

WYROK

z dnia 16 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawcę Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mierzęcice.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie III.1, III.2 lit. a oraz e,

III.4, III.5 lit. a, b, c, d, e, f, g, h oraz kpetitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1.1. wskazanie w rozdziale VII SIWZ, że dopuszczalną formą wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądź jest również wadium wniesione w oryginale w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

1.2. wykreślenie z załącznika nr 12 do SIWZ postanowień dotyczących podania przez wykonawcę zysku ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów i określenie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest podać cenę jednostkową netto i brutto za 1 Mg odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów oraz doprecyzowanie, czy załącznik nr 12 do SIWZ wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą;

1.3. wykreślenie punktu 1.13 z załącznika nr 1 do SIWZ oraz kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 2 lit. q załącznika nr 9 do SIWZ;

1.4. doprecyzowanie rozdziału XII ust. 1 lit. b SIWZ poprzez wskazanie okoliczności warunkujących „moment zgłoszenia przez Zamawiającego”;

1.5. doprecyzowanie w §2 ust. 14 załącznika nr 9 do SIWZ zasad obliczania czasu odbioru odpadów z PSZOK w przypadku, gdy koniec zadeklarowanego przez wykonawcę czasu odbioru odpadów z PSZOK będzie upływał w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy lub po godzinach funkcjonowania PSZOK;

1.6. zmianę §8 ust. 4 załącznika nr 9 do SIWZ poprzez wskazanie, że obowiązkiem wykonawcy jest zgłoszenie podwykonawcy Zamawiającemu oraz wykreślenie kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 2 lit. b załącznika nr 9 do SIWZ;

1.7. doprecyzowanie okoliczności uprawniających Zamawiającego do naliczenia kar umownych określonych w § 10 ust. 2 lit. i oraz j załącznika nr 9 do SIWZ;

1.8. obniżenie kar umownych określonych w § 10 ust. 2 lit. r, s, t oraz u załącznika nr 9 do SIWZ o połowę ich wysokości;

1.9. wskazanie w § 10 ust. 2 załącznika nr 9 do SIWZ, iż kary umowne za niedotrzymanie terminów określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego zostaną naliczone za okoliczności zawinione przez wykonawcę (zwłokę);

1.10. wprowadzenie w § 10 załącznika nr 9 do SIWZ maksymalnego limitu kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego;

1.11. wprowadzenie w § 13 załącznika nr 9 do SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy we wszystkich przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 pkt 1 - 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 13/19 oraz Odwołującego w części 6/19 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 076 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 260 zł 22 gr (słownie: dwanaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt złotych dwadzieścia dwa grosze).

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

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Mierzęcice [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie Oudzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno - wypoczynkowe, położonych na terenie Gminy Mierzęcice (znak postępowania: GK.271.0006.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 września 2020 r. pod numerem 2020/S 172-415434.

W dniu 14 września 2020 r. wykonawca Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach [dalej „Odwołujący” lub „Remondis”] wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 10a ust. 1 i 5 w zw. z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie, że „W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź - oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium należy złożyć przed upływem terminu składania ofert w siedzibie Zamawiającego: Urząd Gminy w Mierzęcicach, pok. nr 26, a kserokopię dokumentu należy załączyć do oferty”- Rozdział VII SIWZ;

2.art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób nadmierny i utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie w jakim Zamawiający:

a)w Załączniku 12 do SIWZ wymaga, aby wykonawca podał cenę jednostkową za 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów wraz z zyskiem ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów (Rozdział XI ust. 1 SIWZ, Załącznik nr 12 do SIWZ);

b)w pkt 1.1) i 1.2) Instrukcji dla Wykonawców wskazał, że każdy pojazd odbierający odpady został zważony bezpośrednio przed i po odbiorze odpadów na wadze najazdowej znajdującej się w PSZOK w Mierzęcicach ul. Wolności 133 podczas, gdy w pkt 1.2) określił godziny otwarcia PSZOK na poniedziałek, wtorek, czwartek od godz. 12:00 do 15:00, środa od 13:00 do 18:00, piątek i sobota od 9:00 do 12:00;

c)w pkt 1.1) IDW „(...) wymaga, aby odbiór odpadów z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe odbywał się w poniedziałek;

d)w pkt 1.12) IDW wskazał, że Wykonawca jest obowiązany dokonywać odbioru i transportu odpadów, również w przypadkach, kiedy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów, złych warunków atmosferycznych itp.;

e)pkt 1.13) IDW wskazał, że na wniosek Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do udostępnienia pojazdów

odbierających odpady z terenu Gminy Mierzęcice celem montażu mobilnego monitoringu pojazdów. W przypadku zamontowania systemu monitoringu Wykonawca zobowiązuje się do jego użytkowania podczas świadczenia usług dla Gminy Mierzęcice w trakcie trwania umowy;

3.art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie w Rozdziale XI ust. 3 SIWZ i §6 ust. 5 wzoru umowy, że ceny jednostkowe są niezmiennie przez cały okres realizacji umowy co nie uwzględnia faktu, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę powinny być waloryzowane w przypadku podniesienia opłat, w szczególności w przypadku, podniesienia opłat za przyjęcie poszczególnych frakcji odpadów w instalacjach;

4.art. 91 ust. 1, 2 i 2d w zw. z art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert „Czas odbioru odpadów po zgłoszeniu” i jednocześnie niedoprecyzowanie, który moment należy uznać za moment zgłoszenia - czy powiadomienie wykonawcy pocztą elektroniczną czy wystawienie Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (Rozdział XII ust. 1 lit. b SIWZ, pkt 1.2) IDW;

5.art. 353¹ oraz art. 487§2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń, w zakresie w jakim w:

a)§2 ust. 14 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do odbioru odpadów w czasie zadeklarowanym w ramach kryteriów oceny ofert (np. 24h) od zgłoszenia przez Zamawiającego przy czym zaniechano doprecyzowania co w przypadku, gdy czas liczony od momentu zgłoszenia będzie obejmował sobotę/niedzielę/dni ustawowo wolne od pracy lub jego koniec przypadnie po godzinach działania PSZOK opisanych w IDW;

b)§8 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że „Wykonawca przed zawarciem Umowy z podwykonawcą musi uprzednio uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia temu podwykonawcy. Podstawą do uzyskania takiej zgody będzie wniosek Wykonawcy przedstawiający część zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy.” podczas, gdy niniejsze postępowanie jest postępowaniem na usługi i zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp uprawnieniem wykonawcy jest możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy bez konieczności uzyskiwania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego;

c)§10 ust. 2 lit. i i j wzoru umowy Zamawiający przewidział kary za każdy wyjazd pojazdu poza granice administracyjne gminy Mierzęcice w trakcie realizacji umowy w wysokości 5000 zł oraz za każdy przejazd pojazdu przez teren nie objęty w danym czasie harmonogramem odbioru opadów zarówno w granicach administracyjnych gminy Mierzęcice, jak i poza jej terenem w trakcie realizacji umowy w wysokości 5000 zł;

d)§10 ust. 2 lit. b) wzoru umowy Zamawiający przewidział karę za brak pisemnej zgody Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy w wysokości 20% łącznej ceny całkowitej określonej w § 6 ust. 1 umowy;

e)§10 ust. 2 lit. q wzoru umowy Zamawiający przewidział karę umowną w przypadku zamontowania w pojazdach odbierających odpady mobilnego systemu monitoringu pojazdów, za każdy odbiór odpadów bez używania monitoringu w wysokości 10 000 zł;

f)§10 ust. 2 lit. r, s, t, u wzoru umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane kary umowne ustalone na poziomie nieadekwatnym w stosunku do naruszenia, za które zostały one przewidziane oraz do zakresu przedmiotu zamówienia;

g)w §10 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający przewidział kary umowne za niedotrzymanie terminów określonych w umowie za opóźnienie, a nie za zwłokę;

h)§10 wzoru umowy Zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji przedmiotu zamówienia;

i)§10 ust. 2 lit. n wzoru umowy Zamawiający przewidział, że nałożenie ww. kary będzie kumulowane z karą przewidzianą w art. 9x ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na zasadach określonych w ustawie;

j)§10 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że może potrącić karę umowną z wynagrodzenia przysługującego wykonawcy lub może jej dochodzić odrębnie;

k)§13 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy wyłącznie w przypadku zmiany stawki podatku VAT, natomiast zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12

miesiący umowa powinna zawierać także postanowienia dotyczące zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, czy też zmianę zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ i wzoru umowy poprzez:

- 1.wskazanie w Rozdziale VII SIWZ, że dopuszczalną formą wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądź jest również wadium wniesione w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- 2.wykreślenie z Załącznika nr 12 do SIWZ konieczności podawania przez wykonawcę zysku ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów i określenie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu zobowiązany jest podać cenę jednostkową netto i brutto za 1Mg odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów, jak również jednoznaczne doprecyzowanie czy Załącznik nr 12 ma być dołączony do oferty;
- 3.określenie w pkt 1.1) i 1.2) IDW, że ważenie pojazdów przed i po odbiorze odpadów będzie możliwe w godzinach dostosowanych do rzeczywistego odbioru odpadów wykonywanego przez wykonawcę, tj. od poniedziałku do soboty w godzinach 6-22 a nie wyłącznie w godzinach obecnie zaproponowanych jako godziny funkcjonowania PSZOK, które nie pokrywają się z rzeczywistymi godzinami odbioru odpadów;
- 4.modyfikację pkt 1.1) IDW w ten sposób, że Zamawiający wymaga, aby odbiór odpadów z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe mógł być realizowany przez wykonawcę wraz z odbiorem odpadów pochodzących z nieruchomości zamieszkałych.”;
- 5.dookreślenia w pkt 1.12) IDW, że w przypadku, gdy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony Zamawiający wyznaczy alternatywne drogi dojazdu lub alternatywne miejsca gromadzenia odpadów, jak również, że wyjazd poza granice administracyjne miasta lub poza obszar objęty w danym czasie harmonogramem odbioru odpadów jest dopuszczony, oraz że w takich przypadkach Zamawiający nie naliczy kary umownej określonej w §10 ust. 2 lit. d wzoru umowy;
- 6.wykreślenia pkt 1.13) IDW;
- 7.zmiany Rozdziału XI ust. 3 SIWZ i §6 ust. 5 wzoru umowy w ten sposób, że zostanie wprowadzona klauzula waloryzacyjna do ww. postanowienia oraz do wzoru umowy zgodnie z którą w przypadku zmiany opłat za przyjęcie odpadów w instalacjach wysokość wynagrodzenia ulegnie zwiększeniu o koszt wynikający z podwyższenia ww. opłat. Wykonawca zobowiązuje się ponadto do niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o podniesieniu opłat przez instalacje i do wykazania zwiększenia kosztów w ww. zakresie. Zwiększenie wynagrodzenia nastąpi od momentu poinformowania Zamawiającego przez Wykonawcę o zwiększeniu opłat;
- 8.jednoznacznie doprecyzowanie Rozdziału XII ust. 1 lit. b) SIWZ oraz pkt 1.2) IDW poprzez wskazanie, że za moment zgłoszenia do odbioru odpadów komunalnych z PSZOK uważa się powiadomienie wykonawcy pocztą elektroniczną na wskazany przez Wykonawcę adres e-mail;
- 9.doprecyzowanie w §2 ust. 14 wzoru umowy, że w przypadku, gdy koniec zadeklarowanego terminu do odbioru odpadów z PSZOK upływa w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy lub po wyznaczonych przez Zamawiającego godzinach funkcjonowania PSZOK, to termin na odbiór odpadów ulega przedłużeniu i upływa w dniu roboczym następującym po sobocie lub dniach ustawowo wolnych od pracy lub następnym dniu funkcjonowania PSZOK;
- 10.modyfikację §8 ust. 4 wzoru umowy poprzez wskazanie, że obowiązkiem Wykonawcy jest zgłoszenie podwykonawcy zamawiającemu;
- 11.wykreślenie §10 ust. 2 lit. i i j wzoru umowy;
- 12.wykreślenie §10 ust. 2 lit. b) wzoru umowy;
- 13.wykreślenie §10 ust. 2 lit. q) wzoru umowy;
14. §10 ust. 2 lit. r wzoru umowy poprzez obniżenie wysokości kary o połowę;
15. §10 ust. 2 lit. s, t, u wzoru umowy poprzez określenie tych kar jako naliczanych w wysokości 500 zł za każdy dzień

zwłoki;

16.w §10 ust. 2 wzoru umowy poprzez wskazanie, że kary umowne za niedotrzymanie terminów należą się Zamawiającemu za zwłokę (okoliczności zawinione), a nie za opóźnienie;

17.wprowadzenie w §10 wzoru umowy ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w całym okresie realizacji zamówienia na poziomie maksymalnie 20% łącznej kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto wykonawcy;

18.wykreślenie §10 ust. 2 lit. n wzoru umowy;

19.modyfikację §10 ust. 4 wzoru umowy poprzez wskazanie, że przed potrąceniem kary umownej Zamawiający przeprowadzi postępowanie wyjaśniające co do zasadności nałożenia kary, jak również wskazanie, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy sprawie zamówienia publicznego, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii;

20.wprowadzenie do §13 wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym wysokość wynagrodzenia ulegnie zmianie również w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, jak również zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie dla poszczególnych zarzutów:

Zarzut dotyczący formy wniesienia wadium w postaci innej niż pieniądź

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią SIWZ niniejsze postępowanie ma wartość równą bądź większą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (221.000 EUR). Przywołał postanowienia SIWZ dotyczące komunikacji elektronicznej między Zamawiającym a Wykonawcami (rozdział VI ust. 1 SIWZ), formy złożenia oferty (rozdział IX ust. 2 SIWZ) oraz postanowienia zawarte w rozdziale VII SIWZ dotycząc zasad wniesienia wadium. Uzasadniał, że skoro postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w formie elektronicznej, to wadium wnoszone w formie innej niż pieniądź (gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa) również powinno być dopuszczalne w formie elektronicznej jak pozostałe dokumenty w postępowaniu. Odwołujący nie neguje, że w przypadku wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądź forma pisemna również może być dopuszczona (por. wyrok KIO z dnia 14 marca 2019 r. KIO 338/19), natomiast Zamawiający nie może ograniczać jej do jedynej dopuszczanej w SIWZ. Odwołujący powołał się na brzmienie art. 10a ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że zasadne i konieczne jest dopuszczenie w SIWZ oprócz formy pisemnej również wadium w formie elektronicznej podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Żądanie wskazania wysokości zysku ze sprzedaży surowców wtórnych

W odniesieniu do ww. zarzutu Odwołujący wskazał na postanowienia rozdziału XI ust. 1 SIWZ. Wskazał, że zgodnie z Załącznikiem 12 do SIWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawca podał cenę jednostkową za 1 Mg poszczególnych frakcji odpadów (por. 4 kolumna 4 tabeli) oraz zysk ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów (kolumna 5 i 6 tabeli). Podkreślał, iż Zamawiający powinien jednoznacznie doprecyzować czy Załącznik nr 12 do SIWZ ma być dołączony do oferty. Niezależnie jednak od tego żądanie wskazania przez wykonawców zysku ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów jest wymaganiem nadmiernym i nieuzasadnionym. Każdy z wykonawców w sposób indywidualny kalkuluje cenę ofertową, a informacja o wysokości zysku jest informacją wrażliwą z punktu widzenia przedsiębiorstwa - stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie jest zatem uzasadnione, aby wykonawcy musieli ujawniać ww. informacje na etapie składania ofert w jawnym załączniku dotyczącym kalkulacji ceny. Informacja

Owysokości zysku ponoszonego przez wykonawcę w odniesieniu do każdej z frakcji odpadów nie jest informacją niezbędną dla Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania. Informacje o zysku mogą być ewentualnie podane przy wyjaśnieniach na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny (w odniesieniu do ceny oferty) w przypadku, gdy zaoferowana cena będzie budziła wątpliwości. Jednocześnie nie jest możliwe wskazanie konkretnej wyceny w tym zakresie, gdyż zależy ona od kilku czynników m.in. od jakości

1składu poszczególnych frakcji odpadów. Wykonawca może zakładać pewien poziom zysku, natomiast jest on wyłącznie szacunkowy i wstępny, co tym bardziej uzasadnia wykreślenie ww. obowiązku z Załącznika nr 12 do SIWZ. W związku z tym, zasadne i konieczne jest wykreślenie z Załącznika nr 12 do SIWZ konieczności wskazywania przez wykonawców na wysokość osiąganego zysku przy odbiorze poszczególnych frakcji odpadów.

Konieczność zważenia pojazdów

Odwołujący w zakresie ww. zarzutu wskazał, iż zgodnie z pkt 1.1) IDW każdy pojazd odbierający odpady powinien zostać zważony bezpośrednio przed i po odbiorze odpadów na wadze najazdowej znajdującej się w PSZOK w Mierzęcicach ul. Wolności 133. W pkt 1.2) IDW określono natomiast godziny otwarcia PSZOK na poniedziałek, wtorek, czwartek od godz. 12:00 do 15:00, środa od 13:00 do 18:00, piątek i sobota od 9:00 do 12:00.

Z powyższego wynika, że wykonawca odbierający odpady musi dostosować godziny odbioru odpadów bezpośrednio do godzin działania PSZOK wskazanych w pkt 1.2) IDW. Odwołujący podkreślał, że rzeczywiste godziny odbioru odpadów są różne, często odbywają się wcześniej niż podane przez Zamawiającego godziny otwarcia PSZOK. Poprzez narzucenie, że wykonawca może realizować przedmiot zamówienia poprzez dostosowanie się do ograniczonych godzin działania PSZOK Zamawiający sformułował wymaganie nadmierne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający *de facto* ogranicza wykonawcy godziny prowadzenia działalności i odbioru odpadów. Skoro wykonawca ma dokonywać ważenia pojazdów zarówno przed, jak i po odbiorze odpadów w zorganizowanym przez Zamawiającego PSZOKu, to obowiązkiem Zamawiającego jest umożliwienie wykonawcy wykonywania działalności, w tym zapewnienie odpowiednich godzin działania ww. punktu. Przykładowo, w przypadku odbioru odpadów we wtorek wykonawca będzie dokonywał ważenia o godz. 12:00, natomiast już przed godz. 15:00 będzie zobowiązany wrócić do PSZOK w związku z końcem działalności punktu w tym dniu.

Takie działanie Zamawiającego jest nieuzasadnione i konieczne jest dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ w sposób zaproponowany w *petitum* odwołania.

Termin odbioru odpadów z domków letniskowych i nieruchomości przeznaczonych na cele rekreacyjno - wypoczynkowe

Odwołujący wskazał, iż w pkt 1.1) IDW Zamawiający „(...) wymaga, aby odbiór odpadów z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe odbywał się w poniedziałki”.

Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, aby Zamawiający narzucał wykonawcy termin odbioru odpadów w ww. zakresie. Zgodnie z §2 ust. 4 zd. 1 wzoru umowy wykonawca jest zobowiązany do „Przygotowania harmonogramu odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i selektywnie zbieranych odpadów komunalnych oraz do jego wydrukowania i dystrybucji wśród właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz właścicieli nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe, na swój koszt, również w przypadku ewentualnych jego zmian.” Skoro obowiązkiem wykonawcy jest prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów i przygotowanie dla mieszkańców harmonogramu w tym zakresie, to powinien mieć on swobodę w decydowaniu, w który konkretnie dzień powinny być odbierane odpady z domków letniskowych i innych nieruchomości przeznaczonych na cele rekreacyjno - wypoczynkowe. Co więcej, nieuzasadnione jest aby Zamawiający wymagał dedykowanego dnia do realizacji odbioru odpadów z domków letniskowych i nieruchomości przeznaczonych na cele rekreacyjno - wypoczynkowe. Wedle wiedzy Odwołującego ww. nieruchomości są zlokalizowane w różnych częściach gminy i nie jest zasadne, aby np. wyłącznie w poniedziałki wykonawca odbierał odpady tylko z tych nieruchomości. Takie rozwiązanie generuje dodatkowe koszty i sprawi, że ceny ofert będą wyższe. Gdyby dopuszczone zostało, że odbiór odpadów w ww. zakresie będzie realizowany wraz z odbiorem odpadów z nieruchomości zamieszkałych to wykonawca jest w stanie racjonalnie zaplanować wykonywanie prac w harmonogramie. Odbiór odpadów w jednym terminie nie wpływa w żaden sposób na jakość świadczonych usług.

Utrudniony dojazd do nieruchomości

Odwołujący w zakresie ww. zarzutu podniósł, iż zgodnie z pkt 1.12) IDW Wykonawca jest obowiązany dokonywać odbioru i transportu odpadów, również w przypadkach, kiedy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów, złych warunków atmosferycznych itp. W przypadku, gdy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodów niezależnych od wykonawcy Zamawiający powinien wytyczyć alternatywne drogi dojazdu lub alternatywne miejsca gromadzenia odpadów. Niezależnie od tego, wydłużenie trasy dojazdu lub czasowe uniemożliwienie odbioru odpadów z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie może być podstawą do karania wykonawcy np. za brak terminowej realizacji zgłoszenia do odbioru odpadów, za co jest naliczana kara umowna za opóźnienie określona w §10 ust. 2 lit. d wzoru umowy. Powinno być również zagwarantowane, że wyjazd poza granice administracyjne miasta lub poza obszar objęty w danym czasie harmonogramem odbioru odpadów jest dopuszczony, w szczególności nie będzie naliczona na wykonawcę kara umowna z §10 ust. 2 lit. i oraz j wzoru umowy. Ominięcie przeszkód w postaci np. remontu drogi może wiązać się bowiem z koniecznością przekroczenia granic administracyjnych i jest to jak najbardziej uzasadnione.

System monitoringu

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazał na punkt 1.13 IDW. Odwołujący wyjaśniał, że pojazdy wykorzystywane do realizacji usług odbioru odpadów są wyposażane przez wykonawcę w systemy GPS. Dane z tych systemów są udostępniane Zamawiającemu do wglądu. W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział zamontowanie własnego systemu na pojazdach będących własnością wykonawcy. Wykonawca nie ma wpływu na jakość urządzeń elektronicznych montowanych przez Zamawiającego w pojazdach i sposób ich montażu. Zastrzeżenie, że Zamawiający będzie uprawniony do montażu własnego systemu monitoringu na pojazdach jest nadmierne i rodzi wątpliwości interpretacyjne związane z jego egzekwowaniem. Wskazał, że pojazdy wykorzystywane do realizacji usług nie są przeznaczone wyłącznie w celu wykonania umowy z Zamawiającym, ale również z innymi gminami. Zamontowanie systemu monitoringu Zamawiającego, do którego Zamawiający będzie miał własny dostęp powoduje, że de facto będzie miał podgląd na wykonywanie przez wykonawcę usług w ramach innych umów z innymi zamawiającymi. Sformułowane w tym zakresie postanowienia IDW są na tyle ogólne, że taki dostęp poprzez system monitoringu będzie w zasadzie nieograniczony. Co więcej, w przypadku awarii i konieczności wykonania prac innym pojazdem Wykonawca naraża się na nienależyte wykonywanie usługi i konieczność zapłaty kary umownej, o której mowa w §10 ust. 2 lit. q wzoru umowy - przy czym, użycie innego pojazdu będzie konieczne w celu np. dotrzymania czasu odbioru odpadów z PSZOK zadeklarowanego w ofercie. Reasumując, aby zapewnić należyte wykonanie usług w ramach niniejszego kontraktu Wykonawca musiałby w rzeczywistości zapewnić dedykowane pojazdy tylko do realizacji usług w Gminie Mierzęcice, co powodowałoby, że cena oferty byłaby rażąco wygórowana. Należy też wskazać, że Zamawiający musi zakupić własny system monitoringu i przeprowadzić jego montaż na pojazdach wykonawcy w sytuacji, gdy pojazdy wykorzystywane do świadczenia usług są wyposażone w GPS, z którego dane mogą podlegają udostępnieniu Zamawiającemu. W tych okolicznościach zasadne i konieczne jest wykreślenie ww. wymagania, jak również wykreślenie kary umownej określonej w §10 ust. 2 lit. q wzoru umowy.

Odnosnie ww. zarzutu Odwołujący wskazał, że ceny jednostkowe są niezmiennie przez cały okres realizacji umowy (rozdział XI ust. 3 SIWZ oraz § 6 ust. 5 wzoru umowy). Wskazał, że okres realizacji zamówienia wynosi 3 lata (por. §4 wzoru umowy). W przypadku usług, których dotyczy przedmiot zamówienia zasadniczym kosztem jest koszt zagospodarowania odpadów. Obserwując na rynku dynamiczne zmiany cen zagospodarowania odpadów, które następują w ostatnim okresie (często z miesiąca na miesiąc) i dotyczą odpadów komunalnych odbieranych w ramach systemu gospodarki odpadami, w umowie brak jest narzędzi do waloryzacji wynagrodzenia z powodu zmian cen zagospodarowania odpadów. Wskazane zmiany nie następują w zakresie dającym się przewidzieć przez wykonawcę na podstawie własnego doświadczenia i nie kwalifikują się w pojęcie ryzyka, jakie wykonawca powinien uwzględnić w swojej ofercie. Wzrost cen przyjęcia i zagospodarowania odpadów odnotowywany jest w przypadku wszystkich instalacji (nie tylko RIPOK). W umowie powinien zostać zatem przewidziany mechanizm gwarantujący wykonawcy waloryzację wynagrodzenia o wysokość zwiększonych w ww. zakresie kosztów, przy czym mechanizm ten powinien być niezależny od subiektywnej zgody Zamawiającego na zmianę umowy. Dodatkowo, w celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych w omawianym postanowieniu powinno zostać doprecyzowane, że zmiana wysokości wynagrodzenia w

tym przypadku nastąpi dokładnie o kwotę wzrostu ceny zagospodarowania odebranych odpadów dostarczanych do poszczególnych instalacji, która ponadto powinna zostać udokumentowana Zamawiającemu przez wykonawcę.

Moment zgłoszenia odbioru odpadów z PSZOK

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazał na postanowienia rozdziału XII ust. 1 lit. b SIWZ dotyczące kryterium oceny ofert pn. Czas odbioru odpadów po zgłoszeniu oraz postanowienia punktu 1.2 IDW. Podniósł, że w treści SIWZ i IDW powinno być doprecyzowane, który moment należy uznać za moment zgłoszenia - czy powiadomienie wykonawcy pocztą czy wystawienie Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce nieruchomościami. Moment wysłania zgłoszenia i moment wystawienia Karty Przekazania Odpadów Komunalnych nie muszą być tożsame. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że często z uwagi na sposób działania BDO te zdarzenia występują w różnym czasie. Zgodnie z §10 ust. 2 lit. d wzoru umowy na wykonawcę będzie naliczona kara umowna w wysokości 100 zł za każdą godzinę opóźnienia w przypadku nieodebrania odpadów z PSZOK. Wykonawca powinien zatem mieć pewność, od którego momentu liczony jest termin na odbiór odpadów. Ustalenie momentu zgłoszenia na powiadomienie wykonawcy mailowo jest konieczne i uzasadnione.

Termin wykonania usługi odbioru odpadów z PSZOK

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący przywołał postanowienie § 2 ust. 14 wzoru umowy i wskazał, że w przypadku, gdy koniec terminu przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy lub po dniu funkcjonowania godzin PSZOK termin odbioru odpadów powinien być przesunięty na kolejny dzień roboczy i powyższe okoliczności nie powinny skutkować naliczeniem kary umownej, o której mowa w §10 ust. 2 lit. d wzoru umowy. Upływ terminu liczonego w godzinach w dniu ustawowo wolnym od pracy lub po wyznaczonych przez Zamawiającego godzinach funkcjonowania PSZOK nie powinien skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy realizującego umowę. W takim przypadku nie ponosi on żadnej winy za przekroczenie terminu na odbiór odpadów. Nie sposób również wymagać, aby wykonawca mimo, iż zadeklarowany termin odbioru odpadów jest oceniany w ramach kryteriów ofert, dodatkowo skracał czas na wykonanie prac.

Zgoda na podwykonawcę

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący przywołał brzmienie § 8 ust. 4 wzoru umowy i wskazał, że niniejsze postępowanie jest postępowaniem na świadczenie usług, a nie robót budowlanych gdzie wymaganie uzyskania uprzedniej zgody zostało sformułowane przez ustawodawcę. Stosownie do treści art. 36a ust. 1 ustawy Pzp uprawnieniem wykonawcy jest powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Uprawnienie to nie powinno być ograniczane przez postanowienia SIWZ. W związku z powyższym, zasadne i konieczne jest wykreślenie przedmiotowego wymagania ze wzoru umowy, jak również konieczne jest wykreślenie z §10 ust. 2 lit. b wzoru umowy kary umownej w ww. zakresie. Warto wskazać, że zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna została wprowadzona za sam „brak zgody”, a więc w sytuacji, gdy zamawiający nie wyrazi zgody na konkretnego podwykonawcę nawet w przypadku, gdy nie realizuje on jeszcze jakichkolwiek pracy dla wykonawcy.

Wyjazd poza granice administracyjne

Odwołujący przywołał brzmienie kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 2 lit. i oraz j wzoru umowy. Uzasadniał, że wprowadzone przez Zamawiającego kary umowne definiujące także obowiązki wykonawcy poruszania się przez wykorzystywane przez niego pojazdy w określonych granicach podczas świadczenia usług są nadmierne i racjonalnie nieuzasadnione. Może się zdarzyć bowiem, że nieznaczny wyjazd np. poza granice administracyjne gminy będzie usprawiedliwiony z logistycznego punktu widzenia (krótsza trasa, lepszy dojazd etc.). Analogicznie w przypadku przekroczenia terenu objętego w danym czasie harmonogramem - może się okazać, że droga dojazdowa do określonego miejsca będzie znacznie krótsza z przekroczeniem ww. granicy. Całkowicie nieuzasadnione jest również, aby wykonawca nie był uprawniony do wyjazdu poza granice administracyjne lub przekroczenia terenu określonego w danym czasie w harmonogramie w przypadku, gdy np. droga dojazdowa jest remontowana lub czasowo zablokowana. Zamawiający ma narzędzia do kontrolowania wykonawcy, w tym poprzez ważenie pojazdu przed i po odbiorze odpadów, czy możliwość udostępnienia danych z GPS pojazdów wykonawcy. Wprowadzanie tak rygorystycznych kar w przypadku, gdy przekroczenie granic może być obiektywnie uzasadnione jest zatem nieprawidłowe.

Rażąco wygórowane kary umowne

Odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne dotyczące funkcji kar umownych. Wskazał, że kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego w §10 ust. 2 lit. r, s, t, u są rażąco wygórowane, zostały ustalone na poziomie nieadekwatnym w stosunku do naruszenia, za które zostały one przewidziane oraz w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia. Wskazane w ww. postanowieniach umowy uchybienia choć słusznie są sankcjonowane karami, to jednak nie mogą to być kary wygórowane. Zasadne jest zatem ograniczenie kary określonej w lit. r o połowę. Tak zastrzeżona kara zabezpiecza interes Zamawiającego, ale jednocześnie jest adekwatna do rodzaju uchybienia.

Warto wskazać, że np. kary określone w lit. s oraz t są bardzo podobne (brak przygotowania harmonogramu/brak przekazania go zamawiającemu) i istnieje ryzyko, że na etapie realizacji Zamawiający będzie dążył do ich kumulowania. Kary opisane w lit. s-u powinny być naliczane za każdy dzień zwłoki w przekazaniu harmonogramu - dotyczą przekroczenia terminu. Niezasadne jest więc, aby w przypadku np. 1-dniowego opóźnienia w przekazaniu harmonogramu Zamawiający z góry naliczał karę w wysokości 10 000 zł.

Kary umowne za zwłokę

W §10 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający przewidział kary umowne za niedotrzymanie przez wykonawcę terminów wykonania określonych zobowiązań - kary umowne za opóźnienie. Przy takim brzmieniu wzoru umowy wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie opóźnienie bez względu na jego przyczynę. Również w przypadku, gdy opóźnienie w wykonaniu obowiązków, przy których zostały zastrzeżone kary umowne wystąpi bez jego winy, co więcej, gdy bezpośrednio odpowiedzialnym za powstanie opóźnienia będzie Zamawiający lub podmiot trzeci. Wobec powyższego, uzasadniony jest wniosek Odwołującego o dokonanie modyfikacji wzoru umowy poprzez zastąpienie odpowiedzialności za „opóźnienie”, a zatem zarówno za okoliczności zawinione jak i niezawinione przez wykonawcę, odpowiedzialnością za „zwłokę”, czyli jedynie za okoliczności zawinione przez wykonawcę.

Limit kar umownych

W §10 wzoru umowy Zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia, co do wysokości kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia. Z uwagi na brak przedmiotowego ograniczenia oraz w związku z zastrzeżeniem licznych i wysokich kar umownych (w tym za opóźnienie zamiast za zwłokę) 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 nieograniczonych w żaden sposób kar umownych nakładanych na wykonawcę. W związku z powyższym, wprowadzenie limitu kar umownych jakie łącznie mogą być nałożone na wykonawcę jest konieczne i uzasadnione.

Kumulacja kar

Odwołujący przywołał karę umowną wskazaną w §10 ust. 2 lit. n wzoru umowy i wskazał, że kara, o której mowa w ww. przepisie stanowi sankcję za nieprzestrzeganie przez podmiot odbierający odpady obowiązków wynikających z ww. ustawy i jest nakładana przez odpowiednie instytucje (GIOŚ). Brak jest podstaw do stosowania przez Zamawiającego analogicznej kary na gruncie umowy, zwłaszcza, że prowadziłoby to do podwójnego ukarania wykonawcy za te same okoliczności faktyczne, raz przez organ uprawniony do egzekwowania przestrzegania przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, drugi raz przez Zamawiającego. W związku z tym, kara przewidziana w §10 ust. 2 lit. n wzoru umowy powinna zostać wykreślona.

Potrącenie kar umownych

Odwołujący przywołał brzmienie § 10 ust. 4 wzoru umowy i uzasadniał, że kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. Akt II CR 419/67): „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.) kary umownej nie nalicza się”. W treści umowy powinna istnieć procedura, zgodnie z którą ewentualne potrącenie wynagrodzenia nastąpi dopiero po przeprowadzeniu

postępowania wyjaśniającego mające na celu ustalenie okoliczności faktycznych związanych z powstałymi uchybieniami. Przyczyny ich powstania mogą być niezależne od wykonawcy w związku z czym, przed automatycznym potrąceniem wykonawca powinien mieć możliwość zaprezentowania swojego stanowiska. Co więcej, postanowienia umowy powinny w tym zakresie uwzględniać art. 15r¹ ust. 1 ustawy
Oszczędnościach rozwiązań związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem
1zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

Zmiana umowy - art. 142 ust. 5 ustawy Pzp

Odwolujący wskazał na brzmienie §13 ust. 2 wzoru umowy i uzasadniał, że niniejsze zamówienie zostanie udzielone do realizacji w terminie od 1.01.2021 r. do 31.12.2023 r. Wskazał, że postanowienia wzoru umowy nie uwzględniają treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Postanowienia umowy powinny uwzględniać nie tylko kwestię zmiany stawki podatku VAT, ale również przypadek zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, jak również zmianę zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 października 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 10a ust. 1 i 5 oraz art. 45 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że Odwołujący się nie wskazuje, na czym ma polegać uniemożliwienie mu wzięcia udziału w procedurze przetargowej poprzez wskazanie na sposób składania wadium w formie innej niż pieniądź. W doktrynie słusznie podnosi się (M. Jaworska (w:) M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2020), że „dokumenty wadialne nie stanowią części oferty ani dokumentów lub oświadczeń o charakterze podmiotowym. Wadium ma zabezpieczać ofertę oraz prawidłowy przebieg postępowania, dyscyplinując wykonawców i zapewniając ich lojalne współdziałanie z zamawiającym (tak m.in. KIO w wyroku z 13 października 2017 r., KIO 2023/17). Dokumenty wadialne składane są więc „obok” oferty, w celu wykazania jej zabezpieczenia, a jako takie nie są ujęte w dyspozycji przepisu art. 10a PrZamPubl. Cel wniesienia wadium może zostać skutecznie osiągnięty poprzez dostarczenie zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert oryginału dokumentu wadialnego o odpowiedniej treści i formie wynikającej z przepisów odrębnych, przy jednoczesnym wprowadzeniu jego kopii do systemu teleinformatycznego. Dopuszczenie takiego rozwiązania wydaje się też być zgodne z zasadą proporcjonalności ustanawiania wymogów w postępowaniu, a także realizuje wyrażony w 52 motywie dyrektywy 2014/24/UE, cel stosowania środków komunikacji elektronicznej, jakim jest ułatwienie komunikacji, zwiększenie skuteczności i przejrzystości procesu udzielania zamówień, a także możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień”. Nie można zatem twierdzić o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 10a ust. 1 czy 5 ustawy Pzp. Nie sposób też uznać zarzutu naruszenia art. 45 ustawy Pzp. Nierozumiiałem jest, na czym miałyby polegać rzekome naruszenie przez Zamawiającego tego przepisu, skoro w treści rozdziału VII SIWZ powtórzył on brzmienie art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż zarzuty Odwołującego oscylują wokół kwestii podania przez Wykonawcę zysku ze sprzedaży surowców wtórnych, uzyskanych ze zbieranych odpadów.

Oczywistym jest, mając na uwadze wykładnię treści SIWZ, że Załącznik nr 12 powinien być dołączany do oferty, jednak w tym względzie Odwołujący się nie kieruje wprost zdecydowanych zarzutów. Zamieszczenie tego typu pozycji w Załączniku nr 12 do SIWZ stanowi element pozwalający Zamawiającemu na kontrolę warunków, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie sposób zatem twierdzić, by postanowienie, które umożliwia Zamawiającemu weryfikację oferty i kontrolę rzetelności oszacowania ceny mogło być sprzeczne z SIWZ. Zasady kalkulacji ceny są dla wszystkich wykonawców takie same; a zaznaczyć trzeba, że działają one jako przedsiębiorcy, zobowiązani z mocy art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego do zachowania podwyższonego wymogu należytej staranności. Faktem powszechnie znanym jest to, iż wykonawcy uzyskują przychody ze sprzedaży surowców wtórnych pochodzących z selektywnej zbiórki odpadów (wyrok KIO z 12

lutego 2016 r., KIO 93/16). KIO wielokrotnie rozpatrywała sprawy, w których kluczowym elementem oferowanej przez wykonawców ceny w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych stanowił zysk ze sprzedaży surowców wtórnych (por. chociażby wyrok KIO z 05 marca 2014 r., KIO 327/ 14, wyroki z 14 czerwca 2013 r., KIO 1290/ 13 i KIO 1299/13).

Nadto, Odwołujący skarży się na wskazane godziny ważenia pojazdów w PSZOK, które jednak w żaden sposób nie ograniczają zasad uczciwej konkurencji czy uprzywilejowania niektórych tylko wykonawców. Godziny i dni ważenia pojazdów w PSZOK są jednolite i nie sprowadzają się np. do jednego tylko dnia. Nie sposób uznać, by tak sformułowane punkty 1.1 i 1.2 Instrukcji dla wykonawców naruszały jakiegokolwiek zasady ustawy Pzp (por. wyrok KIO z 01 czerwca 2018 r., KIO 959/18). Zamawiający wskazał, iż Odwołującemu umyka ważka kwestia - ważenie w godzinach otwarcia PSZOK dotyczy tylko odebranych odpadów z PSZOK (str. 3 Instrukcji dla wykonawców w obecności pracownika PSZOK i w godzinach otwarcia Punktu); ważenie podczas odbioru z terenu Gminy (sprzed nieruchomości) nie ma natomiast w żaden sposób określonych godzin, tym bardziej nie jest uzależnione od otwarcia PSZOK (str. 2 Instrukcji).

Wskazanie na poniedziałek jako dzień odbioru odpadów z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno - wypoczynkowe ma znaczące uzasadnienie - podyktowane jest tym, by odpady znajdujące się na tych nieruchomościach (zamieszkałych głównie w weekendy) zalegały przez czas w istocie minimalny, co wpływa na jakość i komfort życia mieszkańców, jak również sytuację porządkową na terenie Gminy, do której należy utrzymanie czystości i porządku.

W zakresie obowiązku Wykonawcy dojazdu do nieruchomości również wówczas, gdy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodów niezależnych od wykonawcy, zwłaszcza z powodu remontów dróg, dojazdów, złych warunków atmosferycznych itp. W opinii Odwołującego Zamawiający ma wówczas wytyczyć alternatywne drogi dojazdu lub alternatywne miejsca gromadzenia odpadów. Zamawiający zauważył, że wytyczenie z góry takiego miejsca nie zawsze jest możliwe. Zamawiający przywołał wyrok KIO z 23 maja 2017 r., KIO 935/17. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący posiada mapę Gminy, ze wszystkimi drogami; jest zatem w stanie, jako profesjonalista samodzielnie wytyczyć alternatywne trasy. Zadziwia, że z jednej strony Odwołujący domaga się szczegółowego ukształtowania (czy wręcz narzucenia) przez Zamawiającego konkretnych tras, z drugiej natomiast strony czyni Zamawiającemu zarzuty co do określenia kilku terminów ważenia pojazdów. Taka niekonsekwencja nie zasługuje na ochronę prawną, a zaznaczyć należy, że wszystkie warunki są dla wykonawców tożsame i w niczym nie powodują pokrzywdzenia akurat Odwołującego. Co do kary umownej, to wspomnieć godzi się, że jest ona zastrzegana na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a w sytuacji, o której mowa w pkt. 1.12) Instrukcji dla Wykonawców zastosowanie mogą mieć zasady dotyczące skutków siły wyższej.

Jeśli natomiast chodzi o montowanie mobilnego systemu monitoringu pojazdów, to zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów należy zapewnić, aby pojazdy były wyposażone w system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiający weryfikację tych danych. Jak wskazała KIO w wyroku z 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, „w ocenie Izby Zamawiający ma prawo oczekiwać, że w ramach przedmiotu zamówienia będą odbierane jedynie odpady powstałe na terenie Miasta (...). Właśnie w tym celu Zamawiający oczekuje monitoringu online przewożonych odpadów. Zamawiający ma prawo wymagać, aby w ramach umowy odbierane były tylko „jego” odpady, a nie z innej gminy. Wobec wymagań Zamawiającego odnośnie monitoringu oczywiste jest że w razie przerwy w transmisji na bieżąco może się pojawić wątpliwość co do ilości i pochodzenia odpadów, w takiej sytuacji ewentualne ustalanie pochodzenia i ilości odpadów będzie każdorazowo uzależnione od zaistniałych okoliczności”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7 i 14 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż Odwołujący domaga się zamieszczenia w SIWZ postanowienia o waloryzacji ceny oraz zarzuca naruszenie ww. przepisów poprzez wprowadzenie do wzoru umowy klauzuli niezmienności ceny. „Izba stwierdza, że zamawiający przewidział ryczałtowy sposób rozliczenia zamówienia i wykonawca nie będzie żądać podwyższenia ceny ofertowej, która stanie się ceną wykonania przedmiotu

zamówienia, nawet jeżeli w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów wykonania usługi. Jest to właśnie reguła ryczałtowego regulowania kosztów umowy. Zgodnie z art. 632 KC wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający, ustalając wynagrodzenie ryczałtowe, wyraźnie lub w sposób dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie się domagał zapłaty wynagrodzenia wyższego. Przyjmujący zamówienie nie może bowiem żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. (...) Wykonawca może się domagać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie z zamawiającym, jeżeli wykonanie groziłoby mu rażącą stratą. Nie musi to być jednak strata, która zachwiałaby jego kondycją finansową czy groziłaby upadłością (por. wyr. SN z 15 listopada 2006 r., V CSK 251/06, Rzeczp. 2006, Nr 289, sF5) (s. 421 i 422 „Kodeks cywilny Komentarz” pod redakcją Krzysztofa Pietrzykowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2011 r.). Izba musi podkreślić, że to w gestii zamawiającego leży wybór sposobu regulowania wynagrodzenia za wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał naruszenia jakichkolwiek przepisów przez wskazanie w SIWZ (a szczególnie we wzorach umów), że umowy będą rozliczane ryczałtowo i ich ceny nie będą podlegały zmianom mimo wystąpienia okoliczności, które nie były przewidywane w chwili zawierania umowy. Dlatego wykonawcy powinni tak skalkulować cenę, aby skompensować wystąpienie wszelkich ryzyk, a w tym zmianę opłat” (wyrok KIO z 07 sierpnia 2017 r., KIO 1542/17 wskazujący także na zasadność zastrzeżenia kary umownej w ww. zakresie). Zamawiający wskazał, iż immanentną cechą prowadzonej działalności gospodarczej jest ponoszenie ryzyka w związku ze zmianą cen i kosztów. Odwołującemu przysługują inne środki pozwalające na sądową waloryzację świadczenia, zatem nie ma potrzeby żądanej modyfikacji postanowień rozdziału XI ust. 3 SIWZ i § 6 ust. 5 wzoru umowy poprzez wprowadzanie klauzuli waloryzacyjnej. Warunki te są tożsame dla wszystkich wykonawców i nie sposób twierdzić o pokrzywdzeniu akurat Odwołującego. Zamawiający zaznaczył, że wzór umowy przewiduje w § 13 kwestię zmiany wynagrodzenia. Nadto, bezwzględnie wiążący art. 144 ust. 1 ustawy Pzp określa, w jakich przypadkach umowa może zostać zmieniona. Bezprzedmiotowe zatem są rozważania i postulaty Odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1, 2 i 2d w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż Odwołujący zarzuca naruszenie ww. przepisów przez ustalenie kryterium oceny ofert „czas odbioru odpadów po zgłoszeniu” i niedoprecyzowanie, który moment uznać należy za zgłoszenie czy powiadomienie wykonawcy pocztą elektroniczną, czy wystawienie Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami. Tego typu kwestia w zupełności może zostać wyjaśniona poprzez zadawanie pytań (w trybie art. 38 ustawy Pzp), a nie poprzez wnoszenie odwołania od SIWZ; Odwołujący zastosował zatem nieadekwatny środek w stosunku do zamierzonego celu, w dodatku niemogący odnieść oczekiwanego skutku. Zamawiający wskazał, iż termin jest ustalony jednolicie i Odwołujący nie wskazuje, na czym ma polegać dla niego różnica pomiędzy liczeniem czasu odbioru odpadów - po zgłoszeniu od powiadomienia drogą elektroniczną, czy od wystawienia Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami i dlaczego Zamawiający ma zastosować pierwszą opcję.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że bez wystawionej Karty Przekazania Odpadu, którą dla PSZOK wystawia Gmina, odpady nie mogą być odebrane, gdyż kierowca śmieciarki musi się nią okazywać w razie kontroli drogowej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 353¹ KC oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał następująco:

a)§2 ust. 14 wzoru umowy w żaden sposób nie narusza zasad współzycia społecznego ani nie zaburza zasady wzajemności świadczeń - jeśli Odwołujący ma jakiegokolwiek wątpliwości, winien był wystosować zapytanie, a nie składać odwołanie; ponownie zatem zastosowano środek zupełnie nieadekwatny do zamierzonego celu,

b)§8 ust. 4 wzoru umowy stanowi realizację prawa zamawiającego do określania kluczowych części zamówienia, zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający zaznaczył, że przedmiot zamówienia dotyczy kwestii niezwykle ważkiej dla porządku, organizacji funkcjonowania gminy, a także potencjalnego zagrożenia epidemicznego; tego typu postanowienie ma na celu kontrolę zamawiającego, jako jednostki samorządu terytorialnego, nad kwestią odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. W sytuacji, kiedy istnieje konflikt wartości w postaci zapewnienia bezpieczeństwa higienicznego mieszkańców oraz niczym niewykananego rzekomego naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy

Pzp oczywistym jest, że prymat należy przyznać kontroli gminy nad właściwym wykonywaniem umowy oraz doborem podwykonawców.

c)§ 10 ust. 2 lit. i) i j) wzoru umowy nie narusza zasady swobody umów. Identyczny stan faktyczny w odniesieniu do Remondis Sp. z o. o. analizowała Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 794/15 i KIO 800/15, które zostało oddalone. Zamawiający wskazał, iż rozważania zawarte w ww. wyroku dotyczące problematyki kar umownych odnieść należy do wszystkich zarzutów Odwołującego.

d)§ 10 ust. 2 lit. b) wzoru umowy stanowi konsekwencję niezrealizowania obowiązku.

Októrym mowa w lit. b), zatem nie powtarzając rozważań zawartych wyżej, należy zwrócić uwagę na iluzoryczność obowiązku uzyskania zgody Zamawiającego na powierzenie części wykonania zamówienia podwykonawcy bez obłożenia tego obowiązku karą umowną, która leży niewątpliwie w interesie publicznym.

e)§ 10 ust. 2 lit. q) wzoru umowy zastrzega karę umowną za odbiór odpadów bez używania monitoringu, co stanowi sankcję za niedotrzymanie bezwzględnego obowiązku wynikającego z § 5 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 959/18 dotyczący problematyki kar umownych.

f)§ 10 ust. 2 lit. r), s), t), u) wzoru umowy zastrzega kary umowne i nie do Odwołującego należy ocena ich nieadekwatności - jak wyżej wskazano, instytucję miarkowania zastosować może Sąd, a odwołujący nie musi akceptować każdego postanowienia umownego w sprawach umów zawieranych w ramach systemu zamówień publicznych. KIO wielokrotnie w swoich wyrokach wskazywała na niezasadność wymagania od niej, by obniżała kary umowne zastosowane w projektach umów w sprawach zamówień publicznych.

g)§10 ust. 2 wzoru umowy zakłada nałożenie kar umownych za opóźnienie, a nie zwłokę

1jest to suwerenna decyzja Zamawiającego, nienaruszająca jakichkolwiek reguł. W wyroku z 3 lipca 2019 r., KIO 1100/19 Izba podniosła, iż „przewidziane przez zamawiającego kary, mogą mieć też charakter dyscyplinujący wykonawców, co uzasadnia, aby były to kary za opóźnienia, zwłaszcza gdy sam zamawiający, choćby ze względów finansowych, jest ograniczony terminem realizacji zamówienia”. Na podobnym stanowisku stanęła KIO wydając wyrok z 21 grudnia 2018 r., KIO 2436/18, KIO 2442/18 i podnosząc w nim, że kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy są uzasadnione charakterem umowy. W wyroku z dnia 4 września 2018 r. KIO 1601/18, „w odniesieniu do kar umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę Izba uznała dopuszczalność takich postanowień, jako wynikających ze szczególnej i usprawiedliwionej okoliczności sprawy potrzeby zrealizowania zamówienia w określonym, możliwie najkrótszym terminie z uwagi na możliwość utraty dofinansowania. Zamawiający wskazał, że terminowość jest istotna z uwagi na konieczność rozliczenia dofinansowania do końca 2018 r. Na dzień rozprawy Zamawiający nie otrzymał decyzji o możliwości przesunięcia tego terminu”. W przypadku odbioru odpadów niezwykle istotne z sanitarnego punktu widzenia jest niezwłoczny ich odbiór, zatem uzasadnione jest dyscyplinowanie wykonawców poprzez kary umowne za opóźnienie w realizacji ich obowiązków.

h)§ 10 ust. 2 lit. n) wzoru umowy zakłada kumulację kar umownych z karami administracyjnymi wskazanymi w art. 9x Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. z 2020 r., poz. 1439), co jest w pełni zasadne - odmienne jest bowiem zarówno źródło, jak i charakter obu instytucji - z jednej strony mających umocowanie w umowie, dochodzonych na gruncie procesu cywilnego, z drugiej natomiast - mającymi swe źródło w ustawie, stanowiącymi instrument administracyjny. Jak wskazuje się w orzecznictwie (wyroki KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 2293/13, KIO 2240/13) „skoro z punktu widzenia drugiej strony umowy usługa była wykonana należyście, niewłaściwe wydaje się ustalanie wyłącznie na potrzeby oceny spełniania warunku, że jednak nie była należyście wykonana. Wreszcie, wydaje się, że nawet fakt uiszczania przez podmiot odbierający odpady kar pieniężnych z art. 9x ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, nie przekreśla możliwości oceny wykonania poszczególnych usług zagospodarowania odpadów jako należyście wykonanych. Jest to normalna konsekwencja niewykazania w rocznym sprawozdaniu osiągnięcia wymaganych wskaźników”. Nie chodzi o analogiczne karanie wykonawcy, jak ma to miejsce na gruncie ww. ustawy, a o nakładanie kary niezależnie od administracyjnej kary pieniężnej.

i)§10 ust. 4 wzoru umowy zakładający prawo potrącenia kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy także jest uzasadniony i szeroko stosowany nie tylko w systemie zamówień publicznych (por. wyrok KIO z 20 czerwca 2017 r., KIO 1132/17, wyrok KIO z 08 lipca 2014 r., KIO 1286/14), ale również w umowach zawieranych poza reżimem ustawy

Pzp. Trudno zatem zarzucać takiej konstrukcji naruszenie jakichkolwiek z zasad, skoro wierzytelności obu stron - Zamawiającego i wykonawcy - są jednorodnjazowe (pieniężne)
1spełniający cywilnoprawne kryteria potrącenia zawarte w art. 498 KC. Wyłączenie zasady z art. 498 KC naruszałoby kodeksowe reguły. Natomiast art. 15zr¹ ust. 1 ustawy z dnia
2marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych ustaw (Dz. U. z 2020 r. , poz. 374, 567, 568, 695, 875, 1086) jest przepisem szczególnym, którego strony umowy nie mają obowiązku uwzględniać w postanowieniach umowy, skoro przepis ten stosowany jest wprost:
j)§ 13 ust. 2 wzoru umowy nie narusza przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, który nie zawiera obowiązku nałożonego na zamawiającego szczegółowego uregulowania wszystkich kwestii związanych z sytuacją wystąpienia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego jedynie do określenia na gruncie kontraktu zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy (wyrok KIO z 10 października 2018 r., KIO 1937/18). Artykuł 142 ust. 5 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem wola stron nie jest tu elementem podstawowym, istotnym (wyrok KIO z 1 lipca 2016 r., KIO 1060/16). Niezamieszczenie odpowiedniej klauzuli w umowie nie oznacza uchylecia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp; nie ma zatem potrzeby żądanej przez Odwołującego ingerencji w treść wzoru umowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania.

Okórych mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ odwołujący się Wykonawca nie rozwinął wątku dotyczącego możliwości wystąpienia szkody. Ponadto zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, na czym polega całkowita niemożliwość udzielenia zamówienia Odwołującemu 1nie wskazał, że SIWZ zawiera postanowienia mogące być spełnione jedynie przez nieliczne podmioty przystępujące do zamówienia.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści postanowień specyfikacji jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Na etapie wniesienia odwołania wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu postanowień SIWZ, które mogą utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest on zainteresowany uzyskaniem danego. Jak wynika z treści odwołania Wykonawca upatrywał interesu we wniesieniu odwołania naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego dotyczące sformułowania nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych postanowień specyfikacji uniemożliwiają Wykonawcy uzyskanie przedmiotowego zamówienia i prowadzą jednocześnie do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu złożenia oferty i uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby podniesione w odwołaniu okoliczności, iż Odwołujący jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu, a dokonane przez Zamawiającego czynności uniemożliwiają mu złożenie oferty w postępowaniu, czego skutkiem byłaby szkoda w postaci utraty korzyści z uzyskania zamówienia należało uznać za wystarczające dla stwierdzenia wykazania interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystaień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie

zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 października 2020 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 12 października 2020 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe, położonych na terenie Gminy Mierzęcice od 01.01.2021 r. do 31.12.2023 r.

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 SIWZ, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu miniPortalu, ePUAPu oraz poczty elektronicznej.

Stosownie do treści rozdziału VII SIWZ, w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź - oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium należy złożyć przed upływem terminu składania ofert w siedzibie Zamawiającego: Urząd Gminy w Mierzęcicach, pok. nr 26, a kserokopię dokumentu należy załączyć do oferty.

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 2 SIWZ, ofertę należy sporządzić w języku polskim, z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych doc, docx i podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Sposób złożenia oferty/wniosku, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortal. Ofertę/wniosek należy złożyć w oryginale.

Zgodnie z rozdziałem XI SIWZ, wykonawca określi łączną cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do grosza (do dwóch miejsc po przecinku).

Łączna cena oferty stanowić będzie sumę iloczynów - cen jednostkowych:

- niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,
- bioodpadów,
- szkła,
- tworzyw sztucznych, metali i odpadów opakowaniowych wielomateriałowych,
- papieru,
- mebli i innych odpadów wielkogabarytowych,
- zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zużytych baterii, akumulatorów i świetlówek,
- zużytych opon,
- przeterminowanych leków, chemikaliów, odpadów niebezpiecznych, odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi (w szczególności igły i strzykawki),
- odpadów budowlanych i rozbiórkowych,
- pomnożonych przez ilość odpadów, zgodnie z kalkulacją cenową stanowiącą Załącznik nr 12.

Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany w cenie oferty uwzględnić także dopełnienie wszelkich formalności związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. Ceny jednostkowe są niezmiennie przez cały okres umowy.

W załączniku nr 12 do SIWZ pn. Kalkulacja cenowa Zamawiający wymagał od wykonawcy podania w odniesieniu do poszczególnych frakcji odpadów ceny jednostkowej bez zysku, zysku ze sprzedaży surowców wtórnych, uzyskanych z odebranych odpadów, ceny jednostkowej uwzględniającej zysk oraz wartości brutto.

Zgodnie z rozdziałem XII SIWZ, kryteriami oceny ofert są cena 80 pkt oraz czas odbioru odpadów z PSZOK po zgłoszeniu 20 pkt. Zgodnie z literą b) ww. rozdziału, maksymalny (wymagany) czas odbioru odpadów po zgłoszeniu wynosi 60 godzin liczony od momentu zgłoszenia przez Zamawiającego. Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium

zgodnie z poniższą zasadą: 60 godzin - 0 pkt, 54 godziny - 5 pkt, 48 godzin - 10 pkt, 36 godzin - 15 pkt oraz 24 godziny - 20 pkt.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Instrukcji dla wykonawcy [dalej „IDW”] stanowiącej załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z punktem 1.1 IDW, Zamawiający wymaga, aby odbiór odpadów z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe odbywał się w poniedziałki.

Jednocześnie w punkcie 1.1 IDW, Zamawiający wymagał, aby każdy pojazd odbierający odpady komunalne z terenu Gminy Mierzęcice został zważony bezpośrednio przed i po odbiorze odpadów na wadze najazdowej znajdującej się w PSZOK w Mierzęcicach ul. Wolności 133. Wartości ważenia mają zostać zapisane na wadze wraz z podaniem daty i godziny ważenia oraz numeru rejestracyjnego pojazdu.

Stosownie do punktu 1.2 IDW, wykonawca jest zobowiązany do odbioru odpadów komunalnych z PSZOK po zgłoszeniu przez Zamawiającego pocztą elektroniczną na wskazany przez Wykonawcę adres e-mail i wystawieniu Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO). Odbiór odpadów komunalnych odbywać się będzie w obecności pracownika obsługującego PSZOK, w godzinach otwarcia Punktu, tj. poniedziałek, wtorek i czwartek w godzinach od 12.00 do 15.00; środa od 13.00 do 18.00; piątek i sobota od 9.00 do 12.00.

Każdorazowo podczas odbioru odpadów pojazd odbierający musi zostać zważony bezpośrednio przed odbiorem i po załadunku odbieranych odpadów, a wyniki mają zostać zapisane, co potwierdza pracownik obsługujący PSZOK i kierowca pojazdu odbierającego odpady.

Zgodnie z punktem 1.12 IDW, wykonawca jest obowiązany dokonywać odbioru i transportu odpadów, również w przypadkach, kiedy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów, złych warunków atmosferycznych itp.

Zgodnie z punktem 1.13 IDW na wniosek Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do udostępnienia pojazdów odbierających odpady z terenu Gminy Mierzęcice celem montażu mobilnego monitoringu pojazdów. W przypadku zamontowania systemu monitoringu Wykonawca zobowiązuje się do jego użytkowania podczas świadczenia usług dla Gminy Mierzęcice w trakcie trwania umowy użytkowania.

Postanowienia wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ):

Zgodnie z § 2 ust. 4 wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany w szczególności do przygotowania harmonogramu odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i selektywnie zbieranych odpadów komunalnych oraz do jego wydrukowania i dystrybucji wśród właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz właścicieli nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe, na swój koszt, również w przypadku ewentualnych jego zmian. Harmonogram wymaga każdorazowego zatwierdzenia przez Zamawiającego.

Zgodnie z § 2 ust. 14 wzoru umowy, wykonawca jest zobowiązany w szczególności do odbierania i zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych w PSZOK. Wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów w czasiegodzin od zgłoszenia przez Zamawiającego.

W myśl § 6 ust. 5 wzoru umowy, ceny jednostkowe, o których mowa w ust. 4, poszczególnych usług są niezmiennie przez cały okres obowiązywania umowy.

Zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy, wykonawca przed zawarciem Umowy z podwykonawcą musi uprzednio uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia temu podwykonawcy. Podstawą do uzyskania takiej zgody będzie wniosek Wykonawcy przedstawiający część zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy.

W § 10 wzoru umowy Zamawiający przewidział katalog kar umownych, które wykonawca obowiązany będzie zapłacić Zamawiającemu. Zgodnie z ust. 4 § 10 wzoru umowy, kwotę kary umownej Zamawiający potrąci z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy lub może jej dochodzić odrębnie.

W § 13 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian w umowie w następującym zakresie:

1. w razie zmiany przepisów prawa mających zastosowanie do umowy, jej postanowienia z nimi sprzeczne tracą ważność, zaś w ich miejsce będą miały zastosowanie przepisy znowelizowanego prawa;
2. Zamawiający przewiduje zmianę wynagrodzenia Wykonawcy (ceny) o kwotę wynikającą ze zmienionych ustawowo stawek podatku VAT obowiązujących w dacie powstania obowiązku podatkowego w czasie trwania umowy;
3. w przypadku zmiany instalacji komunalnych albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, wskazanych w § 1 ust. 5 i ust. 6, na inną instalację o tym samym statusie, przy czym zmiana ta nie będzie miała wpływu na cenę, o której mowa w § 6 niniejszej umowy;
4. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki opłaty środowiskowej określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. Prawo ochrony środowiska. Wysokość zmiany wynagrodzenia będzie równa iloczynowi kwoty wzrostu stawki opłaty za umieszczenie 1 Mg odpadów na składowisku oraz ilości odpadów odebranych i przekazanych do składowania przez wykonawcę w danym miesiącu;
5. w przypadku zmian, o których mowa w ust. 4, Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu dokumentację zawierającą opis wpływu na zmianę stawek jednostkowych, w szczególności kalkulację kosztów z wyjaśnieniami sposobu wyliczenia tego wpływu. Zamawiający ma prawo do wezwania Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, kopii dokumentów źródłowych czy wyliczeń, w zakresie niezbędnym do oceny zasadności zmiany wysokości stawek jednostkowych, na który Wykonawca zobowiązany jest udzielić odpowiedzi w terminie nie dłuższym niż 10 dni. W przypadku wykazania wpływu zmian na wysokość wynagrodzenia, zaakceptowaną przez Zamawiającego, zmiana wynagrodzenia będzie obowiązywała po upływie 30 dni od dnia złożenia wniosku ze skutkiem od 1 dnia miesiąca przypadającego po upływie tych 30 dni, a w przypadku zmian w stawce VAT - stosownie do tej zmiany.

Izba zważyła, co następuje:

Izba częściowo uwzględniła zarzuty odwołania oraz częściowo oddaliła zarzuty odwołania.

Odnosząc się łącznie do zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia Izba wskazuje, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy 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. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców. Jednocześnie ograniczenia w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia zawiera norma art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, która zakazuje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny.

Izba wskazuje, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia odzwierciedla swoje rzeczywiste potrzeby, które chce zaspokoić poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Z całą mocą podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie.

Forma wniesienia wadium w postaci innej niż pieniądź

Zarzut naruszenia art. 10a ust. 1 i 5 w zw. z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący stał na stanowisku, iż niedopuszczenie przez Zamawiającego możliwości wniesienia wadium, wnoszonego w formie innej niż pieniądź, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest niedopuszczalne w świetle ww. przepisów i stanowi ograniczenie ustawowych uprawnień przysługujących wykonawcy. Jednocześnie Odwołujący nie negował możliwości wniesienia wadium w formie pisemnej papierowej.

W rozdziale VII SIWZ Zamawiający wskazał, iż w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź - oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium należy złożyć przed upływem terminu składania ofert w siedzibie Zamawiającego: Urząd Gminy w Mierzęcicach, pok. nr 26, a kserokopię dokumentu należy załączyć do oferty. Jednocześnie jak wynika z postanowień SIWZ (rozdział VI ust. 1 oraz IX ust. 2) komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym złożenie ofert, odbywa się za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Wartość szacunkowa niniejszego zamówienia przekracza tzw. „progi unijne”.

Izba wskazuje, iż stosownie do treści art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie Zgodnie natomiast z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia,

sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej "jednolitym dokumentem" odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Jak wskazano w opinii Prezesa UZP pt. Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r. cyt.: „Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Katalog ewentualnych wyjątków od stosowania zasady elektronicznej komunikacji, zawartych w art. 10c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp (a odnoszących się do modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki), również a contrario potwierdza, iż intencją ustawodawcy było objęcie rygiorem elektronicznej komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku z powyższym wadium, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty również powinno być wniesione w postaci elektronicznej.”

Mając na uwadze powyższe rozważania prawne, jak również okoliczność, iż Zamawiający nie podał żadnych przyczyn uzasadniających odstępianie od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy wniesieniu wadium, powyższy zarzut należało uwzględnić i nakazać Zamawiającemu dokonanie stosownych zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości wniesienia wadium (w przypadku wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądź) również w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (oryginał).

Żądanie wskazania wysokości zysku ze sprzedaży surowców wtórnych

Izba uwzględniła zarzut dotyczący postawionego przez Zamawiającego wymogu podania w załączniku nr 12 do SIWZ w odniesieniu do poszczególnych frakcji odpadów ceny jednostkowej za 1 Mg wraz z zyskiem ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów.

Na wstępie Izba wskazuje, iż jakkolwiek Odwołujący w *petitum* odwołania sformułował w ww. zakresie zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to jednak Izba nie będąc związana kwalifikacją prawną naruszenia dokonaną przez Odwołującego, jest uprawniona do dokonania subsumpcji okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu do norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. I tak w okolicznościach niniejszej sprawy wskazać należy, iż działanie Zamawiającego uchybiało przepisom art. 91 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 w

zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący postawił wyraźny zarzut oraz żądanie dotyczące skonkretyzowania, czy załącznik nr 12 do SIWZ wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą. Zamawiający poza stwierdzeniem, iż wykładnia treści SIWZ w sposób oczywisty wskazuje, iż ww. załącznik powinien zostać dołączony do oferty, nie przeprowadził wykładni postanowień specyfikacji ani nie wskazał postanowienia, które w sposób jednoznaczny kreowałoby taki obowiązek. Z uwagi na powyższe zasadnym było w ocenie Izby nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie, czy załącznik nr 12 do SIWZ wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą.

Następnie Izba stwierdza, iż Zamawiający nie wyjaśnił w sposób rzeczowy wymogu podania przez wykonawcę już na etapie składania ofert w załączniku nr 12 do SIWZ zysku ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów. Za nieprzekonujące Izba uznała stanowisko Zamawiającego, który stwierdził, iż „zamieszczenie tego typu pozycji w Załączniku nr 12 do SIWZ stanowi element pozwalający Zamawiającemu na kontrolę warunków, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Izba wskazuje, iż każdy wykonawca prowadzący działalność gospodarczą na danym rynku działa według własnych możliwości, mechanizmów, z wykorzystaniem właściwych mu warunków technicznych, organizacyjnych, kadrowych, co też przekłada się w sposób indywidualny na kalkulację ceny. Podkreślić należy, iż kalkulacja ceny oferty jest domeną wykonawcy, a w sytuacji gdy zaoferowana przez wykonawcę cena budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający korzysta z procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględniając przedmiot niniejszego zamówienia oraz termin jego realizacji należy zauważyć, iż zakładany przez wykonawcę zysk ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów może kształtować się różnie na przestrzeni trzech lat. Co więcej, słuszenie w ocenie Izby argumentował Odwołujący, że zysk ten uzależniony jest od m.in. od jakości, czy składu poszczególnych frakcji odpadów, nieznanych na etapie kalkulacji ceny oferty, jak i samego rodzaju odpadów, rzutując tym samym na możliwość realnej wyceny każdej frakcji odpadów z uwzględnieniem zysku ze sprzedaży surowców wtórnych. Izba wskazuje, iż okoliczność, że wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w ramach kalkulacji ceny oferty uwzględniają na pewnym poziomie przychód ze sprzedaży surowców wtórnych nie przesądza o zasadności żądania ww. informacji już na etapie składania ofert. Zauważyć należy, że żądanie podania przez wykonawcę w załączniku nr 12 do SIWZ stanowiącym kalkulację cenową - cen jednostkowych dla poszczególnych frakcji odpadów uwzględniających zysk ze sprzedaży surowców wtórnych skutkować będzie brakiem możliwości skutecznego zastrzeżenia informacji dotyczącej wysokości zysku jako tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na treść art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Dodać trzeba, że opis sposobu obliczenia ceny oferty winien zostać przez zamawiającego sporządzony z uwzględnieniem naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych i nie może pozostawać w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Co więcej, zamawiający winien tak skonstruować zasady dotyczące kalkulacji ceny oferty, aby wykonawca wycenił rzeczywiste koszty z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający winien skonstruować postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny, które będą podyktowane jego uzasadnionymi potrzebami i nie będą wymuszały na wykonawcach przyjęcie fikcyjnych poziomów poszczególnych kosztów, oderwanych od ich rzeczywistej wyceny, celem formalnego wypełnienia wymogu Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że Zamawiający przekroczył swoje ustawowe uprawnienia do określenia sposobu obliczenia ceny, naruszając jednocześnie prawo wykonawcy do określenia ceny za oferowane usługi i nakazała Zamawiającemu wykreślenie z załącznika nr 12 do SIWZ postanowień dotyczących podania przez wykonawcę zysku ze sprzedaży surowców wtórnych uzyskanych z odebranych odpadów i określenie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest podać cenę jednostkową netto i brutto za 1 Mg odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów. W tym miejscu Izba wskazuje, iż Zamawiający winien odpowiednio zmodyfikować pozostałe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie w jakim odnoszą się one do nakazanej przez Izbę zmiany treści załącznika nr 12 do SIWZ.

Konieczność zważenia pojazdów

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wymogu, aby każdy pojazd odbierający odpady z terenu Gminy Mierzęcice został zważony bezpośrednio przed i po odbiorze odpadów na wadze najazdowej znajdującej się w PSZOK w Mierzęcicach działającym w ściśle określonych godzinach.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, iż stanowisko Zamawiającego, jakoby ważenie pojazdów w godzinach otwarcia PSZOK podanych w specyfikacji dotyczyło tylko pojazdów odbierających odpady z PSZOK a nie z terenu Gminy Mierzęcice, było nielogiczne. Trudno uznać za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, iż dla ważenia pojazdów odbierających odpady z terenu Gminy Mierzęcice nie zostały określone w SIWZ godziny, skoro godziny otwarcia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów, w którym to znajduje się waga najazdowa i przy użyciu której dokonywane będzie ważenie pojazdów odbierających odpady pochodzące z PSZOK i z terenu gminy, zostały przez Zamawiającego wprost podane w specyfikacji. Podkreślić przy tym należy, iż Zamawiający nie twierdził, że godziny otwarcia PSZOK dla wykonawcy odbierającego odpady komunalne z terenu Gminy Mierzęcice będą inne niż w przypadku odbioru odpadów z PSZOK. Zamawiający nie podał także innych niż wskazane w specyfikacji godzin funkcjonowania PSZOK, w którym dokonywane będzie ważenie pojazdów odbierających odpady z terenu gminy.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że nie zostało nawet uprawdopodobnione przez Odwołującego, iż zakwestionowane zapisy SIWZ mogą ograniczać krąg potencjalnych wykonawców zamówienia. Wskazać należy, iż warunki realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym dotyczące godzin otwarcia PSZOK, w którym znajduje się waga najazdowa przy użyciu, której pojazdy odbierające odpady z terenu Gminy Mierzęcice oraz PSZOK będą ważone przed i po odbiorze odpadów, są takie same dla wszystkich potencjalnych wykonawców zamówienia. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane postanowienia specyfikacji uprzywilejowują danego wykonawcę, czy też krąg wykonawców zainteresowanych niniejszym zamówieniem.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie konieczności dokonania modyfikacji postanowień SIWZ w sposób określony *in petito* odwołania (godziny otwarcia PSZOK 6.00 - 22.00). W ocenie Izby nie zostało wykazane, by żądanie Odwołującego było możliwe do zrealizowania w oczekiwanym przez wykonawcę kształcie, uwzględniając jednocześnie warunki i realia wykonywanych przez gminę zadań własnych. Zdaniem Izby żądanie zaproponowane przez Odwołującego zmierzające *de facto* do ukształtowania postanowień SIWZ w sposób względniejszy dla wykonawcy, nie stając jednak wykonawcy na drodze w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne.

W świetle powyższego Izba nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu.

Termin odbioru odpadów z domków letniskowych i nieruchomości przeznaczonych na cele rekreacyjno - wypoczynkowe

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wymogu, aby odbiór odpadów z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno - wypoczynkowe odbywał się w poniedziałki nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż treść postawionego przez Odwołującego w *in petito* odwołania zarzutu polegającego na naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie koresponduje z jego uzasadnieniem faktycznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego wymóg zawarty w punkcie 1.1 IDW został opisany w sposób jednoznaczny i pełny oraz nie rodził po stronie Odwołującego wątpliwości interpretacyjnych. Dalej wskazać należy, iż nie zostało nawet uprawdopodobnione, by zakwestionowane postanowienie specyfikacji mogło ograniczyć konkurencję w niniejszym postępowaniu.

Kolejno Izba wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający uzasadnił postawiony w SIWZ wymóg podając w szczególności, że wskazanie na poniedziałek jako dzień odbioru odpadów z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno - wypoczynkowe ma znaczące uzasadnienie, gdyż podyktowane jest tym, by odpady znajdujące się na tych nieruchomościach (zamieszkałych głównie w weekendy) zalegały przez czas w istocie minimalny, co wpływa na jakość i komfort życia mieszkańców, jak również sytuację porządkową na terenie Gminy, do której należy utrzymanie czystości i porządku. Z powyższym stanowiskiem nie prowadził polemiki Odwołujący dążący w ocenie Izby do ukształtowania postanowień SIWZ w ww. zakresie w sposób dogodniejszy dla wykonawcy.

Powyższej oceny Izby nie zmieniła również okoliczność, iż w świetle postanowień § 2 ust. 4 wzoru umowy obowiązkiem wykonawcy, który uzyska niniejsze zamówienia publiczne będzie przygotowanie harmonogramu odbioru odpadów. Nałożony na przyszłego wykonawcę zamówienia ww. obowiązek nie stoi w sprzeczności z uzasadnionym wymogiem odbioru odpadów powstałych na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno - wypoczynkowe w poniedziałki.

Wziąwszy pod rozważę powyższe Izba oddaliła ww. zarzut.

Utrudniony dojazd do nieruchomości

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wymogu, iż wykonawca obowiązany jest dokonywać odbioru i transportu odpadów, również w przypadkach kiedy, dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów, złych warunków atmosferycznych.

Na wstępie Izba wskazuje, iż Odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że „w przypadku, gdy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodów niezależnych od wykonawcy Zamawiający powinien wytyczyć alternatywne drogi dojazdu lub alternatywne miejsca gromadzenia odpadów.” W związku z powyższym Odwołujący sformułował żądanie dookreślenia postanowień IDW w ten sposób, iż w ww. przypadkach Zamawiający wyznaczy alternatywne drogi dojazdu lub alternatywne miejsca gromadzenia odpadów. W ocenie Izby analiza ww. zarzutu wraz z żądaniem prowadzi do wniosku, iż wykonawca oczekiwał wprowadzenia do SIWZ postanowień korzystniejszych dla wykonawcy. Nie można również pominąć, że Odwołujący jest profesjonalistą i obowiązują go standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności (por. art. 355 § 2 k.c.). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności podczas świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Słusznie zatem twierdził Zamawiający, iż Odwołujący jako profesjonalista jest w stanie samodzielnie wytyczyć alternatywne trasy dojazdu do nieruchomości lub PSZOK.

Dalej stwierdzić należy, iż zakwestionowane przez Odwołującego postanowienie IDW nie wskazuje na jego dyskryminacyjny charakter. Nie można również zarzucić Zamawiającemu niejednoznaczności w opisanu przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie.

Izba wskazuje, iż dalsze kwestie podniesione przez Odwołującego związane z realizacją obowiązku świadczenia usług odbioru odpadów na rzecz Zamawiającego również w przypadkach, gdy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony, dotyczące naliczenia kar umownych, o których mowa w § 10 ust. 2 lit. d, i oraz j wzoru umowy zostały powielone w ramach zarzutów zawartych w punkcie III.5 lit. c i *gpetitum* odwołania i zostaną omówione w zakresie tych zarzutów.

Wobec powyższego ww. zarzut nie został przez Izbę uwzględniony.

System monitoringu

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wymogu, iż na wniosek Zamawiającego wykonawca jest zobowiązany do udostępnienia pojazdów odbierających odpady z terenu Gminy Mierzęcice celem montażu mobilnego monitoringu pojazdów oraz jego użytkowania podczas świadczenia usług dla Gminy w trakcie trwania umowy.

W przedmiocie ww. zarzutu Izba wskazuje, iż rację miał Odwołujący, który podnosił, że postanowienie zawarte w punkcie 1.13 IDW miało charakter ogólny. Zamawiający poza postawieniem wymogu zamontowania własnego systemu monitoringu na pojazdach będących własnością wykonawcy i obowiązku jego używania podczas wykonania zamówienia publicznego nie określił w specyfikacji żadnych zasad dotyczących ww. systemu. Z treści specyfikacji nie można wyczytać jaki konkretnie system monitoringu pojazdów miał na względzie Zamawiający, w jaki sposób będzie on montowany na pojazdach wykonawcy, jakie będą zasady korzystania z ww. systemu, czy też jakie dane będą gromadzone za pomocą ww. systemu. Słusznie również zwrócił uwagę Odwołujący, iż pojazdy wykorzystywane przez wykonawcę do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia nie będą przeznaczone wyłącznie do wykonania umowy z Zamawiającym. Dlatego też zamontowanie systemu monitoringu mobilnego Zamawiającego, do którego Zamawiający będzie miał nieograniczony dostęp, w istocie będzie oznaczało możliwość podglądu świadczenia usług

przez wykonawcę na rzecz innych podmiotów niż Zamawiający. Dalej Izba zauważa, iż Zamawiający nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego, który wskazywał, iż dla potrzeb realizacji zamówienia wystarczające jest wyposażenie pojazdów w system GPS (Global Positioning System), z którego dane mogą podlegać udostępnieniu Zamawiającemu. Wskazać również należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z treści specyfikacji nie wynika, iż system mobilnego monitoringu pojazdów wskazany w punkcie 1.13 IDW, to system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów, o którym mowa w § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122).

Izba wskazuje, iż nie neguje prawa Zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób spełniający jego oczekiwania, o ile znajduje on potwierdzenie w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Innymi słowy, co do zasady zamawiający ma prawo oczekiwać, aby odbiór odpadów odbywał się na terenie gminy za pomocą monitoringu mobilnego. Jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie podał uzasadnienia dla postawionego w punkcie 1.13 IDW wymogu, a w dodatku wymóg ten nie został opisany w sposób wyczerpujący i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. De facto poza postawieniem wymogu montażu systemu monitoringu Zamawiającego oraz obowiązku jego używania w trakcie realizacji zamówienia, brak było jakichkolwiek szczegółów w rzeczonym zakresie. Tym samym zakwestionowane postanowienie specyfikacji w ww. kształcie należało wykreślić, co nie oznacza, że Zamawiający nie może wprowadzić do specyfikacji postanowień dotyczących systemu monitoringu opisanych zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz przepisami przywołanego powyżej rozporządzenia Ministra Środowiska. W konsekwencji powyższego zasadnym było również nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kary umownej przewidzianej w § 10 ust. 2 lit. q wzoru umowy za każdy odbiór odpadów bez używania monitoringu.

Brak niezmienności cen

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie w rozdziale XI ust. 3 SIWZ i §6 ust. 5 wzoru umowy, że ceny jednostkowe są niezmiennie przez cały okres realizacji umowy, co nie uwzględnia faktu, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę powinny być waloryzowane w przypadku podniesienia opłat, w szczególności w przypadku, podniesienia opłat za przyjęcie poszczególnych frakcji odpadów w instalacjach.

Odnosząc się do ww. zarzutu wskazać należy, iż zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konstruującemu wzór umowy, bądź jej istotne postanowienia, przysługuje pozycja dominująca w stosunku do wykonawcy. Źródła dominującej pozycji zamawiającego w stosunkach umownych zawieranych na gruncie zamówień publicznych należy upatrywać m.in. w braku po stronie zamawiającego możliwości swobodnego wyboru kontrahenta - zamówienie udzielane jest podmiotowi, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i którego oferta jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Ponadto zamawiającemu nie przysługuje zasadniczo możliwość negocjowania ceny, za jaką wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia oferuje jego realizację. Określenie tego elementu oferty, będącego niejako odpowiedzią na wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia, jest uprawnieniem wykonawcy. W procedurze przetargowej to rolę wykonawcy jest takie oszacowanie ceny, by zapewniała mu ona pokrycie kosztów świadczenia usług wraz z odpowiednim zyskiem, co powinien zrobić bazując na swoim doświadczeniu oraz dostępnych informacjach np.: prognozach dotyczących cen zagospodarowania odpadów. Przygotowanie oferty zawsze będzie obarczone ryzykiem i również rolę wykonawców jest to ryzyko oszacować. Warto podkreślić, iż Odwołującemu znana jest specyfika usług będących przedmiotem postępowania, ponieważ jako profesjonalny podmiot świadczący usługi na rynku gospodarki odpadami jest w stanie oszacować stawki zapewniające mu pokrycie kosztów wraz z zyskiem. Wskazać również należy, iż przepisy Prawa zamówień publicznych obowiązki zamawiającego w zakresie dotyczącym tzw. klauzul waloryzacyjnych regulują wyłącznie w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Powyższe jednak nie wyłączają uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Moment zgłoszenia odbioru odpadów z PSZOK

Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1, 2 i 2d w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium oceny ofert pn. „Czas odbioru odpadów po zgłoszeniu” i jednocześnie niedoprecyzowanie, który moment należy uznać za moment zgłoszenia potwierdził się.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, przykładowo wymienione w ust. 2 art. 91 ustawy Pzp. Jednocześnie w myśl art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Izba wskazuje, iż podzieliła stanowisko Odwołującego, że sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert pn. „Czas odbioru odpadów po zgłoszeniu” było nieprecyzyjne. W szczególności Zamawiający nie wskazał jakie okoliczności muszą zaistnieć, aby uznać, iż do wykonawcy zostało wystosowane zgłoszenie odbioru odpadów z PSZOK. Słusznie twierdził Odwołujący, iż z rozdziału XII lit. b) SIWZ nie sposób wywnioskować, czy określony przez wykonawcę, w którym wykonawca obowiązany będzie odebrać odpady z PSZOK należało liczyć od momentu powiadomienia wykonawcy pocztą elektroniczną czy też od momentu wystawienia Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w BDO, czy też w przypadku zaistnienia obu ww. okoliczności łącznie. Wątpliwości Odwołującego słusznie budziło zestawienie ww. zapisu SIWZ z postanowieniem zawartym w punkcie 1.2 IDW, w którym Zamawiający wskazał, iż wykonawca jest zobowiązany do odbioru odpadów komunalnych z PSZOK po zgłoszeniu przez Zamawiającego pocztą elektroniczną na wskazany przez Wykonawcę adres e-mail i wystawieniu Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w BDO. Z treści SIWZ (rozdział XII lit. b) nie wynikało jednak w sposób jednoznaczny, iż czas odbioru odpadów z PSZOK stanowiący pozacenowe kryterium oceny ofert będzie liczony według wytycznych wskazanych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, tj. po wysłaniu zgłoszenia do wykonawcy drogą elektroniczną i wystawieniu Karty Przekazania Odpadów Komunalnych w BDO.

Co więcej, Izba wskazuje, iż postawa Zamawiającego uniemożliwiła jednoznaczne rozstrzygnięcie spornej kwestii. Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie ani w toku rozprawy nie wyjaśnił, od którego momentu (zdarzenia) czas zadeklarowany przez wykonawcę na odbiór odpadów z PSZOK będzie przez Zamawiającego liczony. Izba wskazuje również, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący użył adekwatnego środka ochrony prawnej dostrzegając niespójności w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których wyjaśnić nie umiał sam Zamawiający przyznając w toku rozprawy przed Izbą, iż cyt. „nie ma wiedzy od Zamawiającego jak należy interpretować zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ”.

W świetle powyższych okoliczności przedmiotowy zarzut zasługiwał na uwzględnienie. Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie rozdziału XII ust. 1 lit. b SIWZ poprzez wskazanie okoliczności warunkujących moment zgłoszenia odbioru odpadów przez Zamawiającego.

Przechodząc do zarzutów dotyczących wzoru umowy Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z kolei w myśl art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1

KC, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353¹ KC, 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.

Termin wykonania usługi odbioru odpadów z PSZOK

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie doprecyzowania zasad obliczania czasu odbioru odpadów z PSZOK w przypadku, gdy koniec zadeklarowanego przez wykonawcę czasu odbioru odpadów z PSZOK będzie upływał w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy lub po godzinach funkcjonowania PSZOK.

W odniesieniu do ww. zarzutu Zamawiający podał cyt.: „§2 ust. 14 wzoru umowy w żaden sposób nie narusza zasad współżycia społecznego ani nie zaburza zasady wzajemności świadczeń - jeśli Odwołujący ma jakiegokolwiek wątpliwości, winien był wystosować zapytanie, a nie składać odwołanie; ponownie zatem zastosowano środek zupełnie nieadekwatny do zamierzonego celu”. Izba wskazuje, iż powyższe stanowisko Zamawiającego pozbawione jest jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej potwierdzającej, iż zakwestionowane przez Odwołującego postanowienie umowne jest precyzyjne i jednoznaczne. Zamawiający nie wyjaśnił Izbie w jaki sposób będzie liczył czas, w którym wykonawca zobowiązany będzie dokonać odbioru odpadów z PSZOK zgodnie z treścią oferty w sytuacji, gdy okres ten będzie obejmował sobotę, dni ustawowo wolne od pracy lub po godzinach funkcjonowania PSZOK. Wątpliwości Odwołującego podniesione w ww. zakresie Izba uznała za uzasadnione, w szczególności biorąc pod uwagę, iż Zamawiający nie przedstawił żadnych wyjaśnień w spornym zakresie. Jednocześnie wskazać należy, iż brak tych zasad ma istotne znaczenie w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zwłaszcza w kontekście ograniczonych godzin funkcjonowania PSZOK oraz przewidzianej przez Zamawiającego punktacji za deklarowany przez wykonawcę okres odbioru odpadów z PSZOK (24 godziny - 20 pkt, 36 godzin - 15 pkt, 48 godzin - 10 punktów, 54 godziny - 5 punktów oraz 60 godzin - 0 punktów). Po pierwsze wskazać należy, iż czas odbioru odpadów z PSZOK stanowił pozacenowe kryterium oceny ofert. Tym samym zadeklarowany przez wykonawcę w ofercie okres odbioru odpadów z PSZOK nie powinien mieć charakteru fikcyjnego, prowadzącego jedynie do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium w celu uzyskania zamówienia, nie mając następnie żadnego przełożenia na realia świadczenia usługi odbioru odpadów przez zwycięskiego wykonawcę. Po drugie, Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kary umownej za każdy potwierdzony przypadek niedokonania odbioru odpadów komunalnych z PSZOK w czasie określonym w § 2 ust. 14 wzoru umowy, w wysokości 100 zł za każdą godzinę opóźnienia. Tym samym słusznie twierdził Odwołujący, iż w okolicznościach niniejszej sprawy może dojść do sytuacji, iż zadeklarowany przez wykonawcę czas odbioru odpadów będzie upływał np. po godzinach otwarcia punktu selektywnej zbiórki odbioru odpadów komunalnych, co będzie wiązało się z zapłatą Zamawiającemu kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 2 lit. d wzoru umowy.

Z uwagi na powyższe okoliczności zasadnym było nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do postanowień wzoru umowy zasad dotyczących obliczania czasu odbioru odpadów z PSZOK w przypadku, gdy koniec zadeklarowanego przez wykonawcę czasu odbioru odpadów z PSZOK będzie upływał w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy lub po godzinach funkcjonowania PSZOK.

Zgoda na podwykonawcę

Zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim dotyczył postanowienia umownego nakładającego na wykonawcę obowiązek uzyskania uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz kary umownej przewidzianej w § 10 ust. 2 lit. b wzoru umowy za uchybienie ww. obowiązкови.

Zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy, wykonawca przed zawarciem Umowy z podwykonawcą musi uprzednio uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia temu podwykonawcy. Podstawą do uzyskania takiej zgody będzie wniosek Wykonawcy przedstawiający część zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy. Jednocześnie w § 10 ust. 2 lit. b wzoru umowy, Zamawiający przewidział, iż wykonawca zapłaci karę umowną za brak pisemnej zgody Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy w wysokości 20% łącznej ceny całkowitej określonej w § 6 ust. 1.

W zakresie ww. zarzutu Izba wskazuje, iż nie jest prawdą twierdzenie Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na

odwołanie, iż §8 ust. 4 wzoru umowy stanowi realizację prawa Zamawiającego do określania kluczowych części zamówienia zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, iż Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Odpowiednich postanowień SIWZ w ww. zakresie nie podał Zamawiający.

Dalej Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Uprawnienie wykonawcy do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy zamawiający może ograniczyć w przypadkach wskazanych w ust. 2 art. 36a ustawy Pzp. Stwierdzić jednak należy, iż to że wykonawcy przysługuje prawo do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (z zastrzeżeniem okoliczności, o których mowa w art. 36a ust. 2 ustawy Pzp) nie oznacza, iż wolą stron do kontraktu nie mogą zostać wprowadzone postanowienia określające zasady uzyskania zgody zamawiającego wydanej w powyższym zakresie. W ocenie Izby nie można odmówić zamawiającemu prawa do ukształtowania postanowień umownych w zakresie referującym do uzyskania zgody zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia danemu podwykonawcy, o ile zamawiający jest w stanie rzeczowo uzasadnić postawiony wymóg. Co więcej, zamawiający powinien także przewidzieć w istotnych postanowieniach umowy przejrzystą procedurę regulującą warunki uzyskania takiej zgody lub jej braku. Działanie zamawiającego nie może opierać się na arbitralnej decyzji wyrażającej zgodę lub odmowę w powierzeniu wykonania części zamówienia konkretnemu podwykonawcy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż postanowienie umowne będące przedmiotem sporu w kształcie sformułowanym przez Zamawiającego nie zasługiwało na ochronę. W szczególności podkreślić należy, że Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznej uzasadniającej wprowadzenie wymogu w rzeczonym kształcie i zakresie. Jednocześnie ogólny charakter ww. postanowienia umownego czyni je nadmiernym, pozostawiając Zamawiającemu zbyt dużą swobodę decyzyjną w zakresie doboru podwykonawców przez wykonawcę, pogłębiając tym samym nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego, która i tak na gruncie Prawa zamówień publicznych doznaje ograniczeń. Z uwagi na powyższe zasadnym było w ocenie Izby nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany §8 ust. 4 załącznika nr 9 do SIWZ poprzez wskazanie, że obowiązkiem wykonawcy jest zgłoszenie podwykonawcy Zamawiającemu oraz wykreślenie kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 2 lit. b załącznika nr 9 do SIWZ za naruszenie ww. obowiązku przez wykonawcę. W końcu Izba wskazuje, iż nakazanie Zamawiającemu zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ww. zakresie nie oznacza, iż Zamawiający nie może wprowadzić do wzoru umowy dalszych modyfikacji dotyczących §8 ust. 4 wzoru umowy czy też przewidzieć kary umownej za niezgłoszenie podwykonawcy Zamawiającemu.

Wyjazd poza granice administracyjne

W ocenie Izby zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim dotyczył kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 2 lit. i oraz j wzoru umowy.

Zgodnie z § 10 ust. 2 lit. i oraz j wzoru umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za: i) każdy wyjazd pojazdu poza granice administracyjne gminy Mierzęcice w trakcie realizacji niniejszej umowy, w wysokości 5 000 zł oraz j) każdy przejazd pojazdu przez teren nie objęty w danym czasie harmonogramem odbioru odpadów, zarówno w granicach administracyjnych gminy Mierzęcice jak i poza jej terenem, w trakcie realizacji niniejszej umowy, w wysokości 5 000 zł.

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż podzieliła stanowisko Odwołującego, który podnosił, że kary umowne zastrzeżone w ww. kształcie były nadmierne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. W szczególności wskazać należy, iż ww. kary umowne Zamawiający zastrzegł za każdy przypadek wyjazdu pojazdu poza granice administracyjne gminy oraz za każdy przejazd pojazdu przez teren nieobjęty w danym czasie harmonogramem odbioru odpadów. Tym samym na podstawie ww. postanowień umownych Zamawiający będzie uprawniony do nałożenia na wykonawcę kary umownej bez względu na to, czy wyjazd poza granice administracyjne gminy oraz poza teren nieobjęty w danym czasie harmonogramem odbioru odpadów był usprawiedliwiony w danych okolicznościach. Słusznie wskazał Odwołujący, iż na podstawie ww. postanowień umownych Zamawiającemu będzie przysługiwało uprawnienie do naliczenia kary umownej w przypadku nieznacznego wyjazdu poza granice administracyjne gminy (analogicznie w

przypadku przekroczenia terenu objętego w danym czasie harmonogramem) usprawiedliwionego z logistycznego punktu widzenia (krótsza trasa, lepszy dojazd etc.), czy też w sytuacji, gdy droga dojazdowa do określonego miejsca będzie znacznie krótsza z przekroczeniem ww. granicy albo też wówczas, gdy droga dojazdowa będzie remontowana lub czasowo zablokowana. Nie można też pominąć, iż Zamawiający przewidział w postanowieniach IDW obowiązek odbioru i transportu odpadów, również w przypadkach, kiedy dojazd do nieruchomości lub PSZOK będzie utrudniony z powodu prowadzonych remontów dróg, dojazdów, złych warunków atmosferycznych. Nie można zatem wykluczyć, iż sytuacje, na które powołuje się sam Zamawiający będą w konkretnym przypadku uzasadniały przekroczenie granic administracyjnych gminy, czy też obszaru odbioru odpadów objętego harmonogramem. Do powyższych konkretnych okoliczności podnoszonych przez Odwołującego nie odniósł się w sposób rzeczowy Zamawiający. Dostrzec również należy, iż Zamawiający nie przewidział w postanowieniach wzoru umowy żadnej procedury wyjaśniającej umożliwiającej wykonawcy przedstawienie okoliczności faktycznych dotyczących uchybień w świadczeniu usług na rzecz Zamawiającego przed naliczeniem kar umownych.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który dążył do wykreślenia ww. kar umownych. Zdaniem Izby co do zasady kary umowne zastrzeżone w przypadkach w nich wskazanych należy uznać za uzasadnione, jako że na gminie ciąży obowiązek kontroli strumienia odpadów wytworzonych na jej terenie oraz ponoszenie kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów pochodzących z jej terenu. Tym samym jakkolwiek za nieuzasadnione Izba uznała wykreślenie ww. kar umownych, to zasadnym było nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie postanowień wzoru umowy poprzez doprecyzowanie okoliczności uprawniających Zamawiającego do naliczenia kar umownych określonych w § 10 ust. 2 lit. i oraz j załącznika nr 9 do SMW.

Rażąco wygórowane kary umowne

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w § 10 ust. 2 lit. r, s, t oraz u wzoru umowy rażąco wygórowanych kar umownych.

W § 10 ust. 2 Zamawiający określił, iż wykonawca zapłaci kary umowne za:

r)za każdy przypadek niezważenia pojazdu odbierającego odpady z terenu Gminy Mierzęcice przed odbiorem i/lub po odbiorze, w wysokości 5 000 zł.

s)w przypadku nieprzygotowania harmonogramu odbioru odpadów w terminach określonych w instrukcji dla wykonawców - załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i/lub jego nieprzekazania właścicielom nieruchomości, w wysokości 10 000 zł.

t)za nieprzekazanie Zamawiającemu do akceptacji harmonogramu odbioru niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz selektywnie zebranych odpadów komunalnych, w terminie określonym w instrukcji dla wykonawców - załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i/lub dostarczenie właścicielom nieruchomości niezaakceptowanych harmonogramów, w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek;

u)za każdy przypadek nieprzedstawienia Zamawiającemu do akceptacji harmonogramu odbioru mebli i innych odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, o którym mowa w § 2 ust. 13 umowy, w wysokości 10 000 zł.

Zgodnie z art. 483 § 1 KC, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jednocześnie zgodnie z art. 484 § 1 KC, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

W przedmiocie ww. zarzutu Zamawiający wskazał w szczególności, iż nie do Odwołującego należy ocena nieadekwatności zastrzeżonych kar umownych oraz że instytucję miarkowania kary zastosować może sąd, a Odwołujący nie musi akceptować każdego postanowienia umownego w sprawach umów zawieranych w ramach systemu zamówień publicznych. Ponadto Zamawiający powoływał się na dyscyplinującą funkcję kary umownej.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na

gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ KC) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych.

W kontekście powyższego podkreślić należy, iż kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia.

Za nieprzekonującą Izba uznała argumentację Zamawiającego, który zasadniczy ciężar położył na chęci zdyscyplinowania przyszłego wykonawcy zamówienia publicznego czemu dał wyraz w określeniu katalogu kar umownych i ich wysokości. W szczególności wskazać należy, iż Zamawiający nie przeprowadził szerszego wywodu merytorycznego wobec funkcji jakie ma pełnić kara umowna, w tym pominął funkcję kompensacyjną służącą naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę (dłużnika). Innymi słowy, Zamawiający nie wykazał, że przeprowadził jakąkolwiek analizę stosunku potencjalnej szkody, którą mógłby ponieść w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego przez wykonawcę do wysokości zastrzeżonej kary umownej, akcentując za to własną pozycję w relacjach z przyszłym wykonawcą zamówienia. Budzi niezrozumienie Izby postawa Zamawiającego, który sformułowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nawet nie próbuje usprawiedliwić i wyjaśnić. Silna pozycja zamawiającego na gruncie zamówień publicznych, czy też prawo do miarkowania kary umownej, nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla wypaczenia instytucji kary umownej. Ponadto nie można pomijać, iż wysokość kar umownych określonych przez Zamawiającego znajdzie odzwierciedlenie w oferowanych przez wykonawców cenach. Tym samym skutkiem określenia przez Zamawiającego kar umownych w wysokości nieadekwatnej do potencjalnej szkody, która mogłaby powstać po stronie Zamawiającego, może być wzrost obciążeń właścicieli nieruchomości opłatami za odbiór odpadów.

Mając na uwadze bierną postawę Zamawiającego w zakresie podniesionego zarzutu, w szczególności wobec braku jakichkolwiek argumentów przemawiających za odmową obniżenia wysokości ww. kar umownych w świetle zabezpieczenia interesu Zamawiającego, Izba nie znalazła podstaw do jego oddalenia i nakazała Zamawiającemu obniżenie kar umownych określonych w § 10 ust. 2 lit. r, s, t oraz u załącznika nr 9 do SIWZ o połowę ich wysokości.

Kary umowne za zwłokę oraz limit kar umownych

Zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w § 10 ust. 2 wzoru umowy kar umownych za niedotrzymanie terminów określonych w umowie za opóźnienie oraz nieokreślenie górnego limitu kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia.

Stosownie do treści art. 471 KC, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W ww. przepisie ustawodawca wprowadził domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a więc najczęściej z jego winy. Na gruncie ww. przepisu dłużnik może zwolnić się od odpowiedzialności poprzez wykazanie, że niewykonanie czy też nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z

przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie przedstawił rzeczowej argumentacji uzasadniającej ustanowienie w projekcie umowy kar umownych za niedotrzymanie terminów wynikających z umowy za opóźnienie. Zamawiający odnosząc się do ww. zarzutów poprzestał na twierdzeniu, iż jest to jego suwerenna decyzja oraz że w przypadku odbioru odpadów istotny - z sanitarnego punktu widzenia - jest niezwłoczny ich odbiór, zatem uzasadnione jest dyscyplinowanie wykonawców poprzez kary umowne za opóźnienie w realizacji ich obowiązków. W ocenie Izby Zamawiający nie podał żadnych przekonujących argumentów pozwalających stwierdzić, iż zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie było podyktowane ochroną szczególnego interesu wierzyciela (zamawiającego) polegającego na terminowym wykonaniu zobowiązania. Wskazać należy, iż terminowa realizacja warunków kontraktowych przez dłużnika (wykonawcę) leży w interesie każdego wierzyciela (zamawiającego), a w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie wykazał, iż wprowadzenie kar umownych za opóźnienie było uzasadnione jego szczególnie uzasadnionym interesem. Ponadto wskazać należy, iż analiza katalogu kar umownych zastrzeżonych w § 10 ust. 2 wzoru umowy prowadzi do wniosku, że kary umowne za opóźnienie zostały przewidziane nie tylko w przypadkach związanych *stricte* z terminową - a nie niezwłoczną jak twierdził Zamawiający - realizacją odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości czy z PSZOK, ale także za nieterminowe wykonanie obowiązków związanych z dokumentowaniem świadczonych usług. Co więcej, w okolicznościach tej sprawy, nie można pominąć, iż katalog kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego był obszerne. W wielu przypadkach Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kary umownej za każdy przypadek naruszenia postanowień kontraktowych, nie przewidując przy tym przed naliczeniem kary umownej procedury wyjaśniającej umożliwiającej wykonawcy przedstawienie okoliczności faktycznych związanych z powstałymi uchybieniami. Tym samym w okolicznościach tej sprawy określenie w § 10 ust. 2 wzoru umowy kar umownych za niedotrzymanie przez wykonawców terminów wykonania określonych zobowiązań za opóźnienie, zatem zarówno za okoliczności zawnione jak i niezawnione przez wykonawcę, jest nieproporcjonalnym obciążeniem.

Przechodząc następnie do kwestii braku górnego limitu kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia Izba wskazuje, iż Zamawiający w ww. zakresie nie przedstawił własnego stanowiska. Rozpoznając przedmiotowy zarzut w ocenie Izby zasadnym jest odwołanie się do orzecznictwa sądowego, w którym prezentowany jest pogląd, iż bezterminowe lub nielimitowane kwotowo zastrzeżenie kary umownej nie stanowi „określenia sumy pieniężnej” w rozumieniu art. 483 KC i obarczone jest sankcją bezwzględnej nieważności (art. 58 KC). Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2015 r. sygn. akt: IV CSK 687/14: „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 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.” Skład orzekający przywołane stanowisko Sądu Najwyższego podziela i przyjmuje je za własne.

Wziąwszy pod rozwagę ww. okoliczności zasadnym było w ocenie Izby nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie postanowień § 10 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż kary umowne za niedotrzymanie terminów określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego zostaną naliczone za okoliczności zawnione przez wykonawcę (zwłokę), jak również wprowadzenie maksymalnego limitu kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kumulacja kar

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie w § 10 ust. 2 lit. n wzoru umowy, iż nałożenie ww. kary umownej będzie kumulowane z karą przewidzianą w art. 9x ust. 1 pkt 3 ucpq.

Zgodnie z § 10 ust. 2 lit. n wzoru umowy, wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za każdy przypadek skierowania odpadów do instalacji innych niż wskazano w § 1 ust. 5 i ust. 6 umowy w wysokości 10 000 zł. Nałożenie kary o której mowa w zdaniu poprzednim nie wyłącza prawa do nałożenia administracyjnej kary pieniężnej, o której mowa

w art. 9x ust. 1 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z kolei stosownie do treści art. 9x ust. 1 pkt 3 ucp, przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który nie przekazuje, z zastrzeżeniem odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnej - podlega karze pieniężnej w wysokości od 500 zł do 2000 zł za pierwszy ujawniony przypadek.

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż nie dopatrzyła się naruszenia przepisów prawa w zastrzeżeniu przedmiotowej kary umownej. Słusznie wskazał Zamawiający, iż odmienne jest zarówno źródło, jak i charakter obu instytucji - z jednej strony mających umocowanie w umowie, dochodzonych na gruncie procesu cywilnego, z drugiej natomiast - mających swe źródło w ustawie, stanowiących instrument administracyjny. Wskazać również należy, iż analiza kary umownej określonej w umowie w sprawie zamówienia publicznego oraz przewidzianej w art. 9x ust. 1 pkt 3 ucp nie wskazuje na ich tożsamy zakres. Dostrzec należy, iż kara umowna zastrzeżona w § 10 ust. 2 lit. n umowy zostanie nałożona na wykonawcę za każdy przypadek skierowania odpadów do instalacji innych niż wskazane w § 1 ust. 5 i ust. 6 umowy. Z kolei ww. administracyjna kara pieniężna, o której mowa w art. 9x ust. 1 pkt 3 ucp zostanie nałożona na przedsiębiorcę, który nie przekazuje odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnej.

W świetle powyższego w ocenie Izby ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, wobec czego nie nakazano wykreślenia Zamawiającemu z wzoru umowy kary umownej zastrzeżonej w § 10 ust. 2 lit. n.

Potrącenie kar umownych

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na przewidzianą w § 10 ust. 4 wzoru umowy, możliwość potrącenia kary umownej z wynagrodzenia przysługującego wykonawcy.

Zgodnie z § 10 ust. 4 wzoru umowy, kwotę kary umownej Zamawiający potrąci z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy lub może jej dochodzić odrębnie.

Izba wskazuje, iż nie dopatrzyła się naruszenia podniesionych przez Odwołującego przepisów prawa. W okolicznościach przedmiotowej sprawy spór nie dotyczył dopuszczalności zastosowania w umowie o zamówienie publiczne instytucji potrącenia uregulowanej w art. 498 i n. KC, lecz braku przewidzenia przez Zamawiającego procedury, zgodnie z którą ewentualne potrącenie wynagrodzenia nastąpiłoby dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu ustalenie okoliczności faktycznych związanych z powstałymi uchybieniami, za które naliczono kary umowne.

Izba wskazuje, iż lektura ww. zarzutu wraz z żądaniem Odwołującego nie zasługiwała na aprobatę. Zauważyć należy, iż jeżeli Odwołujący stał na stanowisku, że kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko za zawinione przypadki uchybienia obowiązkom umownym przez wykonawcę, to powinien domagać się ewentualnego wprowadzenia stosownej procedury wyjaśniającej przed nałożeniem na wykonawcę kary umownej, a nie przed potrąceniem kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy, czyli wówczas gdy kara umowna za dane naruszenie zostanie już naliczona przez Zamawiającego.

Co do kwestii konieczności przewidzenia w postanowieniach wzoru umowy art. 15¹ ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.) Izba wskazuje, iż przepis ten nie nakłada na zamawiających obowiązku wprowadzenia do postanowień umowy o zamówienie publiczne regulacji w zakresie braku możliwości potrącenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w warunkach określonych tym przepisem. Przepis ten ma zastosowanie wprost, a brak przewidzenia odpowiedniego postanowienia umownego, nie oznacza, że nie będzie miał on zastosowania do umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle powyższych okoliczności zdaniem Izby nie było podstaw prawnych do uwzględnienia ww. zarzutu.

Zmiana umowy - art. 142 ust. 5 ustawy Pzp

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 353¹ oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 7, art. 14 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w postanowieniach wzoru umowy

zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy wyłącznie w jednym przypadku określonym w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, tj. zmiany stawki podatku VAT.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Izba wskazuje, iż wyżej wskazany przepis dotyczący tzw. klauzul waloryzacyjnych ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Z jego literalnej wykładni wprost wynika („umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera”), iż obowiązkiem zamawiającego jest umieszczenie w umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień określających zasady zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy pod określonymi tym przepisem warunkami. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecnictwie Izby (por. wyrok KIO z dnia 25 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 748/16 oraz z dnia 1 lipca 2016 r. sygn. akt: KIO 1060/16, gdzie w obu ww. wyrokach Izba nakazała zamawiającym zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień gwarantujących wykonawcy realizację prawa określonego w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp).

Mając na uwadze zatem, że umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy oraz że Zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy wyłącznie w jednym przypadku określonym art. 142 ust. 5 ustawy Pzp (zmiana stawki podatku od towarów i usług) Izba uwzględniła ww. zarzut i nakazała Zamawiającemu wprowadzenie w § 13 załącznika nr 9 do SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy we wszystkich przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 pkt 1 - 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 13/19 (zarzut zawarty w punkcie III.1, III.2 lit. a oraz e, III.4, III.5 lit. a, b, c, d, e, f, g, h oraz *petitum* odwołania) i bezzasadne w pozostałej części 6/19. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 13/19 oraz Odwołującego w części 6/19. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 1476 zł (łącznie 20 076 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 6 339,78 zł (20 076 zł x 6/19). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 260,22 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: