieć lub skutków których strony nie mogły przewidzieć, w szczególności zmian przepisów prawa, mających wpływ na wzrost kosztów, a których to ryzyk nie można było oszacować przy sporządzaniu oferty;

5) naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności poprzez:

1) usunięcie kryterium pozacenowego oraz obowiązku osiągnięcia przez wykonawcę zadeklarowanych lub, odpowiednio, minimalnych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła dla Zadań I. (1 A), 3. (2A), 5 (3A), 7. (4A), 9. (5A), 11. (6A), 13. (7A), 15. (8A) i 17. (9A), tj. w sytuacji gdy wykonawcy nie będą przekazane do przetworzenia odpowiednie do uzyskania tych poziomów ilości odpadów komunalnych papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła,

alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 1 - połączenie zadań w obrębie dzielnic, aby w jednym zadaniu odbierać zarówno zmieszane odpady komunalne, odpady „bio" i zielone (grupa „A"), jak selektywnie zbieranych frakcji odpadów komunalnych: papieru, tworzyw sztucznych, metali i szkła (grupa „B");

2) wprowadzenie do wzoru umów klauzul waloryzacyjnych, pozwalających na zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy, wobec znaczącego wzrostu kosztów w następstwie okoliczności, których - działając z należytą starannością - strony nie mogły przewidzieć lub skutków których strony nie mogły przewidzieć, w szczególności zmian przepisów prawa, mających wpływ na wzrost kosztów, a których to ryzyk nie można było oszacować przy sporządzaniu oferty.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, m.in. iż, w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przywołanych przepisów ustawy p.z.p., interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, ponieważ nieprawidłowe sformułowanie postanowień SIWZ i postanowień ogłoszenia o zamówieniu utrudnia mu dostęp do zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny wskazując, iż Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w okresie od 1.1.2020 r. do 31.12.2020 r. w maksymalnej planowanej ilości: 786 386,94Mg, z podziałem na zadania określone poniżej:

Zadanie 1 (1 A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A" z dzielnic Bielany i Żoliborz;

Zadanie 2 (1B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnic Bielany i Żoliborz;

Zadanie 3 (2A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnic Białołęka i T argówek;

Zadanie 4 (2B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnic Białołęka i T argówek;

Zadanie 5 (3A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnicy Mokotów,

Zadanie 6 (3B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy ,.B” z dzielnicy Mokotów,

Zadanie 7 (4A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnic Ochota, Ursus i Włochy,

Zadanie 8 (4B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnic Ochota, Ursus i Włochy,

Zadanie 9 (5A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnic Praga Północ i Praga Południe,

Zadanie 10 (5B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnic Praga Północ i Praga Południe,

Zadanie 11 (6A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnic Wawer, Wesoła i Rembertów,

Zadanie 12 (6B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnic Wawer, Wesoła i Rembertów,

Zadanie 13 (7A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnicy Śródmieście,

Zadanie 14 (7B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnicy Śródmieście,

Zadanie 15 (8A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnic Ursynów i Wilanów,

Zadanie 16 (8B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnic Ursynów i Wilanów,

Zadanie 17 (9A) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „A” z dzielnic Bemowo i Wola. Zadanie 18 (9B) - zagospodarowanie odpadów komunalnych z grupy „B” z dzielnic Bemowo i Wola. Zamówienie zostanie udzielone z podziałem na zadania ilościowe dla dwóch grup odpadów:

— grupę „A” - która obejmuje: „odpady zmieszane”, „bio” i „odpady zielone”,

— grupę „B” - która obejmuje: „metale i tworzywa sztuczne”, „papier”, „szkło”, „odpady wielkogabarytowe”.

Zgodnie z pkt. 11. Części II SIWZ - Opisem przedmiotu zamówienia („OPZ”), zamówienie obejmuje zagospodarowanie następujących rodzajów odpadów komunalnych, w dwóch grupach:

GRUPA „A”

a) „odpady zmieszane”, tj. odpady pozostałe po wysegregowaniu frakcji zbieranych selektywnie, sklasyfikowane pod kodem 20 03 01 - niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne;

b) „bio" tj.:

- odpady kuchenne z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczy, sklasyfikowane pod kodem ex 20 01 08 - explicite odpady kuchenne ulegające biodegradacji,

- odpady kuchenne z gastronomi i bioodpady z targowisk, sklasyfikowane pod kodem 20 01 08 - odpady kuchenne ulegające biodegradacji;

c) „odpady zielone" tj. odpady zielone sklasyfikowane pod kodem 20 02 01 - odpady ulegające biodegradacji.

GRUPA „B"

a) „metale i tworzywa sztuczne" tj. tworzywa sztuczne, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, metale w tym odpady opakowaniowe z metali, opakowania wielomateriałowe, sklasyfikowane pod kodem 15 01 06 - zmieszane odpady opakowaniowe;

b) „papier", tj. papier i tektura, w tym odpady opakowaniowe z papieru i tektury, sklasyfikowane pod kodem 15 01 01 - odpady opakowaniowe z papieru i tektury;

c) „szkło", tj. szkło, w tym odpady opakowaniowe ze szkła, sklasyfikowane pod kodem 15 01 07 - opakowania ze szkła;

d) „odpady wielkogabarytowe" tj. odpady wielkogabarytowe, w tym meble i materace, sklasyfikowane pod kodem 20 03 07 - odpady wielkogabarytowe.

Zamawiający podzielił więc przedmiot zamówienia na 18 części - 9 odnoszących się zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów „bio" i zielonych oraz 9 odnoszących się do zagospodarowania odpadów selektywnie zebranych. Wykonawcy mogą złożyć oferty na każdą z części z osobna w dowolnej konfiguracji - zgodnie z pkt. 4. SIWZ:

„4.2. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych z podziałem na 18 Zadań określonych w Części 11 SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia na dowolną ilość zadań.

4.3. Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, na dowolną liczbę Zadań. Zamówienie może zostać udzielone temu samemu Wykonawcy w każdym z Zadań, w którym Wykonawca złożył ofertę",

Uzasadniając zarzut dotyczący kryterium oceny ofert oraz obowiązek realizacji określonego w OPZ poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający ustanowił wymóg osiągania, w toku realizacji umowy, minimalnego gwarantowanego przez wykonawcę w okresie realizacji usługi poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła. Poziom odzysku nie może być niższy niż 55%, niezależnie od tego, czy wykonawca realizuje zadanie z części A (zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów „bio" i zielonych) czy z części B (odpady zebrane selektywnie). Dla każdego z zadań, niezależnie, czy chodzi o zagospodarowanie odpadów z grupy A czy B, oferent w pkt. 4. Formularza Oferty składa oświadczenie następującej treści:

„4. Deklarujemy, że minimalny gwarantowany przez nas w okresie realizacji usługi poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szklą, wyniesie - zgodnie z deklaracją zawartą w Formularzu elektronicznym dostępnym i generowanym poprzez Platformę.

Uwaga: minimalny gwarantowany przez Wykonawcę w okresie realizacji usługi poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szklą nie może być niższy niż 55 %

Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika, że niezależnie od tego, czy wykonawca będzie zagospodarowywał strumień odpadów zmieszanych (w tym „bio" i zielonych) czy selektywnych, zaciąga zobowiązanie do osiągnięcia 55% poziomu odzysku następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szklą. Natomiast zgodnie z pkt. 20.1. SIWZ - Kryteria oceny ofert, przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami: Cena oferty brutto: waga - 90 %, Gwarantowany przez Wykonawcę poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów

komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szklą: waga -10 %. W zakresie kryterium „gwarantowany przez Wykonawcę poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła", Zamawiający przyzna punkty wyłącznie za gwarantowany poziom recyklingu wyższy niż minimalny (który dla frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła nie może być niższy niż 55 %). To kryterium pozacenowe Zamawiający ustanowił dla każdego z zadań z osobna (a więc również dla zadań obejmujących zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów „bio" i zielonych - grupa „A"). Takie opisanie przedmiotu zamówienia w ocenie Odwołującego utrudnia uczciwą konkurencję i nie uwzględnia okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a samo kryterium pozacenowe nie odnosi się do przedmiotu zamówienia (w zakresie zadań 1 l1A0, 3 |2A|, 5 |3A|, 7 |4A|, 9 l5Al, 11 [6AK 13 l7Al, 15 l8Al. 17 l9Al). Zgodnie z SIWZ minimalny gwarantowany przez Wykonawcę w okresie realizacji usługi poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła nie może być niższy niż 55 %. Jest to wymaganie obiektywnie niemożliwe do spełnienia z odpadów objętych grupą „A". Wyjaśniając pojęcia „recyklingu" i „przygotowania do ponownego użycia" Odwołujący wskazał, iż zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 701) — art. 3 ust. 1: pkt 18) ponowne użycie - to działanie polegające na wykorzystywaniu produktów lub części produktów niebędących odpadami ponownie do tego samego celu, do którego były przeznaczone; pkt 23) recykling - to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do celów wypełniania

wyrobisk. Instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych posiadające status RIPOK mają obowiązek wydzielać z tych odpadów - zgodnie z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach - odpady nadające się do odzysku. Przez „odzysk" jednak zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14 ustawy o odpadach rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Tym samym recykling, o którym mowa w SIWZ, jest odzyskiem, ale nie odwrotnie - nie każdy proces odzysku jest recyklingiem, w szczególności nie jest recyklingiem odzysk energii i ponowne przetwarzanie odpadów na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa. Odzysk należy zatem odróżnić od recyklingu, do którego odnoszą się kwestionowane zapisy SIWZ. System odzysku surowców wtórnych przedstawia schemat, załączony do odwołania (źródło „Recykling surowców wtórnych z odpadów komunalnych" M. Alwaeli, Politechnika Śląska, www.ago.helion.pl). Odpady surowcowe trafiają więc do recyklerów, m.in. papiemi, hut, które decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia. W części mechanicznej instalacji MBP, która składa się z sortowni odpadów wyposażonej w system separatorów i sit, przebiega rozdział zmieszanych odpadów komunalnych na następujące, podstawowe strumienie odpadów: tzw. frakcję nadsitową (odpady o wielkości ponad 80 mm) - surowce wtórne, paliwo alternatywne (o kodzie 19 12 10), balast po sortowaniu (o kodzie 1912 12) oraz tzw. frakcję podsitową o kodzie 1912 12 (odpady o wielkości 0-80 mm). W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP to odpad o kodzie 19 12 12. a wiec odpad nie nadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu), przy czym także przy założeniu nadal słabej jakości poziomu selektywnej zbiórki odpadów zaliczonych do grupy B w przedmiotowym zamówieniu. Jak widać bowiem z załączonego schematu, najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy, jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródła" osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych. Przykładowo, papiernie nie przyjmują zanieczyszczonego najczęściej resztkami żywności papieru do recyklingu, a taki właśnie papier znajduje się w zmieszanych odpadach komunalnych. Taka sytuacja przekłada się na ilość odpadów nadających się do recyklingu wyciągniętych ze zmieszanych odpadów komunalnych: są to szczątkowe ilości, nieprzekraczające jednego procenta całego strumienia zmieszanych odpadów „na wejściu".

Faktem notoryjnym jest wpływ chińskiego embarga na odpady na sytuację gospodarki odpadami surowcowymi także w Polsce. Odwołujący przywołał wypowiedź Andrzeja Karola Gawłowskiego z Instytutu Gospodarki o Obiegu Zamkniętym
(

sprzedac-odzyskane-surowceJ02308.html) i stwierdził, że zakłady recyklingu są co najwyżej zainteresowane odbiorem odpadów surowcowych pochodzących z przetworzenia odpadów z selektywnej zbiórki, tj. odpadami z grupy „B" w tym zamówieniu oraz, że ze zmieszanych odpadów komunalnych nie jest obiektywnie możliwym uzyskanie wymaganych przez SIWZ nawet minimalnych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła. Istnieje sprzeczność w postanowieniach dokumentacji przetargowej. Z jednej strony Zamawiający wprowadza podział zamówienia na części, który odzwierciedla rodzaje strumieni odpadów, dzieląc zadania na lit.

„A" i „B", z którymi łączy gwarantowany poziom odzysku i kryterium pozacenowe, z drugiej zaś strony wprowadza postanowienia pkt. 29-31 OPZ, zgodnie z którymi: „29. Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia w okresie realizacji umowy:

1) poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, tworzyw sztucznych, metali, szklą zgodnie ze zobowiązaniem Wykonawcy zawartym w złożonej ofercie z uwzględnieniem pkt 30. Obliczenia dotyczące łącznej masy wytworzonych odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, należy wykonać na podstawie wzoru dla gmin określonego w rozporządzeniu Ministra Środowiska wydanym na podstawie art. 3b ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

2) poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska wydanego na podstawie art. 3c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Przy określaniu poziomów, o których mowa w pkt 29 ppkt 1), do ich obliczenia przyjmuje się liczbę mieszkańców poszczególnych dzielnic objętych zamówieniem. Źródłem danych o liczbie mieszkańców dzielnic są dane pochodzące z rejestru mieszkańców gminy, określone w ustawie z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności. Informacja ta za rok 2020 zostanie przekazana przez Zamawiającego w terminie do 15 lutego 2021 roku. Minimalny gwarantowany przez Wykonawcę w okresie realizacji usługi poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła nie może być niższy niż 55%. Tożsame postanowienia znalazły się w § 2 ust. 13 i 14 (dla usług, polegających na zagospodarowaniu odpadów z grupy A) oraz w § 2 ust. 12-13 (dla usług, polegających na zagospodarowaniu odpadów z grupy B) Części V SI

WZ - Istotnych postanowień umowy („Umowy"). Ponadto, zgodnie z pkt. 32 ppkt. 4 i 5 OPZ, Zamawiający ustanawia wyraźny podział sposobów przetwarzania odpadów, w zależności od tego, czy Wykonawca realizuje zadanie z grupy „A", czy „B". Wykonawca będzie odpowiadał za: przetwarzanie zmieszanych i zielonych odpadów komunalnych w instalacjach posiadających status RIPOK do obsługi Regionu gospodarki odpadami, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania obowiązującego wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach, (dotyczy odpadów z grupy „A" uwzględnionych w zadaniach 1 (JA), 3 (2A), 5(3A), 7 (4A), 9 (5A), 11 (6A), 13 (7A), 15 (8A), 17 (9A), oraz za przetwarzanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych w instalacjach w sposób zapewniający osiąganie odpowiednich do unormowań prawnych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3b i 3c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Powyższe postanowienie OPZ znajduje również odzwierciedlenie w postanowieniach poszczególnych Umów, w zależności od tego, czy dana umowa dotyczy zagospodarowania odpadów z grupy „A" czy z grupy B. Oznacza to, że Zamawiający rozróżnia te dwie sytuacje, gdy dochodzi do zagospodarowania różnych rodzajowo strumieni odpadów, ale jednocześnie wprowadza niemożliwy do osiągnięcia dla wykonawcy realizującego zadanie z grupy „A", poziom odzysku i powiązanego z nim kryterium pozacenowego.

Odwołujący wskazał również, ze postanowienia SIWZ odnoszą się do Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 2167) i wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 1 rozporządzenia, poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła oblicza się na podstawie podanego w nim wzoru, przy czym zgodnie z § 3 ust. 2 Rozporządzenia, poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła oblicza się łącznie dla wszystkich podanych frakcji odpadów komunalnych. Oznacza to, że z punktu widzenia Zamawiającego istotna jest globalna wartość uzyskiwanych poziomów odzysku ze wszystkich części, na które podzieli) zamówienie.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p., 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. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę powyższe sprzeczności, nie sposób zapewnić uczciwej konkurencji między poszczególnymi oferentami. Na równych zasadach będą jedynie konkurować ci wykonawcy, którzy zdecydują się złożyć oferty na dokładnie te same części zamówienia. Dla kalkulacji ceny ofertowej kluczowe znaczenie będzie miało bowiem przyjęcie odpowiednich założeń co do ilości odpadów uzyskiwanych do zagospodarowania z grupy B. Tylko odpady z tego strumienia mogą pozwolić (z założenia) wykonawcy osiągnąć minimalny gwarantowany poziom odzysku oraz uzyskać dodatkowe punkty w kryterium pozacenowym. Jednocześnie kryterium pozacenowe nie jest odpowiednie dla zadań 1 (1 A), 3 (2A), 5(3A), 7 (4A), 9 (5A), 11 (6A), 13

(7A), 15 (8A), 17 (9A), ponieważ w ramach tych zadań żaden wykonawca nie jest w stanie uzyskać odpowiedniej ilości odpadów z frakcji, papieru, szklą, metali i tworzyw sztucznych. Stanowi to więc naruszenie art. 91 ust. 2 p.z.p. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 13 września 2013 r., KIO 2078/13 i stwierdził, że kwestionowane przez niego kryterium odnoszące się do wszystkich części zamówienia, bez uwzględnienia rozróżnienia, czy obejmie ono zagospodarowanie odpadów z grupy „A" czy z grupy „B", nie może wyrażać wyższej jakości zamawianego przedmiotu w zakresie zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów „bio" i zielonych. Wykonawca któregokolwiek z zadań z części A nie jest bowiem w stanie osiągnąć nawet minimalnego poziomu odzysku, jeżeli jednocześnie nie będzie zagospodarowywał odpadów z tzw. selektywnej zbiórki. Utrzymywanie kryterium pozacenowego oraz minimalnych wymaganych poziomów odzysku dla części zamówienia oznaczonych jako „A" jest zatem zdaniem Odwołującego nieuprawnione i nakłada na wykonawców obowiązek niemożliwy do zrealizowania.

Uzasadniając zarzut braku mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z § 3 ust. 2 Umów ceny jednostkowe, o których mowa w formularzu ofertowym zawartym w załączniku nr 2 (generowanym przez platformę zakupową przy składaniu oferty - przyp. Odwołującego) do umowy, zawierają w sobie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty ubezpieczeń, opłaty celne i podatkowe oraz wszelkie inne koszty Wykonawcy. Ceny nie mogą ulec zwiększeniu w okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 3 ust. 10 i § 9 ust. 5 pkt 1). Tym samym, w toku realizacji umowy i na jej podstawie możliwa jest waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jedynie w przypadkach: §3 ust. 10 Umowy: cena jednostkowa, o której mowa w formularzu ofertowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy, może ulec zmianie o poniesione przez Wykonawcę koszty: związane ze zmianą stawki podatku od towarów i usług; związane ze wzrostem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; związane ze zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne pracowników wykonawcy; związane ze zmianą zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Ciężar udowodnienia kwoty rzeczywiście poniesionych kosztów i ich wpływu na cenę jednostkową, o której mowa w formularzu ofertowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy, w całości spoczywa na stronie, która się na nie powołuje. Z §3 ust. Il Umowy wynika, że w przypadku zmiany przez władzę ustawodawczą określonej w umowie procentowej stawki podatku VAT, kwota brutto niezafakturowanej części wynagrodzenia zostanie aneksem do niniejszej Umowy odpowiednio dostosowana (zwiększona lub zmniejszona), przy czym wynikająca z oferty kwota netto pozostanie bez zmian. § 9 ust. 5 pkt 1 Umowy stanowi, iż z zastrzeżeniem innych postanowień niniejszej umowy, Zamawiający przewiduje możliwość zmiany treści zawartej umowy w zakresie cen określonych w Formularzu ofertowym tylko wówczas, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikać będzie z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a związanych ze zmianą należności publicznoprawnych mających bezpośredni wpływ na cenę w tym w przypadku, o którym mowa w § 3 ust. 10 pkt 1,2, 3 i 4 i ust. 11, § 9 ust. 6 Umowy stanowi, iż jeżeli na skutek zmian prawa, w tym dotyczących regionów gospodarki odpadami lub statusu regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych ,.RIPOK" wynikających np. z uchwały Sejmiku Województwa Mazowieckiego w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami konieczne będzie dostosowanie postanowień niniejszej umowy do zaistniałych zmian, Zamawiający i Wykonawca dokonają odpowiednich modyfikacji umowy wynikających ze zmienionych regulacji. Odwołujący zauważył, że Zamawiający przewidział jedynie podstawy waloryzacji wynagrodzenia, które wynikają z przepisów p.z.p., oraz gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikać będzie z okoliczności, których nic można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a związanych ze zmianą należności publicznoprawnych i to mających bezpośredni wpływ na cenę. Poza tym, wskazane wyżej podstawy zmian umowy, a w szczególności § 9 ust. 6 Umowy, zawierają niejednoznaczne postanowienie umowne, które nie określają zakresu możliwych zmian, w szczególności, czy odnoszą się do zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, charakteru ani warunków wprowadzenia zmian. Tym samym takie postanowienia nie spełniają kryteriów określonych w art. 144 ust. 1 pkt 1 p.z.p. dla wprowadzenia zmian umowy. Odwołujący nie ma więc pewności, że lak ukształtowane postanowienia umowne będą mogły stanowić podstawę dla przeprowadzenia ważnej - z punktu widzenia art. 144 ust. l pkt 1 p.z.p. - zmiany umowy, ani czy Zamawiający zdecyduje się z nich w ogóle skorzystać w sytuacji istotnego wzrostu cen. Odwołujący wyjaśnił, że obecna sytuacja na rynku w znikomym stopniu jest spowodowana wprowadzaniem należności publicznoprawnych, których wpływ na cenę zagospodarowania odpadów jest bezpośredni. Istotnym ryzykiem dla wszystkich podmiotów działających na rynku zagospodarowania odpadów jest natomiast niepewność i duża zmienność prawa, a skutków wprowadzanych zmian nie sposób przewidzieć i oszacować. Podobnie rzecz się ma z okolicznościami faktycznymi, które wpływają na rynek. Tytułem przykładu, Odwołujący wskazał, że Chińska Republika Ludowa zakażę importu odpadów na swoje terytorium, był znany dużo wcześniej. Nikt nie był jednak w stanie przewidzieć skutków, jaki ten ruch wywoła dla branży odpadowej, w tym na rynku polskim. Zamawiający nie chcieli jednak korzystać z możliwości przewidzianych w art. 144 p.z.p., ponieważ w ich odczuciu fakt zamknięcia rynku chińskiego był wszystkim znany. Pomijany jest natomiast fakt, że skutki, jakie się z tym wiązały, były nieprzewidywalne. W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje, Zamawiający naruszył art. 144 ust. 1 p.z.p., ponieważ nie przewidział jednoznacznych

postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian. Taki stan niepewności wykonawcy co do wysokości należnego wynagrodzenia wykonawcy, jak i ewentualnych ryzyk takich zmian pierwotnego zobowiązania umownego, nie ma oparcia w przepisach prawa i nie może się ostać. Tym samym, brak jest natomiast mechanizmów, które pozwalałyby umownie zwaloryzować wynagrodzenie w duchu lojalności stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy nie da się przewidzieć skutków wprowadzanych zmian. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 353' k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, tj. zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, przerzucając na wykonawców wszelkie ryzyka związane z wykonaniem umowy, w szczególności zaś nieprzewidywalne co do skutków ryzyko zmiany sytuacji na rynku zagospodarowania odpadów, które jest ryzykiem realnym, ale jednocześnie niemożliwym do przewidzenia i skalkulowania zarówno z perspektywy wykonawcy, jak i zamawiającego. Rynek zagospodarowania odpadów poddawany jest bowiem nieustannym i destabilizującym go zmianom, które wynikają zarówno z okoliczności faktycznych (np. zakaz importu odpadów przez Chiny), jak i prawnych (aktualnie procedowana zmiana ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, obowiązki w zakresie wprowadzenia wizyjnego monitoringu składowisk, szereg nowelizacji ustawy o odpadach etc.). Branża odpadowa zaskakiwana jest kolejnymi rozwiązaniami prawnymi i faktycznymi, które mają niebagatelny wpływ na kształt rynku. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przytoczył informacje pozyskane ze stron internetowych wskazujące na wzrost cen zagospodarowania odpadów
(

odpadami) i (oraz stwierdził, że okoliczności te powodują, że nie sposób mówić o jakiejkolwiek przewidywalności cen na ww. rynku nawet w krótkiej perspektywie czasowej. O ile bowiem wykonawcy mają świadomość prowadzonych zmian legislacyjnych, o tyle nie sposób jest przewidzieć skali wynikłych z nich skutków, które burzą rynkowe prawa popytu i podaży. Uczestnicy rynku nie mają możliwości ich przewidzenia z przyczyn od nich niezależnych. Nieuwzględnienie w umowie na zagospodarowanie odpadów mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia na skutek nieprzewidzianego wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów, z przyczyn niezależnych od stron umowy, stanowi w istocie przerzucenie całości ryzyka z tym związanego na wykonawców, mimo że na ryzyko to nie mają żadnego wpływu i nie są w stanie go skalkulować.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wyrażoną w art 353^1 k.c. zasadą swobody umów, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego oraz przywołał stanowisko doktryny w Fuchs Bernadetta. Art. 353(1). W: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534). Wolters Kluwer Polska, 2018.. Zdaniem Odwołującego trudno mówić o zachowaniu tych zasad, skoro ryzyko nagłego pogorszenia sytuacji rynkowej ponosi w tym wypadku wyłącznie wykonawca. Nie jest on bowiem uprawniony na podstawie umowy do żądania waloryzacji wynagrodzenia, a cale ryzyko z tym związane przerzuca na niego Zamawiający. Tymczasem wynagrodzenie wykonawcy (ryczałtowe), nie może obejmować tego, czego Zamawiający nie przewidział w SIWZ, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty. Odwołujący przywołał również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2010 r„ KIO/UZP 184/10, z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15, z dnia 17 października 2018 r., sygn. akt KIO 1985/18, z dnia 12 października 2018 r., sygn. akt KIO 1951/18, z dnia 19 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 207/18; KIO 208/18, z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 88/11, z dnia 2017-12-15, KIO 2525/17, KIO 2529/17. W ocenie Odwołującego Zamawiający, chcąc pozostać w zgodzie z dyspozycją art. 29 ust. 1 p.z.p., narzucając wykonawcom wzór umowy, nie może oczekiwać, że wykonawcy przyjmą na siebie ryzyka związane z realizacją zamówienia, których działając z należytą starannością, nie można przewidzieć i tym bardziej oszacować. Konieczność przewidzenia w postanowieniach umowy klauzul waloryzacyjnych nie może być przy tym postrzegana wyłącznie przez pryzmat interesu wykonawcy. Konieczność waloryzacji wynagrodzenia umownego nastąpi bowiem ilekroć w wyniku okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, oferta wykonawcy staje się nieadekwatna do okoliczności realizacji zamówienia publicznego. Chodzi więc zarówno o utratę przymiotu ekwiwalentności pomiędzy świadczeniem wykonawcy a świadczeniem zamawiającego, jak i o utratę obiektywnej możliwości prawidłowego, zgodnego z celem wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przez konieczność skorzystania z mechanizmów waloryzacyjnych należy więc rozumieć nastąpienie takich zdarzeń, które czyni obiektywnie niemożliwymi utrzymanie postanowień zawartej umowy w dotychczasowym kształcie.

Następnie Odwołujący podniósł, że w literaturze przedmiotu, w odniesieniu do art. 357(1) k.c. (klauzula rebus sic stantibus), wskazuje się, że: „ omawiana regulacja jest wyrazem akceptacji obowiązywania w odniesieniu do umów zasady pacta sunt servanda, która ma gwarantować pewność obrotu cywilnoprawnego i stabilizację stosunku prawnego między stronami. W związku z tym zmiana stosunków po powstaniu zobowiązania nie powinna wpływać na jego wykonanie, przy czym dopuszczalne jest dokonanie rewizji lub zmodyfikowanie treści świadczenia jednej lub obu stron, za ich zgodą. W zakresie relacji zasady pacta sunt servanda do klauzuli rebus sic stantibus współcześnie przyjmuje się, że klauzula uzupełnia pierwszą zasadę, co pozwala na ustalenie prawdziwej treści zobowiązania

stron" (Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534)). W przypadku umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych możliwość „rewizji lub zmodyfikowania treści świadczenia jednej lub obu stron, za ich zgodą", poprzez wprowadzenie mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacjach, których nie mógł on uwzględnić w terminie składania ofert, pozwala przywrócić prawdziwą treść zobowiązania stron. Mechanizm ten nie zmierza do polepszenia warunków realizacji zamówienia przez wykonawcę, ale pozwala rozłożyć ryzyko na obie strony stosunku zobowiązaniowego.

Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02, Odwołujący wskazał: „przepis art. 355 § I k.c. stawia dłużnikowi wymaganie wykonywania zobowiązania z należytą starannością, to jest starannością ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności".

Odwołujący podał, że jeżeli przy zachowaniu należytej staranności ryzyko da się przewidzieć i oszacować na etapie składania ofert, to nie ma podstaw do eliminowania go w postaci klauzul waloryzacyjnych. Jednak w tym, że w tym stanie faktycznym Odwołujący - nawet przy zachowaniu podwyższonej staranności - nie jest w stanie przewidzieć nie tyle samych okoliczności mających wpływ na wysokość kosztów, co skutków, jakie te okoliczności wywołają. Obecnie wszystkim uczestnikom rynku znana jest okoliczność nowelizacji przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach. Niemniej jednak ostateczny kształt projektu ustawy zmieniającej nie przeszedł jeszcze pełnej ścieżki legislacyjnej, a więc nie można obecnie przewidzieć ostatecznego kształtu tego projektu. Podobnie, nie są jeszcze znane skutki, które wprowadzane zmiany (choćby i w obecnym kształcie) wywrą na rynek zagospodarowania odpadów. Ustawodawca planuje bowiem m. in. zrezygnować z regionalizacji, zastąpić instalacje RIPOK instalacjami komunalnymi, których listę będzie prowadził marszałek województwa. Są to tylko niektóre z propozycji ustawodawczych, jednak nawet wiedza o ich wprowadzeniu nie pozwala na przewidzenie ich skutków i oszacowanie ryzyk, co znalazłoby odzwierciedlenie w cenie oferty. Owszem, można założyć, że ceny zagospodarowania odpadów w związku z tymi zmianami wzrosną, jednak próżno zakładać konkretne poziomy wzrostu cen na obecnym etapie. Zdaniem Odwołującego nie można upatrywać jako rozwiązania alternatywnego dla klauzul waloryzacyjnych, klauzuli rebus sic stantibus, o której mowa w art. 357(1) k.c. Przy stosowaniu tego przepisu nasuwa się szereg wątpliwości, jak choćby co do rozumienia pojęcia „rażącej straty". Przepis ten referuje do postępowania sądu, który może podwyższyć wynagrodzenie, nie stanowi on natomiast o lojalności stron przyszłej umowy, która będzie stanowić o urzeczywistnieniu zasad współżycia społecznego w umowie. Poza tym istotą umownej relacji stron jest wypracowanie konsensusu, pozwalającego im współpracować przy realizacji umowy, zamiast z góry zakładać powstanie sporu na tle umowy, który rozwiązać może sąd powszechny. Odwołujący zauważył również, iż art. 29 ust. 1 p.z.p. stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie może więc budzić wątpliwości, że z tego przepisu wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców o wszelkich okolicznościach, które mogą stanowić dla nich ryzyko (a zatem będą miały wpływ na ich wynagrodzenie). Jeżeli Wykonawca, kalkulując cenę oferty, dochował wymaganej od niego należytej staranności i swoje wyliczenie oparł na szerokiej analizie rynku i zawartych uprzednio umowach, a mimo to nie jest w stanie oszacować, czy wręcz przewidzieć kosztów i ryzyk, które mogą wystąpić w toku realizacji umowy, to brak klauzul waloryzacyjnych stanowi w tej sytuacji naruszenie art. 29 p.z.p. W sytuacji, w której wynagrodzenie Wykonawcy miałoby pozostać na niezmienionym poziomie przez cały okres realizacji umowy, to skutki tej sytuacji będzie ponosił jedynie Wykonawca. Pozostaje to w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego i obowiązującą w Prawie ochrony środowiska zasadą „zanieczyszczający płaci". Zanieczyszczającymi są tu mieszkańcy gminy i to mieszkańcy ponoszą koszty utrzymania systemu gospodarki odpadami na terenie gminy, w której zamieszkują. Sytuacja, w której to podmiot zagospodarowujący odpady zobowiązany jest do wyłącznego ponoszenia kosztów wynikających z nieprzewidywalnych ryzyk, jest odwróceniem tej zasady i nie znajduje oparcia w przepisach prawa i zasadach współżycia społecznego.

Za niezgodne z prawem, zdaniem Odwołującego należy uznać zobowiązanie wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy i których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz

inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych mających istotny wpływ na koszty realizacji zamówienia, a nieobjętych regulacją § 9 wzoru umowy, stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonanym wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p.. Odwołujący wskazał na art. G. Bednarczyk, „Zamawiający", nr 31/2018.

Pismem z dnia 9 lipca 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 15 lipca 2019 r. Odwołujący BYŚ oświadczył, iż podtrzymuje w całości argumentację, zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu.

Sygn. akt KIO 1201/19

Odwołujący Lekaro zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert „poziom recyklingu" w sposób prowadzący do ograniczenia konkurencji i nie związany z przedmiotem zamówienia;

2. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wymagania dotyczącego osiągnięcia poziomów recyklingu;

3. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie połączenia w jedno zadanie odpadów objętych zadaniami z grup A i B;

4. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak określenia w SIWZ maksymalnych i minimalnych ilości odpadów i transportów dostarczanych: godzinowo, dziennie i miesięcznie;

5. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak określenia maksymalnych i minimalnych udziałów rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w 2020 r., gdyż podanie jedynie szacunkowych danych nie pozwala na oszacowanie możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu i kosztów sortowania;

6. Art: 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie określenia w SIWZ możliwości dokonania korekty kodu dostarczanych do zagospodarowania odpadów;

7. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak jednoznacznego wskazania w pkt 32 ppkt

2) OPZ oraz w §2 ust. 16 pkt 2 oraz §6 ust. 3 pkt 10 umowy, iż wykonawca zobowiązany jest do przetwarzania odpadów zmieszanych i zielonych przy użyciu instalacji wskazanej jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) dla regionu zachodniego w uchwale nr 4/19 z dnia 22 stycznia 2019 r. Sejmiku Województwa i jedynie przypadki zagospodarowania odpadów w innych instalacjach stanowić będą podstawę do stwierdzenia nienależytego wykonania umowy i obciążenia wykonawcy karą umowną na podstawie §6 ust. 3 pkt 10 umowy;

8. Art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 7 ust. 1, art. 353^1 kc, 487 §2 kc poprzez brak możliwości podwyższenia wynagrodzenia w razie zaistnienia niezależnych od wykonawcy zdarzeń skutkujących istotnym wzrostem kosztów wykonania zamówienia;

9. Art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w pkt 34 ppkt 3) OPZ wymogu załączenia do sprawozdań kwartalnych oświadczenie podmiotu posiadającego zezwolenie na zbieranie lub przetwarzanie odpadów w procesie R12 o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania;

10. Art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 7 ust. 1, art. 353^1 kc, 487 §2 kc poprzez określenie w §6 ust. 3 pkt 1, 2 i 5 umowy kar umownych w sytuacji w której okoliczności opisane w tych postanowieniach same z siebie stanowią podstawę do odmowy wypłaty

wynagrodzenia, co w praktyce prowadzi do sytuacji w której wykonawca jest dwukrotnie karany za to samo zdarzenie;

11. Art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 7 ust. 1, art. 353^1 kc, 487 §2 kc poprzez zaniechanie przewidzenia w umowie możliwości rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w razie braku możliwości prowadzenia działalności przez wskazaną w ofercie instalację RIPOK wskutek decyzji organów o charakterze inspekcyjnym takich jak np. przewidziane w art. 32 ust. la

ustawy o odpadach lub utraty przez wykonawcę pozwoleń administracyjnych na podstawie których eksploatuje on swoje instalacje;

12. Art. 29 ust. 1 i,ust. 2, art. 7 ust. 1, art. 353^1 kc, 487 §2 kc poprzez określenie m.in, w §3 ust. 4 umowy możliwości dokonywania korekty sprawozdania miesięcznego w toku uzgadniania sprawozdania kwartalnego, a w konsekwencji korekty wystawionej faktury.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści SIWZ i odpowiednio ogłoszeniu o zamówieniu:

1) usunięcia kryterium oceny ofert „poziom recyklingu";

2) usunięcia wymagania dotyczącego osiągnięcia minimalnego poziomu recyklingu ewentualnie jego obniżenie do maksymalnego poziomu 50% pod warunkiem połączenia poszczególnych zadań z grup A i B, tak aby całość odpadów z danego rejonu objęta była jednym zadaniem na które składa się ofertę częściową;

3) połączenia w jedno zadanie poszczególnych zadań z grup A i B, tak aby całość odpadów z danego rejonu objęta była jednym zadaniem na które składa się ofertę częściową;

4) określenia w SIWZ maksymalnych i minimalnych ilości odpadów i transportów dostarczanych: godzinowo, dziennie i miesięcznie;

5) określenia maksymalnych i minimalnych udziałów rodzajów odpadów (z podaniem ich kodów) w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w 2020 r.;

6) określenia w SIWZ możliwości dokonania przez wykonawcę korekty kodu odpadów dostarczanych do zagospodarowania zgodnie z faktyczną morfologią dostarczanego transportu odpadów;

7) doprecyzowania pkt 32 ppkt 2) OPZ oraz §2 ust. 16 pkt 2 i §6 ust. 3 pkt 10 umowy, w ten sposób, iż wynikać będzie z tych postanowień w sposób jednoznaczny, iż wykonawca zobowiązany jest do przetwarzania odpadów zmieszanych i zielonych przy użyciu instalacji wskazanej jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) dla regionu zachodniego w uchwale nr 4/19 z dnia 22 stycznia 2019 r. Sejmiku Województwa Mazowieckiego i jedynie przypadki zagospodarowania odpadów w innych instalacjach stanowić będą podstawę do stwierdzenia nienależytego wykonania umowy i obciążenia Odwołującego karą umowną na podstawie §6 ust. 3 pkt 10 umowy;

8) wprowadzenia do umowy obowiązku podwyższenia wynagrodzenia w sytuacji wystąpienia opisanych w uzasadnieniu zarzutu zdarzeń, skutkujących wzrostem kosztów wykonawcy, pod warunkiem wykazania przez wykonawcę, że wskazane w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktycznie skutkują wzrostem kosztów;

9) usunięcia pkt 34 ppkt 3) OPZ;

10) usunięcia §6 ust. 3 pkt 1, 2 i 5 umowy;

11) wprowadzenia do umowy możliwości rozwiązania umowy przez Wykonawcę z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez konsekwencji finansowych dla wykonawcy, w razie braku możliwości prowadzenia działalności przez wskazaną w ofercie instalację RIPOK, a tym samym przez samego wykonawcę, wskutek decyzji organów o charakterze inspekcyjnym takich jak np. przewidziane w art. 32 ust. la ustawy o odpadach lub utraty przez wykonawcę pozwoleń administracyjnych na podstawie których eksploatuje on swoje instalacje;

12) usunięcia z treści SIWZ możliwości dokonywania korekty sprawozdania miesięcznego, a w konsekwencji korekty wystawionej faktury w związku z uzgadnianiem sprawozdania kwartalnego.

Uzasadniając swoje uprawnie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że jako wykonawca zainteresowany jest ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie i prowadząc działalność w obszarze usług zagospodarowania odpadów posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Będące przedmiotem odwołania zarzuty sformułowane w stosunku do postanowień SIWZ uniemożliwiają bądź utrudniają Odwołującemu uzyskanie zamówienia, co może prowadzić do powstania szkody po jego stronie.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący podnosi, iż w szczególności w sytuacji, w której SIWZ nie przewiduje dostarczenia do wykonawcy całego strumienia odpadów z danego rejonu miasta, a wykonawca nie odpowiada za odbiór odpadów od mieszkańców określenie kryterium oceny ofert „poziom recyklingu" prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Wymaga podkreślenia, że w szczególności w odniesieniu do odpadów objętych zadaniami z grupy A tj. odpadów zmieszanych, „bio" oraz zielonych nie jest możliwe

osiągnięcie wymaganego w SIWZ minimalnego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia (55%). Odpady bio i zielone w ogóle nie powinny posiadać bowiem frakcji: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, z kolei odpady zmieszane nie powinny lub posiadają śladowe ilości tych frakcji. W tych okolicznościach przyjęcie kryterium oceniającego zaoferowanie wyższego niż 55% poziomu recyklingu jest w sposób oczywisty sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i prowadzi do umożliwienia nierzetelnym wykonawcom oferowania niemożliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu. Sprzeczne ze wskazanymi wyżej przepisami ustawy Pzp jest przyjęcie przedmiotowego U kryterium nie tylko dla zadań z grupy A, ale również dla zadań z grupy B. W świetle zapisów SIWZ osiągnięcie narzuconych poziomów recyklingu jest bowiem jedynie w części zależne od wykonawcy, a w większym stopniu zależy od czynników zewnętrznych takich jak: stopień ekoedukacji mieszkańców, jakość segregacji odpadów u źródła, czystość asortymentowa dostarczanych odpadów, sposób odbioru, magazynowania i transportu odpadów przez niezależnych, wybranych przez m.st. Warszawa operatorów, zasady selektywnej zbiórki opisane w Regulaminie Utrzymania Czystości i Porządku w m.st. Warszawie uchwalanym przez Radę Miasta Warszawy, czystość oraz rodzaj pojazdów odbierających odpady oraz jakość i stan pojemników do gromadzenia odpadów (które to cechy / właściwości / przymioty są różne w różnych dzielnicach m. st. Warszawy) na co Odwołujący nie ma żadnego wpływu. Ponadto, trudna do oszacowania jest jakość i ilość poszczególnych frakcji, co ma realne przełożenie na ilość wysortowanych odpadów, które mogą być poddane recyklingowi. Z kolei okoliczność ta ma zasadnicze znaczenie dla możliwości rzetelnego skalkulowania ceny oferty czy wręcz możliwości osiągnięcia minimalnych poziomów recyklingu i zdefiniowania warunków oferty w świetle tego kryterium. Wymaga podkreślenia, że w poprzednim postępowaniu żaden z oferentów nie wskazał poziomów wyższych niż minimalne. Zasadność przedmiotowego zarzutu wynika ponadto z okoliczności, w której SIWZ nie gwarantuje wykonawcy, jaki rodzaj frakcji będzie : mu dostarczany w ramach ogólnej ilości odpadów przewidzianych do zagospodarowania w ramach danego zadania. Uwzględniając wskazane powyżej okoliczności przyjęcie przedmiotowego kryterium prowadzi do ograniczenia konkurencji, a także czyni niemożliwym rzetelne skalkulowanie oferty.

W uzasadnieniu zarzutów nr 2 i 3 Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do odpadów objętych zadaniami z grupy A tj. odpadów zmieszanych, „bio" oraz zielonych w ogóle nie jest możliwe osiągnięcie wymaganego w SIWZ minimalnego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia (55%) dla frakcji odpadów komunalnych: papieru, tworzyw sztucznych, metali i szkła. Odpady bio i zielone w ogóle nie posiadają bowiem frakcji: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, z kolei odpady zmieszane nie powinny lub posiadają śladowe ilości tych frakcji Wymóg w tym zakresie, jako niemożliwy do spełnienia winien zatem zostać usunięty. Osiągnięcie określonych poziomów recyklingu nie zależy jedynie od efektywności instalacji. Przy tak wysokich poziomach sięgających ponad 50% osiągnięte są możliwości instalacji, a dodatkowy wzrost poziomów zależy jedynie od poziomu selektywnej zbiórki, czystości asortymentowej dostarczanych odpadów tj. czynników niezależnych od Wykonawcy. Z kolei" w porównaniu z obecnie realizowanymi poziomami (45%), poziom 55% jest o ponad 10 pkt % wyższy. Kryterium to jest wiec iluzoryczne i zawyżone. W przeciągu roku jakość selektywnej zbiórki nie polepszyła się, dlatego wzrost poziomów recyklingu r/r aż o 22% jest niemożliwy do osiągnięcia. Wymagalny, minimalny poziom recyklingu odpadów (55%) jest nadmierny i niemożliwy do osiągnięcia zarówno dla odpadów z grupy A, jak i B. Uwzględniając powyższe, konieczne jest usunięcie wymagania dotyczącego minimalnych poziomów recyklingu (55%), ewentualnie zasadne jest wnioskowanie o jego obniżenie do maksymalnie 50%, po warunkiem jednak połączenia w jedno zadanie poszczególnych zadań z grup A i B, tak aby całość odpadów z danego rejonu objęta była jednym zadaniem, Wskazujemy, że Zamawiający w całości przerzuca na Wykonawcę odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu, podczas, gdy ten obowiązek nie został nałożony przez ustawodawcę na zarządców instalacji, a właśnie na gminy, gdyż dysponują one szeregiem innych, dodatkowych narzędzi pozwalających na osiągnięcie tych poziomów tj. ekoedukacja, wybór systemu selektywnej zbiórki, kształtowanie regulaminów utrzymania czystości i porządku w gminach, nadzór na odbierającymi odpady, nadzór na prawidłową segregacją. Wykonawca otrzymuje jedynie zagospodarowanie odpadów. Zaś tak wysokie poziomy recyklingu nie mogą być osiągnięte jedynie za pomocą sortowania, gdyż nieprawidłowa segregacja (np. zabrudzenie papieru), nieprawidłowa zbiórka (np. mieszanie odpadów podczas odbioru i transportu), nieprawidłowa edukacja (i spowodowany tym niski poziom i jakość selektywnej zbiórki) uniemożliwiają osiągnięcie określonych poziomów recyklingu.

Przedstawiając argumentację na potwierdzenie zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł, iż z uwagi na brak określenia maksymalnych i minimalnych ilości odpadów i transportów dostarczanych godzinowo, dziennie i miesięcznie nie jest możliwe, czy też istotnie ograniczone określenie potencjału Odwołującego w zakresie ilości możliwych do zagospodarowania odpadów. Instalacje do przetwarzania odpadów są ograniczone mocami przerobowymi godzinowymi, dobowymi i miesięcznymi. Co więcej nowelizacja ustawy o odpadach wymaga od wykonawców określenia maksymalnych możliwych do zmagazynowania ilości odpadów, co w przypadku braku ich określenia w OPZ nie jest możliwe do oszacowania i określenia swojego potencjału pod względem zgodności z posiadanymi decyzjami, i złożenia rzetelnej oferty. Powyższe powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest określony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co świadczy o naruszeniu art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty. Uwzględniając powyższe braki Odwołujący nie jest w stanie w sposób rzetelny złożyć wobec Zamawiającego zobowiązania co do ilości

możliwych do zagospodarowania odpadów, czy określenia możliwych do osiągnięcia , poziomów recyklingu

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 Odwołujący podniósł, iż brak określenia maksymalnych i minimalnych udziałów rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w 2020 r. oznacza, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niewyczerpujący, a w tych okolicznościach nie jest możliwe rzetelne złożenie oferty, czy określenia możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu Podanie jedynie szacunkowych danych nie pozwala Odwołującemu na oszacowanie możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu i kosztów sortowania. Inaczej bowiem kształtuje się koszt sortowania papieru od odpadów wielkogabarytowych i inne poziomy recyklingu można uzyskać ze szkła niż z odpadów zielonych.

Uzasadniając zarzut nr 6 Odwołujący podał, iż wielokrotnie zdarza się, że odbierane selektywnie odpady na terenie Warszawy, z uwagi na niski poziom segregacji u źródła, są znacznie zanieczyszczone. W wyniku ich dużego zanieczyszczenia niektóre odpady powinny być, zgodnie z ich morfologią klasyfikowane jako zmieszane odpady komunalne, a nie np. jako papier lub szkło. Niemalże regułą (w zabudowie wielorodzinnej) jest to, że we wszystkich pojemnikach na frakcje surowcowe znajdują się duże ilości innych odpadów (zwłaszcza mokre odpady z gospodarstw domowych - zwykle resztki kuchenne, . resztki roślin doniczkowych, zanieczyszczony żwir z kuwet dla kotów etc.), które powodują trwałe zanieczyszczenie odpadów surowcowych, co praktycznie uniemożliwia poddanie tych odpadów procesom przewidzianym dla frakcji surowcowej i zmusza wykonawcę do traktowania ich jako zmieszanych odpadów komunalnych, co znacznie podnosi koszty zagospodarowania takich (tylko z nazwy) odpadów surowcowych, jak również znacznie obniża poziom możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu (gdyż np. ulegnie stłuczeniu szkło lub zabrudzeniu papier) W powyższych okolicznościach, w przypadku stwierdzenia, iż do instalacji dostarczono faktycznie odpady zmieszane, mimo, iż według podmiotu odbierającego klasyfikowane są jako odpady surowcowe, Wykonawca winien mieć możliwość zmiany kodu odpadu pod jakim ten odpad otrzymał od Zamawiającego na kod właściwy odpadowi jaki został dostarczony. Brak takiej możliwości utrudnia złożenie oferty oraz dokonanie rzetelnej wyceny kosztów wykonania zamówienia, a także zadeklarowanie spełnienia oczekiwanych przez Zamawiającego poziomów recyklingu. Co więcej w przypadku rozbieżności cenowych pomiędzy cenami zagospodarowania odpadów z grupy A i B z danego rejonu, Zamawiający może celowo ustalać kod odpadów na odpady „tańsze". Wymaga podkreślenia, że jedynie zmiana kodu odpadu który nie odpowiada kodowi pod jakim go dostarczono do Wykonawcy pozwoli na rzetelne rozliczenie usługi. Koszt zagospodarowania zmieszanego odpadu komunalnego jest krańcowo różny od kosztu zagospodarowania odpadu segregowanego (surowcowego), który co do zasady, winien wymagać jedynie doczyszczenia. Wykonawca ma bowiem prawo oczekiwać, że otrzyma wynagrodzenie należne za zagospodarowanie odpadu o konkretnych właściwościach a nie konkretnym kodzie.

Odnośnie zarzutu nr 7 Odwołujący wskazał, ze w treści OPZ (pkt 13 i 32 ppkt 4) Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby Wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie „odpadów zmieszanych" i „odpadów zielonych", przy użyciu instalacji do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, wskazanej jako RIPOK dla regionu zachodniego w uchwale nr 4/19 z dnia 22 stycznia 2019 r. Sejmiku Województwa Mazowieckiego w sprawie wykonania Plami gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024. Jest to wymóg zrozumiały i zgodny z przepisami prawa, gdyż sformułowanie dodatkowych wymagań w tym zakresie, w tym posiadania pozwolenia zintegrowanego prowadziłoby do ograniczenia konkurencji (na terenie aglomeracji warszawskiej są tylko dwie instalacje posiadająca takie pozwolenie). Wskutek niedookreślonej treści zakwestionowanych postanowień SIWZ istnieje jednak ryzyko przyjęcia interpretacji treści SIWZ, zgodnie z którą poza spełnieniem ww. wymagania dla instalacji niezbędne jest również spełnienie innych wymagań. Konieczne jest zatem doprecyzowanie treści SIWZ w tym zakresie.

Dla wykazania zasadności zarzutu nr 8 Odwołujący podał, iż sprzeczne ze wskazanymi w treści zarzutu przepisami prawa jest nieprzewidzenie możliwości podwyższenia wynagrodzenia w razie zaistnienia niezależnych od wykonawcy zdarzeń skutkujących istotnym wzrostem kosztów wykonania zamówienia takich jak: zmiany wojewódzkiego planu gospodarki odpadami o którym mowa w Dziale III Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 701) zwłaszcza w zakresie zmiany granic regionów gospodarki odpadami; zmiany przepisów prawa skutkującego zwiększeniem, kosztów realizacji usługi; utraty lub nie otrzymania pozwoleń administracyjnych na prowadzenie gospodarki odpadami w instalacji Wykonawcy, co było skutkiem zmiany przepisów ustawy o odpadach dokonanej Ustawą z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 1592); wzrostu kosztów zagospodarowania wytworzonych w instalacji Wykonawcy odpadów; wzrostu cen energii i paliw, wzrostu wysokości opłat za korzystanie ze środowiska. Brak określenia możliwości zmiany wynagrodzenia w razie zaistnienia ww. okoliczności, specyficznych dla rynku gospodarki odpadami, uniemożliwia rzetelne skalkulowanie kosztów wykonania zamówienia i prowadzi do ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Nie jest możliwe przewidzenie i skalkulowanie w cenie

oferty kosztów ryzyk związanych z wystąpieniem wskazanych wyżej zdarzeń. Jest to o tyle istotne, że obecnie i czynniki kosztotwórcze dynamicznie wzrastają powodując potrzebę korekt składanych ofert.

Uzasadniając zarzut nr 9 Odwołujący stwierdził, że żądanie załączenia do sprawozdań kwartalnych oświadczenia podmiotu posiadającego zezwolenie na zbieranie lub przetwarzanie odpadów w procesie R12 o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania jest nadmierne i nieuzasadnione w świetle ustawy o odpadach. Zgodnie z przepisami tej ustawy wystarczającym dokumentem w tym zakresie jest karta przekazania odpadu (KPO). Wymaga podkreślenia, że sam fakt przekazania/podpisania KPO sprawia, że przekazujący odpady zbywa odpowiedzialność za te odpady. W tych okolicznościach zasadny jest zarzut opisania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Podmiot posiadający zezwolenie na zbieranie lub przetwarzanie odpadów w procesie R12, powołując się na przepisy ustawy o odpadach, może odmówić wydania wykonawcy przedmiotowego oświadczenia, co skutkować może z kolei odmową wypłaty wynagrodzenia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 10 Odwołujący podał, że niedopuszczalne jest dwukrotne nakładanie kar finansowych za to samo zdarzenie. Kwestionowane postanowienia naruszają naturę stosunku prawnego i zasadę sprawiedliwości kontraktowej. W wyniku niezagospodarowania odpadów przekazanych przez Zamawiającego lub wytworzonych z odpadów przekazanych przez Zamawiającego, wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia, gdyż nie zostanie w tej części uzgodnione sprawozdanie miesięczne lub zostanie pomniejszone wynagrodzenie w wyniku analizy sprawozdania kwartalnego (par 3 pkt. 4 Umowy). W konsekwencji naliczenie ww. kar powoduje oprócz braku uzyskania wynagrodzenia za przekazane odpady, również obarczenie karą wykonawcy w wysokości ceny jednostkowej za zagospodarowanie 1 Mg, co jest podwójnym obciążeniem,

Odnośnie zarzutu nr 11 Odwołujący zwraca uwagę na specyfikę przedmiotu zamówienia, gdzie nie jest możliwe przewidzenie zmian w obowiązujących- przepisach prawa warunkujących prowadzenia instalacji RIPOK. Z uwagi na ciągłość zmian przepisów prawa, możliwą do wystąpienia jest sytuacja, w której w toku realizacji umowy, bez winy wykonawcy, w jego instalacji RIPOK nie będzie możliwe zagospodarowanie odpadów. Okoliczność tego rodzaju ma charakter obiektywny, a wykonawca nie powinien być karany za wystąpienie tego rodzaju sytuacji np. poprzez obciążenie go karami umownymi za zaprzestanie wykonywania umowy. W powyższych okolicznościach brak przewidzenia możliwości rozwiązania umowy bez konsekwencji finansowych dla wykonawcy utrudnia, a wręcz uniemożliwia złożenie rzetelnej oferty. Ryzyka związane z zaakceptowaniem przedmiotowej sytuacji są tak wysokie, że właściwie uniemożliwiają złożenie oferty. W tych okolicznościach uzasadniony jest zarzut opisania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję oraz sprzeczny z naturą stosunki i zasadami współżycia społecznego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 12 Odwołujący podniósł, iż w przypadku wystawienia Karty Przyjęcia Odpadów usługa jest wykonana. Odpady zostały przyjęte i przetworzone, zaś Zamawiający przekazał odpowiedzialność za nie na wykonawcę. W tych okolicznościach powołując się na analogiczne uzasadnienie jak w odniesieniu do zarzutu nr 9 narusza uczciwą konkurencję dokonywanie korekty wynagrodzenia z powołaniem się na brak oświadczenia podmiotu posiadającego zezwolenie na zbieranie lub przetwarzanie odpadów w procesie R12 o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania. Wymaga podkreślenia, że wykonawca nie może odpowiadać za wydłużenie procesu ich finalnego przetworzenia np. wynikającego z transportu odpadów do innego kraju (np. transportu wysortowanego papieru do Chin) lub potrzeby zebrania odpowiedniej ilości do transportu odpadów wytworzonych.

Pismem z dnia 9 lipca 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 15 lipca 2019 r. Odwołujący Lekaro oświadczył, iż podtrzymuje wszystkie zarzuty przedstawione w odwołaniu, z podanymi w tym piśmie modyfikacjami.

Pismami z dnia 28 czerwca 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronnie Odwołujących w sprawach sygn. akt KIO 1199/19 i KIO1201/19 zgłosił wykonawca Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Pismami z dnia 1 lipca 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronnie Odwołującego Remondis sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 1187/19 zgłosili wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwami: „BYŚ" W. B. i P.P.H.U. LEKARO J. Z. oraz po stronie wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „BYŚ" W. B. zgłosił wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: P.P.H.U. LEKARO J. Z.

Na posiedzeniu w dniu 18 lipca 2019 r. Zamawiający złożył pisma w sprawach KIO 1187/19, KIO 1199/19 i KIO 1201/19, w których przedstawił uzupełniającą, w stosunku do odpowiedzi na odwołania z dnia 9 lipca 2019 r., argumentację w tych sprawach. Odwołujący

Remondis na rozprawie cofnął zarzut zawarty w pkt III ppkt 1 lit. b.

Izba umorzyła postępowanie o sygn. KIO 1187/19 w zakresie zarzutów, które zostały wycofane przez Odwołującego Remondis oraz uwzględniony przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną przez Zamawiającego oraz stanowiska stron i przystępujących, a także zgromadzone w sprawie dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących ich odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący są zainteresowani pozyskaniem zamówienia i w związku z tym są zainteresowani ukształtowaniem postanowień SIWZ w sposób, który będzie odpowiadał obowiązującym przepisom prawa.

Wykonawcy zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących tj. Remondis sp. z o.o. w sprawach KIO 1199/19 i 1201/19 oraz wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą pod nazwami: „BYŚ" W. B. w sprawie KIO 1187/19 i P.P.H.U. LEKARO J. Z. w sprawach 1187/19 i 1199/19 wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. W związku z powyższym ww. wykonawcy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikami.

Izba ustaliła, iż związane z zarzutami postanowienia SIWZ zostały prawidłowo wskazane w powyżej przytoczonych odwołaniach. W związku z tym nie istnieje potrzeba ich ponownego przedstawiania. Wskazania wymaga jedynie, iż przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w okresie od 1.1.2020 r. do 31.12.2020 r. w maksymalnej planowanej ilości: 786 386,94Mg, z podziałem na zadania dla dwóch grup odpadów: grupę „A" - która obejmuje: „odpady zmieszane", „bio" i „odpady zielone" oraz grupę „B" - która obejmuje: „metale i tworzywa sztuczne", „papier", „szkło", „odpady wielkogabarytowe". Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych z podziałem na 18 zadań. Wykonawca może ubiegać się o udzielenie zamówienia na dowolną ilość zadań. Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, na dowolną liczbę zadań.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołania podlegają oddaleniu.

Na wstępie wymaga wskazania, iż stosownie do art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie jedynie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, które ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania. Przez zarzut należy rozumieć wskazanie przyczyn dla których wykonawca kwestionuje czynność lub zaniechanie zamawiającego z uwagi na jej sprzeczność z przepisami ustawy, uzasadnione przytoczonymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi i prawnymi wykazanymi za pomocą dowodów. W przypadku zarzutów dotyczących treści SIWZ ocenia się je z uwzględnieniem żądań dotyczących ich postulowanej zmiany w sposób, który zdaniem odwołującego doprowadzi postanowienia SIWZ do zgodności z ustawą.

W ocenie Izby nie zostało wykazane przez Odwołujących, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały wskazane w odwołaniach przepisy ustawy Pzp, w tym nastąpiło naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak również przepisów Kodeksu cywilnego. Odwołujący nie wykazali, iż podany opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia im złożenie oferty w postępowaniu, jak również przedstawiając swoje niektóre żądania np. w zakresie waloryzacji wynagrodzenia nie podali, jakie konkretnie postanowienie SIWZ zaspokajałoby ich oczekiwania, byłyby zgodne z obowiązującymi przepisami, ograniczając się do ogólnych twierdzeń o potrzebie wprowadzenia waloryzacji. Należy natomiast mieć na uwadze, iż stosownie do art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przewidzenie zmian w umowie wymaga ich wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Zostało natomiast wykazane przez Zamawiającego, iż uwzględniając obiektywne okoliczności związane z przedmiotem zamówienia, określił swoje wymagania dotyczące tego przedmiotu na tyle jednoznacznie i wyczerpująco, że wykonawcy są w stanie zidentyfikować jego oczekiwania, jak również, jako profesjonaliści działający w tym segmencie rynku, są w stanie dokonać wyceny ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia i złożyć na równych zasadach ofertę.

Zarzuty dotyczące naruszeń przepisów wskazanych w odwołaniach w sprawach sygn. akt KIO 1187/19, 1199/19 i 1201/19, związanych z pozacenowym kryterium oceny ofert

Zamawiający w dniu 8 lipca 2019 r. dokonał zmiany SIWZ m.in. w zakresie kryterium pozacenowego, określając, iż chodzi o gwarantowany przez Wykonawcę procent wysortowania i przekazania do recyklingu następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, zaznaczając, iż przyzna punkty wyłącznie za gwarantowany procent wysortowania i przekazania do recyklingu wyższy niż minimalny, który nie może być niższy niż 15% dla odpadów z grupy A i 50% dla odpadów z grupy B.

Oznacza to nową czynność, od której wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej. Z tych względów, z uwagi na przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w niniejszej sprawie Izba nie rozstrzyga zarzutów, które z uwagi na dokonaną zmianę SIWZ straciły aktualność.

Z uwagi na fakt utrzymania w SIWZ zmodyfikowanego kryterium pozacenowego odnoszącego się m.in. do recyklingu frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych, Izba w obecnym składzie jedynie stwierdza, iż zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp kryteriami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia są m.in. aspekty środowiskowe, co oznacza, że wprowadzenie kryterium pozacenowego związanego z recyklingiem odpadów komunalnych, co do zasady nie narusza przepisów ustawy, tym bardziej, że jak zostało wykazane na rozprawie za sprawą złożonych do akt oświadczeń składanych także przez Odwołujących, istnieje możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu wyższych niż 0% także z odpadów niesegregowanych. Osiągnięcie określonych poziomów recyklingu jest obowiązkiem gminy, a skoro Zamawiający na mocy umowy wykonawczej w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów z dnia 12 grudnia 2017 r. (w aktach sprawy - złożona w poczet dowodów przez Zamawiającego) przejął zadania własne m.st.

Warszawy w tym zakresie, to wymogi SIWZ odnoszące się do recyklingu, należy uznać za pozostające w związku uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Osobną kwestią jest sprawa określenia minimalnych poziomów recyklingu i sposobu zredagowania kryterium, w tym tego czy określone poziomy mają się odnosić do całego strumienia odpadów, czy mają być określone w podziale na grupy. Jak wyżej zaznaczono, z uwagi na wprowadzoną zmianę SIWZ, Izba w obecnym składzie w tym zakresie nie rozstrzygała.

Zarzuty dotyczące naruszeń przepisów wskazanych w odwołaniach w sprawach sygn. akt KIO 1187/19 i 1201/19 związane z brakiem procedury postępowania w sytuacji gdy deklarowany przez podmiot przekazujący kod odpadu istotnie odbiega od odpadów dostarczonych.

Zamawiający w ramach zmian SIWZ wprowadzonych w dniu 8 lipca 2019 r. wprowadził załącznik nr 8 do umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, w którym określił procedurę postępowania w sytuacji, gdy deklarowany przez podmiot przekazujący kod odpadu istotnie

odbiega od odpadów dostarczonych. Tym samym zarzut dotyczący braku procedury stracił na aktualności.

Wprowadzenie załącznika nr 8 do umowy stanowi nową czynność Zamawiającego, od której wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej. W związku z tym Izba w obecnym składzie nie rozstrzygała zarzutów związanych z brakiem ww. procedur czy nieobjętych odwołaniami zarzutów dotyczących sposobu jej określenia w ww. załączniku nr 8.

Zarzuty dotyczące naruszeń przepisów wskazanych w odwołaniach w sprawach sygn. akt KIO 1187/19 i 1201/19 związane z wymogami SIWZ dotyczącymi karty przekazania odpadów (KPO) i oświadczenia o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania.

W sprawie 1187/19 w odniesieniu do zarzutów pkt 2 lit. f i h Odwołujący przede wszystkim kwestionuje brak wskazania terminu dla Zamawiającego na przekazanie wykonawcy KPO w celu jej potwierdzenia oraz wymóg SIWZ dotyczący podpisania przez transportującego odpady KPO, stanowiącej integralną część sprawozdań kwartalnych, wykazując, iż podpis tego podmiotu jest zbędny, zaś brak takiego podpisu wiąże się z korektą faktur i zwrotem wynagrodzenia. Zdaniem Odwołującego oświadczenie odbiorcy wskazanego na KPO potwierdzające zagospodarowanie odpadu jest wystarczające do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, tym bardziej, że już się zabezpieczył w postaci zapisu, że w przypadku gdy powstałe z przetwarzania odpady zostają przekazane kolejnemu odbiorcy do procesu R12 lub na zbieranie, należy dołączyć oświadczenie o ostatecznym zagospodarowaniu tych odpadów.

Zamawiający stwierdził, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, iż KPO jest przekazywana przez podmioty odbierające odpady i Zamawiający w ramach analizowanego postępowania nie przekazuje jej Wykonawcy. Z tych względów zarzut dotyczący terminu dla Zamawiającego na jej przekazanie nie znajduje potwierdzenia.

Jak słusznie zauważył Zamawiający przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na zagospodarowaniu odpadów z m.st. Warszawy. Potwierdzeniem takiego zagospodarowania odpadów jest prawidłowo wypełniona i podpisana KPO, której wzór został określony w załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 25 kwietnia 2019 r. w sprawie wzorów dokumentów stosowanych na potrzeby ewidencji odpadów (Dz.U. z 2019 r. poz. 819). Z załącznika tego wynika, iż KPO winna m.in. zawierać dane identyfikujące transportującego odpad oraz potwierdzenie przez niego przyjęcia odpadów do transportu i wykonanie usług transportu wraz z datą i jego podpisem. Tym samym wymóg Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za uzasadniony.

W sprawie 1201/19 Odwołujący w odniesieniu do zarzutów 9 i 12 kwestionuje natomiast wymóg załączenia do sprawozdań kwartalnych oświadczenia podmiotu posiadającego zezwolenie na zbieranie lub przetwarzanie odpadów w procesie R12 o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania, który wiąże się z ewentualną korektą wystawionej faktury.

Wymóg dotyczący ww. oświadczenia o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania, kwestionowany na rozprawie ze wskazaniem wynikającej z przepisów prawa możliwości magazynowania odpadów, również należy uznać za uzasadniony. Jak wyżej wskazano, przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na zagospodarowaniu odpadów, a nie na ich magazynowaniu. Dlatego znaczenie w postępowaniu ma potwierdzenie takiego zagospodarowania odpadów.

Zarzut dotyczący braku określenia maksymalnych i minimalnych udziałów odpadów z każdej frakcji w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w 2020 r. - pkt III ppkt 2 lit. c odwołania w sprawie KIO 1187/19 oraz zarzut dotyczący zaniechania określenia w SIWZ maksymalnych i minimalnych ilości odpadów i transportów dostarczanych godzinowo, dziennie i miesięcznie - pkt 4 odwołania w sprawie KIO 1201/19

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, iż zważywszy na specyfikę zamówienia, przyjęty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia nie narusza przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem wskazał zarówno własne szacunki związane z udziałami rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w 2020 r., jak też zadeklarował realizację zamówienia w minimalnym zakresie dla każdego z zadań. Pozwala to na sporządzenie ofert i ich odpowiednie skalkulowanie.

Zauważenia jednocześnie wymaga, iż nie zostało zakwestionowane przez Odwołujących stanowisko Zamawiającego, zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, z którego wynika, iż ilość odpadów wytwarzanych przez mieszkańców jest niezależna od Zamawiającego i wykazuje zmienność w poszczególnych okresach, przy czym skala tych zmian nie jest powtarzalna. Nadto nie jest sporne pomiędzy stronami, iż od 2019 r. nastąpiła zmiana sposobu segregacji odpadów, w związku z czym brak jest możliwości wykorzystania danych historycznych dla wyodrębnionych obecnie kategorii odpadów.

Zarzut dotyczący weryfikacji przez Zamawiającego odpadów przyjętych do instalacji z masa odebranych z terenu m.st. Warszawy - pkt III ppkt 2 lit, i odwołania w sprawie KIO 1187/19

W ocenie Izby kwestionowany przez Odwołującego pkt 47 OPZ i odnośne postanowienia umowy pozostają w związku z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego w zakresie należytego wykonywania umów, który w związku z tym miał prawo wprowadzić do SIWZ narzędzie do weryfikacji prawidłowości realizacji umów na zagospodarowanie odpadów, w szczególności, czy odpady pochodzą z m.st. Warszawy, a nie np. z sąsiednich gmin.

Zarzuty dotyczące uprawnień kontrolnych Zamawiającego - pkt III ppkt 3 lit, a odwołania w sprawie KIO 1187/19

Na rozprawie Odwołujący stwierdził, iż kwestionuje jedynie prawo do kontroli przez Zamawiającego w zakresie funkcjonowania instalacji zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający jest bowiem konkurentem Odwołującego i nie powinien poznać jego procesu technologicznego. Nie kwestionuje natomiast uprawnień Zamawiającego w zakresie kontroli należytego wykonania umowy.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, który twierdzi, iż proces zagospodarowania odpadów musi przebiegać w sposób ciągły i niezakłócony. W związku z tym wszelkie okoliczności, które mogłyby wpłynąć negatywnie na ten proces winny być jak najszybciej stwierdzone po to, aby można było podjąć działania w celu ich usunięcia po stronie wykonawcy, bądź poprzez organizację zastępczego procesu zagospodarowania odpadów. Skoro na mocy uchwały Rady Miasta Stołecznego Warszawy Nr LI 1/1251/2017 /z dnia 6 lipca 2017 r. powierzono mu do wykonania zadanie własne m.st. Warszawy, polegające na zagospodarowaniu odpadów komunalnych, to powinien mieć możliwość kontrolowania instalacji przetwarzających odpady komunalne. Nadto zapewnienie takich uprawnień kontrolnych jest wymagane warunkami realizacji zadania własnego.

Twierdzenie Zamawiającego znajduje potwierdzenie w ww. umowie wykonawczej z dnia 12 grudnia 2017 r., w której w § 3 ust. 1 pkt 5 wskazano, iż świadczenie usług publicznych przez MPO obejmuje: „5) bieżące kontrolowanie sposobu zagospodarowania Odpadów w Instalacjach - w tym do zapewnienia zgodności działania Instalacji z zasadami i regulacjami prawnymi", zaś w § 3 ust. 2 pkt 9 wskazano, iż w ramach świadczenia usług publicznych MPO odpowiada również za: „9) kontrolowanie sposobu zagospodarowania Odpadów w instalacjach nieprowadzonych przez MPO, a wykorzystywanych do Świadczenia Usług Publicznych - w tym zapewnienie zgodności działania tych instalacji z zasadami i regulacjami prawnymi zgodnie z wymogami określonymi w dokumentacji o zamówienie publiczne oraz postanowieniami ust. 1 pkt 6."

Bez wpływu na powyższa ocenę pozostaje to, iż istnieją organy kontrolne, w zakresie uprawnień których mieszczą się uprawnienia do kontroli instalacji, jak również to, że Zamawiający w innych postępowaniach występuje jako konkurent Odwołującego.

Zarzut dotyczący kar umownych - pkt III ppkt 3 lit, b odwołania w sprawie KIO 1187/19

Odwołujący kwestionuje przewidzianą w umowie karę umowną za stwierdzenie wykonywania przedmiotu umowy bez aktualnych uprawnień, natomiast nie kwestionuje wymogu posiadania przez niego stosownych uprawnień, w tym decyzji i zezwoleń wymaganych dla prawidłowego wykonania umowy.

W ocenie Izby skoro realizacja przedmiotu umowy wiąże się z koniecznością posiadania uprawnień, to wprowadzenie kary umownej za stwierdzone jej wykonywanie bez

takich uprawnień, należy uznać za uzasadnione.

Zarzut dotyczący wcześniejszego rozwiązania umowy przez wykonawcę - pkt III ppkt 3 lit. i odwołania w sprawie KIO 1187/19 i pkt 11 odwołania w sprawie KIO 1201/19

Odwołujący zarzucają Zamawiającemu, iż nie przewidział postanowienia uprawniającego wykonawcę do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający pozostaje w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia lub gdy do wykonawcy są dostarczane odpady odbiegające jakościowo od odpadów opisanych w SIWZ (KIO 1187/19) oraz w razie braku możliwości prowadzenia działalności przez wskazaną w ofercie instalację RIPOK wskutek decyzji organów o charakterze inspekcyjnym (KIO 1201/19).

W ocenie Izby specyfika przedmiotu zamówienia, która wymusza realizację usług w sposób ciągły i niezakłócony nie pozwala na to, aby wykonawca z dnia na dzień zaprzestał realizacji umowy. Tym bardziej, że brak zapłaty przez Zamawiającego w terminie należnego wykonawcy wynagrodzenia, pozwala mu na dochodzenie swoich roszczeń na drodze cywilnej. Natomiast sprawa dostarczania odpadów odbiegających jakościowo od odpadów opisanych w SIWZ, winna być uregulowana pomiędzy stronami w ramach łączącej je umowy, tak, aby jej realizacja mogła następować z zapewnieniem współdziałania ze strony Zamawiającego w tym zakresie. Nadto zauważenia wymaga, iż sprawa ewentualnej zmiany instalacji RIPOK wskazanej w ofercie jest uregulowana w § 2 części V SIWZ - Istotne postanowienia umowy.

Zarzuty dotyczące zmian umowy w szczególności w zakresie zmiany wynagrodzenia i wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych - pkt 3 i 4 odwołania KIO 1199/19 i pkt 8 odwołania KIO 1201/19

Odwołujący domaga się wprowadzenia do wzorów umów klauzul waloryzacyjnych, pozwalających na zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji znaczącego wzrostu kosztów w następstwie których strony nie mogły przewidzieć lub skutków których strony nie mogły przewidzieć, w szczególności zmian przepisów prawa, mających wpływ na wzrost kosztów, a których to ryzyk nie można było oszacować przy sporządzaniu oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy brak wprowadzenia żądanych przez Odwołujących klauzul waloryzacyjnych nie stanowi naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa.

Zamawiający przewidział zmiany wynagrodzenia, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Nadto zauważenia wymaga, iż umowa zawierana jest na 12 miesięcy, a więc na stosunkowo krótki czas, co pozwala na skalkulowanie potencjalnych ryzyk, także związanych z sygnalizowanymi obecnie zmianami przepisów prawa, jak również dotyczących wskazanych w odwołaniu KIO 1201/19 m.in. wzrostu cen energii i paliw, wzrostu wysokości opłat za korzystanie ze środowiska. W przypadku natomiast nadzwyczajnej zmiany okoliczności wykonawcy przysługuje ochrona wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego.

Zarzut dotyczący zaniechania połączenia zadań z grup A i B w jedno zadanie - pkt 3 odwołania w sprawie KIO 1201/19

W ocenie Izby brak połączenia zadań z obydwu grup, nie narusza obowiązujących przepisów prawa.

Jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, któremu Odwołujący nie zaprzeczył, zastosowanie podziału na dwie grupy zapewni większą konkurencyjność w postępowaniu z uwagi na możliwość samodzielnego złożenia ofert przez mniejsze podmioty, w tym mniejsze instalacje, dedykowane do zagospodarowania frakcji zbieranych selektywnie, co powinno się przełożyć na uzyskanie niższych cen.

Zarzut odnoszący się do uprawnień wynikających z uchwały nr 4/19 z dnia 22 stycznia 2019 r. Sejmiku Województwa i obciążenia wykonawcy karą umowna - pkt 7 odwołania w sprawie KIO 1201/19

Zarzut, w tym żądanie Odwołującego nie jest jasno sformułowany i w związku z tym nie jest możliwe jego rozpoznanie. Na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że chodzi o to, że z uwagi na zmiany przepisów, do których wykonawca nie może się dostosować, np. sporządzić operatu przeciwpożarowego, wystarczającym powinno być aby Zamawiający w zakresie posiadanych przez wykonawcę uprawnień oceniał jedynie fakt wpisu do WPGO. Okoliczność ta nie była podnoszona w odwołaniu. Ubocznie zatem należy stwierdzić, iż wymagany zakres posiadanych uprawnień przez podmioty wykonujące usługi zagospodarowania odpadów komunalnych wynika z obowiązujących przepisów prawa i nie ma uzasadnienia dla jego umownego ograniczania.

Zarzut dotyczący kar umownych w sytuacji, gdy okoliczności opisane w postanowieniach je

przewidujących stanowią podstawę wypłaty wynagrodzenia - pkt 10 odwołania w sprawie KIO

1201/19

Odwołujący wskazuje, że w wyniku niezagospodarowania odpadów przekazanych przez Zamawiającego lub wytworzonych z odpadów przekazanych przez Zamawiającego, wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia, ponieważ nie będzie uzgodnione sprawozdanie miesięczne lub zostanie pomniejszone wynagrodzenie w wyniku analizy sprawozdania kwartalnego, a jednocześnie zostaną naliczone kary umowne, co jego zdaniem oznacza dwukrotne nakładanie kar finansowych.

W ocenie Izby należy odróżnić brak wynagrodzenia w sytuacji niewykonania umowy, co w przypadku umowy wzajemnej jest naturalną konsekwencją, od kary umownej za brak wykonania umowy, która stanowi zryczałtowane odszkodowanie za brak wykonania umowy. Nadto jedną z funkcji kary umownej jest funkcja dyscyplinująca. Nie jest zatem zasadne twierdzenie Odwołującego o dwukrotnym nakładaniu obciążeń finansowych.

Odwołujący, na których, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu, nie wykazali zasadności zarzutów i związanych z nimi żądań przedstawionych w odwołaniach.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt 1187/19, KIO 1199/19 i KIO 1201/19 i orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b

zasądzając
od każdego z Odwołujących na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....