

WYROK
z dnia 27 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 listopada 2020 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 listopada 2020 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Blachownia, ul. Sienkiewicza 22, 42-290 Blachownia**

orzeka:

1. **umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkurowanie w postępowaniu faworyzując konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, z uwagą na jego wycofanie.**
2. **uwzględnia odwołanie w zakresie wszystkich pozostałych zarzutów i nakazuje następujące zmiany w tym zakresie:**
 - a) **w Rozdz. III ust. 4 ppkt 6 SIWZ, jak i w § 6 wzoru umowy poprzez dopisanie stwierdzenia, że: „Zmiana częstotliwości kursów skutkuje adekwatną zmianą ilości odpadów”;**
 - b) **w Rozdz. III ust. 5 ppkt 3 SIWZ zdanie drugie poprzez usunięcie aktualnej treści zastąpienie jej stwierdzeniem, że: „Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie zostały wystawione przez właścicieli nieruchomości.”**
 - c) **w Rozdz. XV ust.1 lit. b) i c) SIWZ poprzez wykreślenie kryterium „Termin płatności” z jednoczesną zmianą wag na rzecz tzw. kryterium ekologicznego, przy czym kryterium ekologiczne „ochrona środowiska” ma zostać zmienione lub zastąpione innym kryterium ekologicznym;**
 - d) **w § 15 ust. 3 wzoru umowy poprzez dodanie zdania drugiego: „Przy czym łączna wysokość kary umownej nie może przekroczyć 20 % łącznego wynagrodzenia wynikającego z § 6 ust. 2 wzoru umowy.”;**
 - e) **w § 16 ust. 1 wzoru umowy poprzez jednoznaczne odesłanie tylko do § 16 ust. 3 wzoru umowy, czy też także innych postanowień umowy, jeśli tak to do jakich, z jednoczesnym wskazaniem, czy prawo do rozwiązania umowy ma mieć miejsce ze skutkiem natychmiastowym, czy też z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia;**
 - e) **jak i przesunięcie terminu składnia oraz otwarcia ofert, ale również dostosowanie w konsekwencji nakazanych zmian innych postanowień SIWZ lub wzoru umowy jeśli jest to konieczne oraz analogiczną zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności w zakresie kryteriów pozacenowych i terminu składnia, jak i otwarcia ofert.**
3. **kosztami postępowania obciąża Gminę Blachownia, ul. Sienkiewicza 22, 42-290 Blachownia:**

- 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów tytułem wpisu od odwołania,**
- 3.2. **zasądza od Gminy Blachownia, ul. Sienkiewicza 22, 42-290 Blachownia na rzecz Przedsiębiorstwa Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2950/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego na: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Blachownia*”, Numer referencyjny: ZP.271.5.2020 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.11.2020 r. pod nr 2020/S 213-522069 przez: Gminę Blachownię, ul. Sienkiewicza 22, 42-290 Blachownia zwane dalej: „*Zamawiającym*”. Tego samego dnia zamieszczono postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 12.11.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., ul. Bytkowska 15, 41-503 Chorzów zwany dalej: „*Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 12.11.2020 r. (e-mailem). Wnosił odwołanie wobec:

- 1) **czynności Zamawiającego polegającej na żądaniu wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkurowanie w postępowaniu faworyzując konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;**
- 2) **Zaniechania czynności Zamawiającego do której był zobowiązany, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu**

przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie możliwości zmian częstotliwości odbiorów odpadów, co nie będzie traktowane jako zmiana umowy, na skutek czego wykonawcy nie posiadają możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym bowiem przy stałej ilości odpadów do odbioru, nastąpić może wymuszenie na wykonawcy ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmienniej kwocie kontraktowej;

3) Zaniechanie czynności Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania worków dla mieszkańców wg zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, przy braku w SIWZ określenia maksymalnej liczby worków jaką należy zabezpieczyć co uniemożliwia rzetelną kalkulację kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania dla mieszkańców worków na odpady, według zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, w sytuacji braku ustalenia w SIWZ ich maksymalnej liczby;

4) Ustalenie kryterium oceny ofert nr 2 „Termin płatności” oraz ustalenie sposobu ceny ofert w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert;

5) Ustalenie w ramach kryterium oceny ofert nr 3 „ochrona środowiska” punktacji z tytułu posiadania floty pojazdów spełniających normę spalania EURO 4 co powoduje, że kryterium jest pozorne, gdyż pozostaje bez związku z możliwością chronienia środowiska gdyż pojazdy spełniające tę normę są obecnie jedynie tolerowane w transporcie kołowym, powszechnym jest spełnianie normy EURO 5, zaś ewentualnie punktowane mogłoby być spełnianie przez pojazdy normy EURO 6;

6) Umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez wprowadzenie w treści Wzoru umowy, nadmierne szycanujące systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

7) Umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez ustalenie w treści Wzoru umowy, podstawy odstąpienia od umowy bez ustalenia liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy co daje Zamawiającemu dowolność wyboru okoliczności odstąpienia nawet po jednym nieodebrany pojemniku albo rezygnacji z odstąpienia nawet przy powtarzających się przypadkach nienależytego wykonania umowy. **Zarzuć naruszenie:**

1) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez żądanie wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkurowanie w postępowaniu faworyzując konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

2) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc na skutek zaniechania przez Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie możliwości zmian częstotliwości odbiorów odpadów, co nie będzie traktowane jako zmiana umowy, na skutek czego wykonawcy nie posiadają możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty, zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym bowiem przy stałej ilości odpadów do odbioru, nastąpić może wymuszenie na wykonawcy ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmienniej kwocie kontraktowej;

3) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc na skutek zaniechania czynności Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania worków dla mieszkańców wg zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, przy braku w SIWZ określenia maksymalnej liczby worków jaką należy zabezpieczyć co uniemożliwia rzetelną kalkulację kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania dla mieszkańców worków na odpady, według zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, w sytuacji braku ustalenia w SIWZ ich maksymalnej liczby;

4) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 2 „Termin płatności” oraz ustalenie sposobu ceny ofert w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert;

5) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 3 „ochrona środowiska” punktacji z tytułu posiadania floty pojazdów spełniających normę spalania EURO 4 co powoduje, że kryterium jest pozorne, gdyż pozostaje bez związku z możliwością chronienia środowiska bowiem pojazdy spełniające tę normę są

obecnie jedynie tolerowane w transporcie kołowym zaś powszechnym jest spełnianie normy EURO 5 oraz normy EURO 6;

6) Art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób spreczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób spreczny z zasadami współzycia społecznego;

7) Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z Art. 491 § 1. oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów to jest ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek ustalenia w treści Wzoru umowy, podstawy odstąpienia od umowy bez ustalenia liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy co daje Zamawiającemu dowolność wyboru okoliczności odstąpienia nawet po jednym nieodebranym pojemniku albo rezygnacji z odstąpienia nawet przy wielokrotnie powtarzających się przypadkach nienależytego wykonania umowy.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenie czynności sporządzenia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu;
2. Wykreślenie warunku dysponowania śmieciarką trzykomorową do segregacji odpadów;
3. Wprowadzenie zmian SIWZ w zakresie zmiany częstotliwości odbioru odpadów poprzez wykreślenie zapisu Rozdziału III ust. 4 pkt 6) SIWZ albo dopuszczenie zmiany umów w przedmiotowym zakresie, uwzględniającej ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych w zmienionych warunkach realizacji umowy;
4. Wprowadzenie zmian SIWZ w zakresie zwiększenia liczby worków według potrzeb mieszkańców poprzez wykreślenie obecnego zapisu Rozdziału III ust. 5 pkt 3) SIWZ wprowadzenie w jego miejsce zapisu mówiącego, że Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie zostały wystawione przez właścicieli nieruchomości albo wprowadzenie pozycji wyceny pojedynczego worka ponad liczbę równą liczbie odbiorów odpadów dla każdej frakcji albo dopuszczenie zmiany umowy w przedmiotowym zakresie, uwzględniającej ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych do zmienionych warunków realizacji umowy;
5. Wprowadzenie zmian SIWZ w zakresie kryteriów „Termin płatności” oraz „ochrona środowiska” w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów, poprzez ich zmianę lub całkowite usunięcie i zastąpienie innymi kryteriami;
6. Wprowadzenie we wzorzec umowy górnej granicy kar umownych;
7. Wprowadzenie we wzorzec umowy liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy, które będą uprawniać Zamawiającego do odstąpienia od umowy;
8. Przesunięcie terminu do złożenia ofert według norm przepisanych.

1. Zarzut nr 1, naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a Pzp poprzez żądanie wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkutowanie w postępowaniu faworyzując konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

W części VI, punkt 3 lit. a) tiret szóste SIWZ Zamawiający zażądał w celu potwierdzenia spełniania warunków, aby wykonawcy wykazali się dysponowaniem co najmniej jednym pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia w żadnym stopniu nie potwierdza konieczności stosowania pojazdu typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów. Odwołujący podnosi, że Zamawiający usiłuje w sposób bezprawny wpływać na szczegółowy sposób realizacji zamówienia. Stoimy na stanowisku, że z uwagi na brak powiązania kontestowanego żądania z opisem przedmiotu zamówienia, koniecznym jest uznanie, że wymóg ten jako nieproporcjonalny i ograniczający konkurencję powinien zostać usunięty. W sprawach warunków udziału oraz ich proporcjonalności do przedmiotu zamówienia wielokrotnie wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (tak TSUE w wyroku z 16 września 1999 r., C-414/97). Podnoszone wymagania SIWZ testu tego pozytywnie przejść nie może. Komparacja zapisu warunku z OPZ wniosek ten w sposób jednoznaczny potwierdza. Zamawiający powinien był zadbać o to, aby sformułowane warunki udziału w postępowaniu były do przedmiotu zamówienia proporcjonalne, czego jednakże nie uczynił. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a Pzp.

2. Zarzut nr 2, naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc na skutek zaniechania przez Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie możliwości zmian częstotliwości odbiorów odpadów, co nie będzie traktowane jako zmiana umowy, na skutek czego wykonawcy nie posiadają możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty, zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym bowiem przy stałej ilości odpadów do odbioru, nastąpić może wymuszenie na wykonawcy ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmiennej kwocie kontraktowej.

W Rozdziale III ust. 4 pkt 6) SIWZ Zamawiający zapisał, *6) Zamawiający zastrzegą sobie możliwość zmiany częstotliwości odbierania odpadów komunalnych przez Wykonawcę w tym m.in. w związku z zmianą Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Blachownia oraz Uchwały w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów. Zmiana częstotliwości odbierania odpadów nie zmienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Odwołujący podnosi, że częstotliwość odbierania odpadów jest jednym z głównych czynników cenotwórczych gdyż determinuje całokształt działań organizacyjno – logistycznych wykonawcy. Wpływa na konieczną do skierowania

liczbę pojazdów i osób ich obsługi.

Częstotliwość odbioru powinna być stała, zaś w przypadku jej zmiany, Zamawiający powinien ustalić mechanizm przeliczenia kosztów odbioru odpadów na nowo. W obecnym stanie sprawy, Zamawiający usiłuje przerzucić możliwe zwiększenie kosztów na wykonawców odbierając możliwość rzetelnego wyliczenia ceny oferty i narażając na ponoszenie w przyszłości strat z tego tytułu.

W obecnym brzmieniu, zapis W Rozdziale III ust. 4 pkt 6) SIWZ jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów. Zamawiający kształtuje treść stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego nadużywając swojej pozycji jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym.

Wykonawca, który chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu znajduje się pod przymusem przyjęcia na siebie wyłącznego ryzyka pogorszenia się rzeczywistych warunków realizacji umowy w jej toku, na szkodę wykonawcy, przy jednoczesnym zagrożeniu sankcjami w postaci kar umownych oraz skutkującego na przyszłość wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy. Konkurujący w postępowaniu wykonawca, jest zmuszony do kalkulacji ceny przy zastosowaniu minimalnych marż. W takiej sytuacji, każdy niekontrolowanych przez wykonawcę wzrost kosztów, może prowadzić do strat w działalności takiego wykonawcy. Powyższe zaburza w sposób niedozwolony równowagę stron umowy. Zamawiający nie ma prawa doprowadzać drugiej strony stosunku obligacyjnego do niekorzystnego rozporządzenia jej majątkiem w sposób wyrządzający szkodę. Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony gdyż narusza zasady współzycia społecznego. Zamawiający powinien zatem wykreślić zapis Rozdziału III ust. 4 pkt 6) SIWZ albo dopuścić zmianę umowy w przedmiotowym zakresie, uwzględniając ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych w zmienionych warunkach realizacji umowy. W obecnym kształcie SIWZ narusza art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc

3. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc na skutek zaniechania czynności Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania worków dla mieszkańców wg zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, przy braku w SIWZ określenia maksymalnej liczby worków jaką należy zabezpieczyć co uniemożliwia rzetelną kalkulację kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania dla mieszkańców worków na odpady, według zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, w sytuacji braku ustalenia w SIWZ ich maksymalnej liczby.

W Rozdziale III ust. 5 pkt 3) SIWZ Zamawiający zapisał, 3) (...) *Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie wymagane są z uwagi na zgłaszane przez właścicieli nieruchomości potrzeby i oczekiwania.*

Odwołujący podnosi, że liczba worków powinna być ściśle powiązana z liczbą odbiorów odpadów od konkretnego wytwórcy (mieszkańca). W Rozdziale III ust. 5 pkt 3) SIWZ z roku 2019 Zamawiający zastosował logiczny zapis:

Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie zostały wystawione przez właścicieli nieruchomości.

Zapis ten zapewniał symetryczne do zużycia i płynne zaopatrzenie mieszkańców w odpowiednie worki, nie narażając wykonawcy w żadnym stopniu na straty z tego tytułu. Liczbę worków można bowiem wyliczyć na podstawie liczby kursów do danego mieszkańca.

W obecnym stanie sprawy, wykonawca nie posiada żadnej możliwości ustalenia, ile worków będzie zobowiązany w rzeczywistości dostarczyć. Powstała asymetria informacji uderza wprost w wykonawcę. Nie posiada on odpowiedniej wiedzy dla rzetelnego wyliczenia ceny oferty i jest narażony na konieczność świadczenia całkowicie życzeniowej liczby worków.

Zamawiający powinien ustalić w sposób jednoznaczny i wyczerpujący mechanizm przekazywania skończonej i znanej w chwili składania oferty liczby worków, albo poprzez wskazanie w treści oferty ceny jednostkowej worka, ustalić mechanizm zapłaty za dodatkowe worki. W obecnym stanie sprawy, Zamawiający usiłuje przerzucić możliwe zwiększenie kosztów na wykonawców odbierając możliwość rzetelnego wyliczenia ceny oferty i narażając na ponoszenie w przyszłości strat z tego tytułu.

W obecnym brzmieniu, zapis W Rozdziale III ust. 5 pkt 3) SIWZ jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów. Zamawiający kształtuje treść stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego nadużywając swojej pozycji jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym.

Wykonawca, który chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu znajduje się pod przymusem przyjęcia na siebie wyłącznego ryzyka pogorszenia się rzeczywistych warunków realizacji umowy w jej toku, na szkodę wykonawcy, przy jednoczesnym zagrożeniu sankcjami w postaci kar umownych oraz skutkującego na przyszłość wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy. Konkurujący w postępowaniu wykonawca, jest zmuszony do kalkulacji ceny przy zastosowaniu minimalnych marż. W takiej sytuacji, każdy niekontrolowanych przez wykonawcę wzrost kosztów, może prowadzić do strat w działalności takiego wykonawcy. Powyższe zaburza w sposób niedozwolony równowagę stron umowy. Zamawiający nie ma prawa doprowadzać drugiej strony stosunku obligacyjnego do niekorzystnego rozporządzenia jej majątkiem w sposób wyrządzający szkodę. Takie działanie Zamawiającego nie korzysta z ochrony gdyż narusza zasady współzycia społecznego.

Zamawiający powinien zatem wykreślić obecny zapis Rozdziału III ust. 5 pkt 3) SIWZ wprowadzając w jego miejsce zapis istniejący w SIWZ w roku 2019 mówiący, że Wykonawca zobowiązany jest do zostawiania worków w takich kolorach i ilościach, jakie zostały wystawione przez właścicieli nieruchomości. albo wprowadzić pozycję wyceny pojedynczego worka ponad liczbę równą liczbie odbiorów odpadów dla każdej frakcji albo dopuścić zmianę umowy w przedmiotowym zakresie, uwzględniając ściśle dostosowanie ceny do kosztów ponoszonych do zmienionych warunków realizacji umowy. W wyroku z dnia 8 października 2018 roku, wydanym w połączonych sprawach o sygnaturach akt: KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła: Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Istotność opisu przedmiotu zamówienia jako obligatoryjnego element każdej

specyfikacji wynika z jego wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przejawia się w tym, że to na podstawie jego treści wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia przygotowują oferty. W związku z tym Zamawiający jako podmiot zobowiązany do opisania przedmiotu zamówienia powinien sporządzić go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp oznacza to, że na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisu wystarczająco precyzyjnych, szczegółowych i zrozumiałych określeń. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać pełen katalog informacji w zakresie rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację, ponieważ jest on podstawą służącą obliczenia ceny za wykonanie zamówienia. Stwierdził, że: „Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 Pzp i stanowi podstawę do wniesienia przez wykonawcę odwołania. W jednym z wyroków KIO wskazała, że obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO z 18.5.2015 r., KIO 897/15, Legalis)”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający podał co prawda w SIWZ szacunkowe dane ilościowe, pozwalające na ustalenie podstawowej, bazowej liczby worków, nie podał jednak granic liczbowych możliwych żądań mieszkańców pozostawiając całe ryzyko w tym zakresie po stronie wykonawców. Bez wątplenia informacja w zakresie maksymalnej liczby oraz pojemności worków z podziałem na frakcje, jakie będzie zobowiązany dostarczyć wykonawca w toku realizacji przedmiotu zamówienia jest informacją niezwykle istotną z punktu widzenia wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, z uwagi na jej znaczący wpływ na ukształtowanie ceny ofertowej. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że brak powyższych informacji uniemożliwia wykonawcy należyte oszacowanie kosztów z związanych z realizacją tego elementu przedmiotu zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a także może prowadzić do nieporównywalności ofert. Konsekwencją powyższego jest naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc.

4. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 2 „Termin płatności” oraz ustalenie sposobu ceny ofert w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert.

W Rozdziale XV ust. 1 SIWZ, Zamawiający opisał sposób oceny w ramach kryterium nr 2 kryterium termin płatności – waga kryterium 20 %

b) kryterium termin płatności wynagrodzenia wykonawcy – waga kryterium : 20 %

0-5 punktów gdzie punkty przyznaje się na poniższych zasadach

0 punktów - termin płatności wynoszący dwadzieścia jeden (21) dni od dnia doręczenia zamawiającemu faktury wystawionej przez wykonawcę w sposób prawidłowy oraz zgodny z umową

20 punktów - termin płatności wynoszący trzydzieści (30) dni od dnia doręczenia zamawiającemu faktury wystawionej przez wykonawcę w sposób prawidłowy oraz zgodny z umową.

Zauważył, Zamawiający różnicuje o 20 punktów dziewięć dni różnicy w terminie płatności. Oznacza to, że Zamawiający jest gotów zapłacić o około ¼ wyższą cenę za możliwość opłacania wystawionych faktur o dziewięć (9) dni później. Aby uzyskać taką samą punktację łączną, przy cenie jednej oferty wynoszącej przykładowo 1 000 000 zł, przy 30 dniowym terminie płatności, w drugiej ofercie, w której termin płatności wyniósłby dni 30, cena musiałaby być niższa aż o 250 000 zł. Kryterium takie jako nieracjonalne i sprzeczne z istotą ustalania pozacenowych kryteriów oceny ofert powinno zostać zmienione lub usunięte. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała stanowisko w przedmiotowej kwestii W wyroku z dnia 14 sierpnia 2013 r. (sygn. akt KIO 1819/13, KIO 1935/13, KIO 1839/13), Izba stwierdziła m.in., iż:

-"obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z należytą starannością oznacza m.in. takie kształtowanie procesu szeroko pojętego udzielania zamówienia publicznego, aby było ono konkurencyjne w możliwie największym stopniu."

-"ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania. Opis kryteriów oceny ofert oraz opis sposobu oceny ofert, zgodnie z zasadą określoną w art. 7 ust. 1 Pzp musi zapewniać obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej."

-"poza cenowe kryteria oceny ofert wymagają szczegółowego opisu sposobu oceny ofert z uwzględnieniem specyfiki i uwarunkowań konkretnego przedmiotu zamówienia, tak aby nie pozwalały na dowolność interpretacyjną." Zamawiający naruszył zatem Art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp.

5. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 3 „ochrona środowiska” punktacji z tytułu posiadania floty pojazdów spełniających normę spalania spalania EURO 4 co powoduje, że kryterium jest pozorne, gdyż pozostaje bez związku z możliwością chronienia środowiska bowiem pojazdy spełniające tę normę są obecnie jedynie tolerowane w transporcie kołowym zaś powszechnym jest spełnianie normy EURO 5 oraz normy EURO 6;

W Rozdziale XV ust. 1 SIWZ, Zamawiający opisał sposób oceny w ramach kryterium nr 3 kryterium ochrona środowiska – waga kryterium 20 %. Zamawiający przyzna punkty w niniejszym kryterium oceny ofert za pojazdy spełniające normę emisji spalin za pomocą, których Wykonawca będzie realizował zamówienie. Wykonawca wykazuje pojazdy spełniające warunki emisji spalin określone dla normy EURO 4 lub wyżej otrzyma punkty w następujący sposób:

0 punktów – Wykonawca nie dysponuje takimi pojazdami

10 punktów – Wykonawca dysponuje 1-4 takimi pojazdami

20 punktów – Wykonawca dysponuje 5 i więcej takimi pojazdami

Odwołujący podnosi, że kryterium to promuje punktami wykonawców, dysponującymi znaczną liczbą przestarzałych pojazdów z silnikiem wysokoprężnym, spełniających normę spalania EURO 4, wprowadzoną w roku

2006. W roku 2011 (1 stycznia) wprowadzono normę spalania EURO 5. We wrześniu roku 2015, wprowadzono normę spalania EURO 6.

Nie ulega wątpliwości, że w obecnym kształcie omawianego kryterium, Zamawiający nie ma możliwości uzyskania obiektywnie dostępnego efektu ekologicznego. Punktując dysponowanie pojazdami, które ze względów ekologicznych nie mogą być rejestrowane, to znaczy dopuszczane do ruchu, Zamawiający nie tylko doprowadza do wypłaszczenia kryterium oceny ofert o wagę 20% szkodliwego kryterium, ale promuje dysponowanie przestarzałymi, nie ekologicznymi i niedopuszczanymi do ruchu pojazdami.

Zamawiający poprzez omawiane kryterium, nie tylko że nie zapewnia i nie promuje rozwiązań proekologicznych, ale przede wszystkim zabezpiecza interesy wykonawców posiadających przestarzałą flotę pojazdów, którzy nie inwestując w nowoczesne, proekologiczne rozwiązania napędów pojazdów, zyskują większe szanse w relacji do wykonawców na dokonujących bieżącego odświeżania floty pojazdów, wprowadzając do niej samochody napędzane nowoczesnymi jednostkami spełniającymi normy spalania EURO 5 i EURO 6 jak również paliwami alternatywnymi i prądem elektrycznym. Powyższe nie może być odczytywane inaczej, jak naruszenie przepisów ustawy wskazanych w treści zarzutów.

W rozstrzygnięciu powyższego pomocne mogą być tezy zawarte w wyroku z dnia 8 października 2018 roku, wydanym w połączonych sprawach o sygnaturach akt: KIO 1878/18, KIO 1879/18, KIO 1880/18. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła:

Wprowadzenie aspektów środowiskowych jako kryteriów oceny ofert miało na celu ograniczenie lub uniknięcie degradacji środowiska naturalnego, a tam, gdzie to możliwe, również jego poprawę, poprzez redukcję emisji CO₂, zmniejszenie hałasu czy też zmniejszenie ilości substancji szkodliwych, jakie mogą być emitowane do środowiska. Kryteria te wpisują się w obowiązujące na obszarze Unii Europejskiej przepisy, dotyczące ochrony środowiska, które stają się coraz bardziej rygorystyczne w zakresie norm wielkości emisji pojazdów. Obowiązkowe stosowanie określonych norm w wyżej wskazanych obszarach nie stoi na przeszkodzie formułowaniu przez Zamawiających wyższych wymagań niż przewidują to normy i uwzględniać czynniki oddziaływania na środowisko w ramach powyższego kryterium jako podstawę do oceny ofert. Stosowanie kryteriów oceny ofert uwzględniających czynniki oddziaływania na środowisko przy zakupie pojazdów transportu drogowego w systemie prawa polskiego jest już obowiązkowe („Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie” pod redakcją Jacka Sadowego – Prezesa UZP, Warszawa 2011, s. 24). Uwzględniając powyższą argumentację Izba doszła do przekonania, że Zamawiający był uprawniony do ustanowienia w ramach kryterium oceny ofert kryterium środowiskowego przy uwzględnieniu norm emisji spalin Euro 6 i Euro 5 oraz zróżnicowanie rodzaju zasilania pojazdu. W omawianym zakresie Izba uznała za wiarygodną i przekonującą argumentację Zamawiającego, która została poparta rzetelnymi dowodami z publikacji i opracowań naukowych, w których podano m. in.: *„Podstawowymi kryteriami środowiskowymi, jakimi powinno się kierować przy wyborze pojazdów w ramach przetargów publicznych jest emisja zanieczyszczeń, której poziom zależy bezpośrednio od rodzaju i ilości zużywanego paliwa. Szereg rozwiązań technicznych takich jak np. filtry, może zmniejszyć ilość zanieczyszczeń wydostających się z pojazdu na zewnątrz, do środowiska. Dla pojazdów obsługujących komunikację publiczną należy przy definiowaniu powyższych kryteriów uwzględniać również zależności powyższych parametrów od stopnia załadunku pojazdu i natężenia ruchu w czasie jazdy. Natężenie ruchu należy przeanalizować w trzech wariantach wskaźnika: w cyklu miejskim, w cyklu pozamiejskim oraz w cyklu mieszanym. Należy przy tym nadać odpowiednią wagę wskaźnikowi, który obrazuje główne przeznaczenie pojazdu (czy jest to pojazd wykorzystywany w mieście, czy częściej porusza się w cyklu pozamiejskim). Pozwoli to uniknąć sytuacji, w której średnia wartość zużycia paliwa nie pozwala w sposób jednoznaczny wyróżnić pojazdu o bardziej ekonomicznych parametrach zużycia paliwa. Euro IV i Euro V są to normy redukcji emisji zanieczyszczeń, ustanowione dla pojazdów przez Unię Europejską. Objęte regulacjami zostały substancje takie jak: tlenki azotu (NO_x), cząstki pyłu zawieszonego (PM), węglowodory niemetalowe (HC) oraz tlenek węgla (CO). Jako wymaganie minimalne należy przyjąć EURO IV, a dodatkowo premiovac pojazdy spełniające jeszcze bardziej restrykcyjne normy emisji spalin’.* W aspekcie emitowanych zanieczyszczeń oraz źródła hałasu Izba uznała za trafne porównanie pojazdów odbierających odpady do autobusów miejskich, ponieważ pojazdy odbierające odpady podobnie jak autobusy miejskie realizują określoną „trasówkę” zatrzymując się dosyć często, czy to przy pojemnikach na śmieci czy na przystankach autobusowych, wytwarzając przy tym określony poziom hałasu. Tym samym Izba uznała za zasadne posługiwanie się przez Zamawiającego opracowaniem KAPE, dotyczącym propozycji kryteriów środowiskowych przy formułowaniu specyfikacji na potrzeby zamówień publicznych, w który dla pojazdów takich jak autobus (str. 93) przy kryteriach środowiskowych podano, że można ustanowić jako obowiązkowe lub dodatkowe kryterium związane z wykorzystaniem paliw alternatywnych. Również analiza zawarta w opracowaniu pn. *„Porównanie kosztów cyklu życia autobusów miejskich z napędami konwencjonalnymi i alternatywnymi”* zawiera porównanie poziomów emisji substancji szkodliwych w fazie użytkowania pojazdów. Zawarte w niej wnioski wpisują się w słuszną argumentację Zamawiającego, który twierdził, że rodzaj zastosowanego zasilania pojazdu jest ściśle związany ze emisją określonego poziomu substancji szkodliwych tj. tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także wytwarzanie hałasu, co bez wątpienia ma bezpośredni i negatywny wpływ na środowisko naturalne. W kontekście powyższego na uwagę zasługuje również treść pracy doktorskiej K. Ł., w której autor, podpierając się konkretnymi źródłami naukowymi, stwierdził, że: *„W porównaniu z benzyną i olejem napędowym zastosowanie do napędu pojazdów gazu ziemnego powoduje znaczne zmniejszenie ilości emitowanych substancji szkodliwych a nawet całkowite wyeliminowanie niektórych z nich. Warto zauważyć znaczne obniżenie emisji podstawowego produktu spalania, jakim jest dwutlenek węgla w porównaniu do pozostałych paliw, z powodu niskiego stosunku węgla pierwiastkowego do wodoru w gazie ziemnym, oszacowanego na 0,255. Gaz ziemny jest paliwem spełniającym wszystkie poziomy zanieczyszczeń wymagane w Europie i zapisywane w kolejnych rygorystycznych normach od Euro 2 do Euro 6, które ograniczają dopuszczalną emisję drogową substancji szkodliwych pochodzących z pojazdów samochodowych. Kolejnym aspektem ekologicznym stosowania gazu ziemnego, jako paliwa do pojazdów jest zmniejszenie drgań i głośności pracy silnika przeciętnie o kilka decybeli, co znacznie zwiększa komfort jazdy”.* W opozycji do treści wskazanych powyżej dowodów, przedstawionych przez Zamawiającego stoją twierdzenia Odwołującego, który twierdził, że Zamawiający konstruując postanowienia SIWZ w zakresie kryterium środowiskowego powinien oprzeć się jedynie na spełnieniu wymagań dotyczących norm Euro 6 i Euro 5 pomijając całkowicie kwestię zasilania pojazdów. Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego Izba wskazuje, że opracowanie własne Odwołującego odnosi się jedynie do zaledwie kilku przykładowych pojazdów, dlatego też dowód ten nie może być uznany za miarodajny w kontekście generalnej reguły. Analogiczną argumentację należy również zastosować do dowodu w postaci prezentacji Z. Ch. pn. *„EURO VI Teraźniejszości przyszłość silników spalinowych do ciężkich pojazdów samochodowych”.* Kolejną kwestią, stanowiącą przedmiot rozpoznania Izby była prawidłowość skonstruowania przez

Zamawiającego kryterium środowiskowego w aspekcie możliwości wypełnienia stawianego jemu celu oraz możliwości uzyskania określonej liczby punktów przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Analiza przytoczonego powyżej opisu kryterium środowiskowego doprowadziła Izbę do wniosku, że zarzuty zgłoszone przez Odwołującego w tym zakresie należy uznać za uzasadnione. W ocenie Izby opis i sposób punktacji kryterium środowiskowego dokonany przez Zamawiającego nie pozwala na osiągnięcie celu jaki postawił Zamawiający przed owym kryterium. Otóż przypomnieć należy, że Zamawiający w specyfikacji wskazał, że celem wprowadzenia ww. kryterium jest ograniczenie negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne. Ograniczenie to obejmuje emisję szkodliwych substancji takich jak tlenek węgla, tlenki azotu, węglowodory oraz cząstki stałe a także ograniczenie hałasu. (...) Izba stwierdziła, że skonstruowane przez Zamawiającego kryterium środowiskowe w zakreślonych powyżej ramach jest wadliwe, co przesądza o zasadności zgłoszonych zarzutów i konieczności zmiany specyfikacji w pkt 27.3 kryterium środowiskowe, przez zmianę opisu przyznawania punktów, umożliwiającą Zamawiającemu osiągnięcie zamierzonego celu ograniczenia negatywnego wpływu transportu odpadów na środowisko naturalne i jednocześnie gwarantującą możliwość uzyskania punktów wykonawcom, którzy będą chcieli skierować do realizacji pojazdy zasilane gazem ziemnym lub biogazem, skroplonym gazem etanolem, wodorem lub hybrydowym, których obecnie nie posiadają. (koniec cytatu). Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp

6. Zarzut naruszenia Art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzpw zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezywnym, na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego;

Katalog kar umownych został zamieszczony przez Zamawiającego w § 15 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ. W ustępie 3 Zamawiający zapisał, że kary umowne podlegają sumowaniu. Zamawiający nie ustalił jednakże górnej wysokości zsumowanych kar umownych. Tęgo rodzaju zapis może prowadzić do nieograniczonego w czasie i wysokości zaspokajania pieniężnego Zamawiającego ze szkodą dla Wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z naturą i funkcją kar umownych. Zarzuty Odwołującego znajdują wsparcie w jednolitym poglądzie judykatury. Sąd Najwyższy w Wyroku z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14 orzekł, że: „*Brak określenia w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 KC wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.*”

Podobnie Sa Okręgowy w Poznaniu w Wyroku z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. I C 87/16 orzekł: „*Sąd rozpoznający niniejszą sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14), zgodnie z którym nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych, ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.*”

Także Sąd Okręgowy w Łodzi w Wyroku z dnia 22 listopada 2018 roku, sygn. XIII Ga 642/18: Zapis nie wskazujący ani maksymalnej wysokości kary umownej, ani ostatecznego terminu, do którego jest naliczana, nie spełnia warunku wskazania określonej sumy, co czyni zapis § 8 ust. 1 pkt 1.1 umowy bezwzględnie nieważnym (art. 58 § 1 k.c.). Nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Nie wprowadzenie zapisów odnośnie maksymalnej wysokości wszystkich zsumowanych kar umownych stanowi przykład rażącego naruszenia zasad współżycia społecznego poprzez dążenie do pozbawienia Wykonawcy należnego wynagrodzenia. Ocena powyższych zarzutów sprawia, że sprawą zupełnie jasną jest, że Zamawiający dąży do zaspokojenia swoich potrzeb finansowych poprzez pozbawienie Wykonawcy należnego wynagrodzenia. Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zamówienia a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia. (por KIO 1519/15)

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącym przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych, wskazał, iż „*kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przynajmniej mu korzystać majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela*”. Działanie Zamawiającego w sposób znaczący utrudniające Nam obecnie możliwości skutecznego złożenia oferty jako zmierzające wprost do obejścia powszechnie obowiązujących norm współżycia społecznego nie może korzystać z ochrony. Tak bowiem stanowi przepis art. 5 kc, który poprzez art. 14 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie. W piśmiennictwie i orzecznictwie wskazuje się, że funkcją art. 5 kc jest zapobieganie stosowaniu prawa w sposób, który ma na celu wywarcie skutków niemoralnych, albo rozmiągających się zasadniczo z celem, dla którego dane prawo było ustanowione. Potrzebę istnienia w systemie prawa klauzul generalnych tłumaczy się tym, iż brak takich klauzul mógłby prowadzić do rozstrzygnięć formalnie zgodnych z prawem, ale w konkretnych sytuacjach niesłusznym, ponieważ nieuwzględniających w rozstrzyganych przypadkach uniwersalnych wartości składających się na pojęcie sprawiedliwości nie tylko formalnej lecz i materialnej. Zważyć bowiem należy, że w przedmiotowej sprawie, powoływanie się na prawo podmiotowe nie

stanowi jego wykonywania, lecz jego nadużywanie, które nie jest społecznie aprobowalne i w związku z tym nie korzysta z ochrony. Wprowadzając do Wzoru umowy podniesione zapisy § 15 ust 3 przy jednoczesnym braku ustalenia maksymalnej wysokości zsumowanych kar umownych ani okresu ich naliczania, Zamawiający naruszył dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym naruszając Art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc

7. Zarzut naruszenia Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z Art. 491. § 1. oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów to jest ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek ustalenia w treści Wzoru umowy, podstawy odstąpienia od umowy bez ustalenia liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy co daje Zamawiającemu dowolność wyboru okoliczności odstąpienia nawet po jednym nieodebranych pojemniku albo rezygnacji z odstąpienia nawet przy wielokrotnie powtarzających się przypadkach nienależytego wykonania umowy. W § 16 Wzoru umowy, Zamawiający opisał okoliczności i zasady odstąpienia od umowy.

„§ 16

1. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy w szczególności w sposób niezgodny z umową i SIWZ.

2. W przypadku nierealizowania umowy lub w przypadku jej nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dowiedzenia się o okoliczności uzasadniających odstąpienie.

3. Ponadto Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli poweźmie wiadomość o tym, że:

a) Wykonawca utracił uprawnienia do wykonywania przedmiotu umowy wynikające z przepisów szczególnych,

b) nie rozpoczął wykonywania usług objętych umową z dniem 01.01.2021 r.,

c) zaniechał realizacji umowy i nie podejmuje czynności pomimo pisemnego wezwania,

d) pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego nie wykonuje usługi zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne.

4. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania usługi Zamawiający wezwie Wykonawcę do wykonania lub należytego wykonania usługi i wyznaczy w tym celu odpowiedni termin. (...).”

W treści przytoczonych zapisów Zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych okoliczności, po zaistnieniu których Zamawiający na pewno odstąpi od umowy. Pozostawia sobie swobodę wyboru, co konkretnie uzna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy upoważniające do wdrożenia zapisów § 16 ust. 1, a także samą decyzję o odstąpieniu od umowy. Nie wskazuje, że np. trzykrotne nieodebranie pojemników z jednej posesji spowoduje wdrożenie procedury opisanej w § 16 ust. 4 umowy. Brak jasnego powiązania zapisów ust. 1 z następnymi poprzez wprowadzenie zastrzeżenia jego zastosowania od spełnienia zapisów ust. 2-4. Odwołujący podnosił, że Art. 491. § 1 kc w sposób wyraźny wiąże uprawnienie odstąpienia ze zwłoką w wykonaniu zobowiązania z umowy. Zatem to nie kwotowa wielkość naliczonych już kar umownych jest czynnikiem uprawniającym Zamawiającego do odstąpienia. Zapisy § 15 Wzoru umowy stanowią kolejny już przejaw stosowania prawa w sposób, który ma na celu wywarcie skutków niemoralnych, albo rozmiągających się zasadniczo z celem, dla którego dane prawo było ustanowione. Narusza zatem przepis art. 5 kc. Wprowadzając do Wzoru umowy podniesione zapisy § 16, Zamawiający naruszył dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym naruszając Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z Art. 491. § 1. oraz w zw. z art. 5 kc. Zamawiający powinien opisać szczegółowo okoliczności odstąpienia od umowy.

Zamawiający w dniu 18.11.2020 r. (na stronie internetowej Zamawiającego) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (tylko Odwołujący obecny na posiedzeniu i rozprawie) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ. Jednocześnie, Izba nie widzi podstaw do odrzucenia odwołania z racji złożenia odwołania przez podmiot nieuprawniony, z uwagi na brak szkody w wyniku naruszeń Zamawiającego. Po pierwsze, dlatego że kwestia szkody dotyczy interes w uzyskaniu zamówienia i jako taka ma charakter materialno – prawny i ulega rozpatrzeniu na rozprawie, a nie posiedzeniu, po drugie Wykonawca jest podmiotem uprawnionym, który zamierza złożyć ofertę. W takiej sytuacji kwestia interesu jest rozumiana szeroko, gdyż dotyczy postanowień SIWZ.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia Odwołującego (tylko Odwołujący obecny na posiedzeniu i rozprawie) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 a Pzp poprzez żądaniu wykazania się dysponowaniem pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów w sytuacji, gdy dysponowanie takim pojazdem nie jest konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś postawione żądanie uniemożliwia skuteczne konkutowanie w postępowaniu faworyzując

konkretnych wykonawców co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

2) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc na skutek zaniechania przez Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie możliwości zmian częstotliwości odbiorów odpadów, co nie będzie traktowane jako zmiana umowy, na skutek czego wykonawcy nie posiadają możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty, zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym bowiem przy stałej ilości odpadów do odbioru, nastąpić może wymuszenie na wykonawcy ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmiennym kwocie kontraktowej;

3) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc na skutek zaniechania czynności Zamawiającego, dokonania dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający na przygotowanie oferty poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania worków dla mieszkańców wg zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, przy braku w SIWZ określenia maksymalnej liczby worków jaką należy zabezpieczyć co uniemożliwia rzetelną kalkulację kosztów odbioru odpadów a co za tym idzie ceny oferty zaś w obecnym brzmieniu jest postanowieniem wykraczającym poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym poprzez narzucenie obowiązku pozostawiania dla mieszkańców worków na odpady, według zgłaszanych przez nich potrzeb i oczekiwań, w sytuacji braku ustalenia w SIWZ ich maksymalnej liczby;

4) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 2 „Termin płatności” oraz ustalenie sposobu ceny ofert w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert;

5) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez ustalenie kryterium oceny ofert nr 3 „ochrona środowiska” punktacji z tytułu posiadania floty pojazdów spełniających normę spalania EURO 4 co powoduje, że kryterium jest pozorne, gdyż pozostaje bez związku z możliwością chronienia środowiska bowiem pojazdy spełniające tę normę są obecnie jedynie tolerowane w transporcie kołowym zaś powszechnym jest spełnianie normy EURO 5 oraz normy EURO 6;

6) Art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353¹ kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek wprowadzenia w treści Wzoru umowy, nadmiernie sztywnego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego;

7) Art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z Art. 491. § 1. oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów to jest ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, na skutek ustalenia w treści Wzoru umowy, podstawy odstąpienia od umowy bez ustalenia liczby oraz zakresu przypadków nienależytego wykonania umowy co daje Zamawiającemu dowolność wyboru okoliczności odstąpienia nawet po jednym nieodebranych pojemniku albo rezygnacji z odstąpienia nawet przy wielokrotnie powtarzających się przypadkach nienależytego wykonania umowy.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Dodatkowo wyjaśnić i zmian postanowień SIWZ z 24.11.2020 r. (wyjaśnienia nr I oraz wyjaśnienia nr II). W szczególności przywołane w treści odwołania postanowienia SIWZ oraz treść wzoru umowy.

W ramach przesłanej w trakcie trwania posiedzenia odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że wnosi stosownie do zapisów art. 189 ust. 1 pkt 2 Pzp o odrzuceniu odwołania w całości. W przypadku nie podzielenia powyższego wnosil o oddalenie odwołania. Dodatkowo stwierdził, że: „Co do części uznajemy rozszczenie.

Ponadto odnosząc się oddzielnie do poszczególnych zarzutów zawartych w odwołaniu Wykonawcy stwierdzam, że: 1. W miejsko-wiejskiej Gminie Blachownia przeważająca większość dróg publicznych nie ma wydzielonego pasa dla ruchu pieszych, wobec czego osoby piesze poruszają się poboczami ulic. Ponadto wiele ulic nie posiada normatywnych szerokości pasa drogowego, a co za tym idzie wąskie jezdnie. Każde pojawienie się pojazdu wolnobieżnego, pojazdu o dużych gabarytach oraz zatrzymywanie się pojazdów z częściowym zajęciem jezdni powoduje zaburzenia w ruchu drogowym mogące stanowić realne niebezpieczeństwo dla innych użytkowników ruchu drogowego – zarówno pojazdów jak i pieszych. Wobec utraty świadomości mieszkańców faktu odbioru w ciągu jednego dnia odpadów w postaci: szkło, papier, metale, tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe Zamawiający uznał, iż zadysponowanie do odbioru tych frakcji śmieciarki trzykomorowej zminimalizuje utrudnienia w ruchu i potencjalne zagrożenia dla pojazdów i pieszych użytkowników ruchu drogowego. Problem ten nie dotyczy w równym stopniu zabudowy wielorodzinnej, w której odpady te są gromadzone w obrębie gniazd odpadowych.

W związku z zapytaniem jednego z Wykonawców o brzmieniu jak niżej:

„Zamawiający w Rozdziale VI pkt.3 SIWZ określił, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu konieczność dysponowania, co najmniej jednym pojazdem typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów. Powyższy warunek dotyczy dysponowaniem potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, którego niespełnienie skutkować będzie brakiem możliwości ubiegania się o zamówienie.” oraz jego stwierdzeniu, że żądanie posiadania takiego sprzętu będzie skutkowało wzrostem oferowanej ceny Zamawiający zdecydował o zmianie zapisów SIWZ w tym zakresie, po czym w dniu 24.11.2020r. poinformował Wykonawcę będącym autorem przedmiotowego pytania oraz wszystkich zainteresowanych Wykonawców (w tym odwołującego się do KIO), o treści jak niżej:

Zamawiający dokonuje modyfikacji SIWZ tj. Rozdział VI pkt. 3 lit. a, w następujący sposób: BYŁO:

a) dysponuje lub będzie dysponować w celu wykonania zamówienia samochodami specjalistycznymi i samochodem ciężarowym, spełniającymi wymagania techniczne określone przepisami ustawy prawo o ruchu drogowym oraz innymi przepisami szczególnymi, w ilości:

- co najmniej trzema pojazdami typu śmieciarka, przystosowanymi do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120l, 240l, 660l, 1100l,
- jeden pojazd typu śmieciarka małogabarytowa, przystosowana do odbioru odpadów z pojemników o pojemności 120l, 240l, 1100l, znajdujących się na posesjach o utrudnionym dojeździe w tym wąskich ograniczonych krawężnikami i chodnikami dojazdach lub ewentualnie mieć inne alternatywne środki techniczne umożliwiające odbiór odpadów komunalnych,
- co najmniej jeden pojazd przystosowany do odbierania odpadów wielkogabarytowych (samochód skrzyniowy),
- co najmniej jeden pojazd przystosowany do odbierania kontenerów typu KP3 i KP7,
- co najmniej jeden pojazd z urządzeniem HDS do odbioru worków typu „big-bag”.
- co najmniej jeden pojazd typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do SIWZ.

JEST:

a) dysponuje lub będzie dysponować w celu wykonania zamówienia samochodami specjalistycznymi i samochodem ciężarowym, spełniającymi wymagania techniczne określone przepisami ustawy prawo o ruchu drogowym oraz innymi przepisami szczególnymi, w ilości:

- co najmniej czterema pojazdami typu śmieciarka, przystosowanymi do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych z pojemników o pojemności 120l, 240l, 660l, 1100l,
- jeden pojazd typu śmieciarka małogabarytowa, przystosowana do odbioru odpadów z pojemników o pojemności 120l, 240l, 1100l, znajdujących się na posesjach o utrudnionym dojeździe w tym wąskich ograniczonych krawężnikami i chodnikami dojazdach lub ewentualnie mieć inne alternatywne środki techniczne umożliwiające odbiór odpadów komunalnych,
- co najmniej jeden pojazd przystosowany do odbierania odpadów wielkogabarytowych (samochód skrzyniowy),
- co najmniej jeden pojazd przystosowany do odbierania kontenerów typu KP3 i KP7,
- co najmniej jeden pojazd z urządzeniem HDS do odbioru worków typu „big-bag”. załącznik nr 5 do SIWZ.

Biorąc pod uwagę zawarty w postawionym pytaniu argument wzrostu proponowanej ceny usługi w stosunku do usługi realizowanej przy pomocy trzech różnych jednostek transportowych, Zamawiający skłonił się do wniosku o zmianę przedmiotowego wymogu, a co za tym idzie zmiany odpowiednich zapisów SIWZ. Podnieść jednak należy fakt, iż trzy jednostki w miejsce jednej skutkować będą dla Wykonawcy zwiększeniem kosztów stałych jak i zmiennych w postaci paliwa i wynagrodzenia i te właśnie elementy biorąc pod uwagę Zamawiający wskazał do realizacji tej części usługi śmieciarkę trzykomorową. Zmiana SIWZ w tym zakresie nie może skutkować kumulacją utrudnień w ruchu wynikającą z przemieszczania się trzech odrębnych jednostek transportowych i przedstawiony do zatwierdzenia projekt harmonogramu winien wskazywać rozwiązanie w postaci koniecznego rozśrodkowania jednostek transportowych w trakcie odbierania od właścicieli nieruchomości odpadów w postaci: szkło, papier, metale, tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe.

2. W rozdz. III pkt.4 ppkt. 6 SIWZ Zamawiający zastrzegł możliwość zmiany częstotliwości odbierania odpadów komunalnych w przypadku zmiany istniejących zapisów w obowiązujących w tym zakresie Gminie Blachownia przepisach miejscowych, zaś te muszą ewentualnie zaistnieć w przypadku zmian w przepisach ogólnie obowiązujących. Zarzut Wykonawcy „o możliwym wymuszeniu ponoszenia zwiększonych kosztów logistycznych i osobowych przy niezmiennej kwocie kontraktowej” stoi w jaskrawej sprzeczności z zapisami projektu umowy (zał. nr 6 do SIWZ), który w § 6 ust. 1-3 określa wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jako iloczyn ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i selektywnie zebranych oraz zaferowanych przez Wykonawcę cen jednostkowych za 1 Mg. Nie jest to w żadnej mierze umowa o charakterze ryczałtowym, a zatem zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów nie umniejsza w żadnym razie wynagrodzenia Wykonawcy. Ponadto w § 1 zawarto mechanizmy określające konkretną maksymalną ilość odpadów, co w przypadku przekroczenia tych wskazanych wielkości skutkować ma zmianą umowy.

Zatem zarzut odwołującego dotyczący braku dokonania dokładnego opisu przedmiotu zamówienia jest całkowicie chybiony jak również zarzuty o uniemożliwieniu uczciwej konkurencji.

3. W związku z zapytaniem jednego z Wykonawców o brzmieniu jak niżej:

„Kierując się dotychczasowym doświadczeniem Zamawiającego prosimy o podanie szacunkowej ilości worków do selektywnego zbierania odpadów w rozróżnieniu na zbierane frakcje niezbędnych do wyposażenia nieruchomości zamieszkałych w zabudowie jednorodzinnej wykorzystywanej w ciągu roku. Wiedza ta jest niezbędna do właściwej kalkulacji oferty”. Zamawiający przekazał informację o treści jak niżej:

„Biorąc pod uwagę ilości odebranych i zagospodarowanych w latach poprzedzających rok 2021 ilości odpadów selektywnie zebranych na terenie Gminy Blachownia Zamawiający podaje szacunkowe ilości worków w podziale na poszczególne frakcje odpadów:

Papier: 2200 szt. /mies. - 26400szt. rocznie

Szkło: 2800 szt. /mies. - 33600 szt. rocznie

Tworzywa sztuczne i metale: 6500szt./ mies. - 78000szt. rocznie

Biodopady: 5300szt. / mies. - 63600szt. rocznie”

Tym niemniej zważyć należy, iż niezależnie od wykazanych wyżej szacunkowych ilości w rozdz. III pkt. 7 tabela str. 11 SIWZ wykazano ilości poszczególnych typów odpadów komunalnych odebranych i zagospodarowanych w roku 2019r. oraz w ciągu 8 miesięcy roku 2020. Profesjonalny Wykonawca w oparciu o te dane z całą pewnością jest w stanie prawidłowo oszacować wymagane ilości worków zabezpieczające odbiór i zagospodarowanie całego strumienia odpadów komunalnych selektywnie zebranych na terenie Gminy Blachownia, zatem zarzut odwołującego o braku możliwości dokonania rzetelnej kalkulacji kosztów odbioru odpadów jest całkowicie chybiony.

4. Wykonawca podnosi, że kryterium „termin płatności” poprzez naruszenie wyartykułowanych przez niego w uzasadnieniu przepisów ustawy utrudniają uczciwą konkurencję oraz przesądzą o tym, że Zamawiający nie będzie wybierał oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zarzuty są ze wszech miar nieuzasadnione i całkowicie subiektywne, przy tym wynikające ze swobodnej i subiektywnej oceny Wykonawcy.

5. Wykonawca podnosi, że kryterium „ochrona środowiska” poprzez naruszenie wyartykułowanych przez niego w uzasadnieniu przepisów ustawy utrudniają uczciwą konkurencję oraz przesądzą o tym, że Zamawiający nie będzie wybierał oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zarzuty są ze wszech miar

nieuzasadnione i całkowicie subiektywne, przy tym wynikające ze swobodnej i subiektywnej oceny Wykonawcy. Ponadto niezrozumiałym jest dlaczego Wykonawca w swoim zarzucie zawartym w pkt. 1 zarzuca Wykonawcy nieproporcjonalność wobec wymogu z jego strony dyspensowania przez niego śmieciarką trzykomorową, podczas gdy w odniesieniu do kryterium dysponowania samochodami spełniającymi normę spalania Euro 4 domaga się daleko wyższych wymogów określonych normą Euro 5, a nawet Euro 6.

6. W niniejszym przypadku Zamawiający nie przewidział rażąco wysokich kar umownych. Przedmiot umowy jest niezwykle ważny z uwagi na bezpieczeństwo i musi być wykonany w sposób wskazany w umowie. Zabezpieczeniem należytego wykonania jest wprowadzenie kar umownych.

7. W niniejszym przypadku Zamawiający w sposób zgodny z kodeksem cywilnym przewidział zasady odstąpienia od umowy.

Wobec powyższych wyjaśnień oraz przepisu określonego w art. 171 ust. 1 „ustawy”, na podstawie którego wobec nie spełnienia przez wnoszącego odwołanie warunku poniesienia szkody w wyniku naruszeń Zamawiającego, które nie miały miejsca w żadnym z siedmiu nieprawdziwych zarzutów, wnoszę jak we wstępie - o odrzucenie odwołania w całości. Wypełnia to przesłanki art. 189 ust. 2 pkt.2 bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony”.

Odwołujący na posiedzeniu stwierdził, że: „W tym miejscu Odwołujący informuje, a zarazem oświadcza, że w związku z wyjaśnieniami z 24.11.2020r. i zmianą wykazu wymaganego sprzętu i skreśleniem z jego treści pojazdu typu śmieciarka trzykomorowa do segregacji odpadów uznaje, że Zamawiający dokonał oczekiwanej zmiany i wycofuje zarzut z tym związany, tj. zarzut numer 1”. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący podtrzymał wszystkie pozostałe zarzuty.

Jednocześnie w odniesieniu do odpowiedzi na odwołanie Odwołujący na rozprawie stwierdził co następuje:

„Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w zakresie zarzutu 2 dotyczącego częstotliwości odbioru odpadów wyjaśnia, co następuje. Po pierwsze kwestia ta jest dwójako opisywana przez Zamawiających, albo poprzez pojemniki np.: 1100L, do których może wejść od 100-300 kg odpadów zmieszanych lub poprzez masę odpadów. Wskazuje nadto, że przy obecnych postanowieniach SIWZ nie jest w stanie określić, jaki koszt będzie ewentualnie związany z koniecznością przewidzenia i wykonania dodatkowych liczby kursów względem tego, który wynika z harmogramu przy niezmienionej i przewidzianej przez Zamawiającego masie odpadów, nie wiadomo o ile i od kiedy ta częstotliwość uległaby zmianie np.: czy od połowy kontraktu, czy też nie ma postanowień, że ta wielkość nie zwiększyłaby się nie więcej niż 20% przy tej samej masie odpadów, co pozwoliłoby wykonawcy przewidzieć określony koszt, który by się z tym wiązał np.: o 1/5 wyżej ceny.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie zwraca uwagę na fragment: „Ponadto w § 1 zawarto mechanizmy określające konkretną maksymalną ilość odpadów, co w przypadku przekroczenia tych wskazanych wielkości skutkować ma zmianą umowy”. Wyjaśnia, że nie jest to równoznaczne z tym, że przy zmianie częstotliwości kursów zmienia się adekwatna liczba odpadów, gdyby takie sformułowanie znajdowało się w § 6 zarzut byłby bezprzedmiotowy.

W zakresie 3 zarzutu Odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko podkreślając, że obecne postanowienia są zbyt nieprecyzyjne i zestawiają zbyt daleko idącą swobodę, co do żądania ilości worków przez właścicieli nieruchomości, bardziej racjonalne byłyby postanowienia ubiegłoroczne określające, iż wykonawcy zobowiązani są dostarczyć tyle worków ile zostało zebranych z danej nieruchomości.

Odnosnie zaś danych historycznych przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak i w wyjaśnieniach z 24.11.2020r. są one znane Odwołującemu, jednakże nie zmieniają jego stanowiska w tej materii.

Podkreśla, że należałoby ewentualnie dodać, że właściciele nieruchomości są zobowiązani zostawiać otrzymane worki przy kolejnym terminie zbiórki tak, aby ograniczyć ich nieuzasadnioną akumulację.

W zakresie zarzutu dotyczącego terminu płatności stoi na stanowisku, że kryterium niniejsze ma charakter pozorny i winno zostać usunięte z postanowień SIWZ.

Odnosnie kryterium o charakterze ekologicznym podkreśla, że można zmienić jego wagę kosztem kryterium terminu płatności i dostosować tak, aby otrzymać realny efekt ekologiczny i w tym zakresie można kierować się sumarycznym śladem węglowym lub też innym sposobem wynikającym z poradnika dotyczącego kryterium poza cenowego. Jednocześnie podkreśla, że można wykorzystać gradację emisji, która wynika z norm europejskich Euro 4, 5, 6, a także - wyniku spalania gazu ziemnego w samochodach ciężkich

W zakresie zarzutu 6 podkreśla, iż wystarczyłoby jedynie umieszczenie w umowie stwierdzenia, iż łączna wysokość kar umownych nie przekroczy określonej kwoty lub procentu łącznego wynagrodzenia, który kształtuje się przeważnie na wysokości 20%.

W zakresie ostatniego zarzutu zwraca uwagę, że § 16 w dużej mierze jest skierowany tak jakby byłoby to świadczenie jednorazowe, a przedmiotowa realizacja zwiiera w sobie szereg mikrousług, dlatego Zamawiający winien określić, w jakim konkretnie wypadku będzie miało miejsce odstąpienie od umowy i po ilu razach takie odstąpienie byłoby dopuszczalne lub wymagalne.”

Izba odnie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut pierwszy z racji jego wycofania został umorzony przez Izbę i nie podlega rozpoznaniu. Należy jedynie zaznaczyć, że z racji charakteru dokonanej zmiany w SIWZ przez Zamawiającego w dniu 24.11.2020 r., co skutkowało wycofaniem zarzutu przez Odwołującego, Zamawiający winien adekwatnie dokonać stosownej zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za zasadny i w konsekwencji nakazała zmianę, jak w sentencji.

Izba rozumie i akceptuje przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie argumentacje oraz postanowienia wzoru umowy. Jednakże, jak trafnie zauważył Odwołujący podczas rozprawy odnosząc się do stwierdzenia: „Ponadto w § 1 zawarto mechanizmy określające konkretną maksymalną ilość odpadów, co w przypadku przekroczenia tych wskazanych wielkości skutkować ma zmianą umowy”, że nie jest to równoznaczne z tym, że przy zmianie częstotliwości kursów zmienia się adekwatna ilość odpadów, gdyby takie sformułowanie znajdowało się w § 6 zarzut byłby bezprzedmiotowy. W ocenie Izby, celem uniknięcia błędów interpretacyjnych konieczne jest doprecyzowanie w tym zakresie, stąd stosowny nakaz w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za zasadny i w konsekwencji nakazała zmianę, jak w sentencji.

Izba rozumie i akceptuje przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie argumentacje. Jednakże obecne postanowienia są zbyt nieprecyzyjne i pozostawiają zbyt daleko idącą swobodę, co do żądania ilości worków przez właścicieli nieruchomości, bardziej racjonalne są postanowienia ubiegłoroczne określające, iż wykonawcy zobowiązani są dostarczyć tyle worków ile zostało zebranych z danej nieruchomości. Dane historycznych przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jak i w wyjaśnieniach z 24.11.2020 r. były znane Odwołującemu, nie tego dotyczył zarzut. Chodziło bowiem o doprecyzowanie pozwalające na wymierne wyliczenie kosztów związanych z liczbą worków. Dane historyczne zaś odnosiły się do danych wcześniejszych, gdy obowiązywały inne zasady, do których Izba nakazuje powrócić. Pozostawienie zaskarżonych postanowień mogłoby doprowadzić do nieuzasadnionej akumulacji worków przez właścicieli nieruchomości, a co za tym idzie kosztów z tym związanych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego i piątego, Izba uznała w/w zarzut za zasadny i w konsekwencji nakazała zmianę, jak w sentencji.

Względem zarzutu czwartego, Izba podzieliła w całości argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu i uznaje ją za własną (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.”).

Względem zarzutu piątego podobnie, przy czym nakazując zmianę pozostawiła wybór Zamawiającego, co do sposobu zmiany. Można wskazać, ale jedynie przykładowo na następujące kryteria ekologiczne („POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT. Poradnik katalogiem dobrych praktyk”. Ver. 2.0.1, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2020 r.): „(…)”

Kryterium „Ekologia”

Zanieczyszczenie środowiska powodowane przez środki transportu stwarza istotne problemy. Przy udzielaniu zamówień publicznych należy troszczyć się o środowisko. Miernikiem stopnia zanieczyszczenia jest emisja zanieczyszczeń.

Kryterium takie może być stosowane również przy zakupie środków transportu oraz przy usługach odbioru odpadów.

Przykładowe fragmenty dokumentów zamówienia w zakresie podstaw oceny ofert oraz opisu kryterium

1. Opis sposobu przygotowania oferty

1.1. Wykonawca określi na Formularzu oferty:

1.1.1. Rodzaj i zużycie paliwa w litrach na jeden kilometr w cyklu łącznym [l/km], zmierzone wg procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych.

1.1.2. Wielkość emisji CO₂ wyrażoną w gramach na kilometr [g/km], zmierzona wg procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych w cyklu łącznym (wartość uśredniona).

1.1.3. Łączną wielkość emisji NO_x, THC, PM wyrażoną w miligramach na kilometr [mg/km], zmierzona wg procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych.

2. Opis kryteriów oceny ofert

2.1. W ramach kryterium „Ekologia” ocena ofert będzie dokonana na podstawie następujących zasad:

Podane przez wykonawców zużycie paliwa zostanie przeliczone na zużycie energii poprzez jego przemnożenie przez wartość energetyczną rodzaju paliwa, zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz.U. z 2011 r., Nr 96, poz. 559).

W zakresie każdego z czynników: zużycie energii, emisja CO₂ oraz łącznej emisji NO_x, THC, PM ocena zostanie dokonana odrębnie na podstawie wzoru:

..... (należy wskazać jeden ze wzorów do punktowania ofert w kryteriach wymiernych malejących).

Wagi poszczególnych czynników w ramach kryterium „Ekologia” zostaną przyjęte jak niżej:

• zużycie energii – ...%;

• emisja CO₂ – ...%;

• łączna emisja NO_x, THC, PM – ...%.

Kryteria oceny ofert na usługi odbioru odpadów

Dla zlecenia usług odbioru odpadów komunalnych wydaje się, że można wskazać kilka kryteriów, których stosowanie w przypadku tego rodzaju zamówień może przynieść korzyści społeczne lub środowiskowe.

Kryterium „Emisja spalin”

Emisja spalin to uproszczona metoda oceny przyjazności dla środowiska (kryterium „Ekologia”).

Kryterium może być stosowane do zakupu samochodów, usług transportowych i innych zamówień związanych z użytkowaniem pojazdów.

Przykładowe fragmenty dokumentów zamówienia w zakresie podstaw oceny ofert oraz opisu kryterium

1. Opis sposobu przygotowania oferty

1.1. Wykonawca określi na Formularzu oferty:

1.1.1. Normę emisji spalin do środowiska przez wszystkie pojazdy przewidziane do realizacji przedmiotu zamówienia.

2. Opis kryteriów oceny ofert

2.1. W ramach kryterium „Emisja spalin” ocena ofert będzie dokonana na podstawie następujących zasad:

• 1 pkt za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 4;

• 2 pkt za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 5;

• 3 pkt za każdy pojazd spełniający normę emisji spalin EURO 6 lub wyższą.

Punkty przyznane za wszystkie pojazdy zostaną zsumowane i podstawione do wzoru:

..... (należy wskazać jeden ze wzorów do punktowania ofert w kryteriach wymiernych rosnących).

Kryterium „Częstotliwość odbioru”

Wydaje się, że jakość usług odbioru odpadów z punktu widzenia mieszkańców powinno się mierzyć częstotliwością

odbioru. Ma to znaczenie przede wszystkim dla odbioru odpadów zmieszanych w okresie letnim oraz odpadów zielonych w okresie jesiennym, gdy odbiory raz na dwa tygodnie mogą nie być odpowiednie czy wystarczające. W takich sytuacjach można rozważyć promowanie odbiorów odpadów (bądź wybranych frakcji odpadów) z większą częstotliwością, np. raz na tydzień i punktować liczbę miesięcy w roku, w których wykonawca deklaruje ten sposób odbioru odpadów.

Przykładowe fragmenty dokumentów zamówienia w zakresie podstaw oceny ofert oraz opisu kryterium

1. Opis sposobu przygotowania oferty

1.1. Wykonawca określi na Formularzu oferty:

1.1.1. Liczbę miesięcy, w których wykonawca będzie świadczył usługę opróżniania pojemników (wszystkich lub wymienionych) z większą częstotliwością (np. raz na tydzień, jeśli wymagane jest raz na dwa tygodnie) przy założeniu następującej kolejności miesięcy: (np. odpady zmieszane w miesiącach maj-czerwiec, a odpady zielone w miesiącach październik-listopad).

2. Opis kryteriów oceny ofert

2.1. W ramach kryterium „Częstotliwość odbioru” ocena ofert będzie dokonana na podstawie następujących zasad:

Liczba miesięcy zostanie przeliczona na punkty według wzoru:

..... (należy wskazać jeden ze wzorów do punktowania ofert w kryteriach wymiernych rosnących). (....),

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu szóstego, Izba uznała w/w zarzut za zasadny i w konsekwencji nakazała zmianę, jak w sentencji.

W tym wypadku § 15 ust. 3 wzoru umowy pozbawiony jest górnej wysokości zsumowanych kar umownych. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę, że w nowej ustawie Pzp obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. – w art. 436 pkt 3 Pzp taki wymóg w kontekście umowy zawieranej w trybie Pzp został zamieszczony. Mimo, że nie określono danego pułapu, kwestia ta niewątpliwie musi zostać uregulowana w takiej umowie, co nie ma miejsca w aktualnym jej brzmieniu. Izba zauważa, że z „Raportu dotyczącego stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych”, przygotowanego przez UZP w 2018 roku, wynika że z kar umownych korzysta dwóch na trzech zamawiających. Wykonawcy są najczęściej karani za nieterminowość. W raporcie zauważono, że zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu siódmej, Izba uznała w/w zarzut za zasadny i w konsekwencji nakazała zmianę, jak w sentencji.

W tym zakresie, Izba nie przeczy argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie. Postanowienia są we wzorze umowy w § 16, jednakże obowiązujące postanowienia wzoru umowy są niejednoznaczne i winny zostać doprecyzowane w zakresie wynikającym z sentencji. W obecnym kształcie nie spełniałyby swojej roli.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....