

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2020 r. przez wykonawcę: Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-046 Warszawa,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Partner Sp. z o.o. Sp. k., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa na rzecz zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-046 Warszawa stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 70 000 Mg”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2020 r. pod nr 2020/S 134-330118.

Wykonawca: Partner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia jak również przez sporządzenie korespondujących z opisem przedmiotu zamówienia postanowień wzoru umowy (Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy) w sposób:

1) niejasny i nieprecyzyjny,

2) ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności - wskutek niewskazania w:

1) pkt 16 Część II SIWZ — Opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którego aktualnym brzmieniem:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „ odpady zmieszane ” oraz odpady bio ” bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość skorzystania ze wskazanej stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach.”

2) § 2 ust. 8 Części V SI WZ — Istotne Postanowienia Umowy:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „ odpady zmieszane ” oraz odpady bio ” bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość skorzystania ze wskazanej stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach.”

a więc z pominięciem:

- że do realizacji zamówienia (zagospodarowania wszystkich frakcji odpadów objętych przedmiotem zamówienia) dozwolone jest wykorzystanie stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach z dnia 14.12.2012 (tj. Dz. U. z 2020 poz. 797, 875), podczas gdy, zgodnie z art. 23 ust. 10 ww. ustawy, odwołującym się do treści art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 ww. ustawy:

1) limitacja prawna zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne wyłącznie w miejscu wytworzenia, jest wyłączona (nie znajduje zastosowania z mocy prawa) wobec zbierania ww. frakcji odpadów komunalnych w stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1, 2 i 3 — w

tożsamy zakresie i na takich samych zasadach,

2) poza miejscem wytworzenia limitowane prawnie jest wyłącznie zbieranie następujących frakcji odpadów:

a) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;

b) bioodpadów stanowiących odpady komunalne, a w konsekwencji frakcje: „metale i tworzywa sztuczne”, „papier”, „szkło”, „odpady wielkogabarytowe” (również objęte przedmiotem zamówienia) mogą być zbierane w sposób prawnie nieograniczony również w innych miejscach niż miejsce wytworzenia odpadów, nie wyłączając stacji przeładunkowej o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach,

- że mocą art. 23 ust. 11 ustawy o odpadach „zakazu o którym mowa w ust. 2, nie stosuje się do zbierania bioodpadów stanowiących odpady komunalne przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych”

W wyniku powyższego treść SIWZ obarczona jest wadą:

1) sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, tj. z naruszeniem dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Syntetyzując przedmiotowy zarzut, intencjonalne wyłączenie dopuszczalności realizacji zamówienia z wykorzystaniem stacji przeładunkowych spełniających cechy, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach stanowi próbę nieuzasadnionego, zakamuflowanego ograniczenia konkurencji wyłącznie do podmiotów, które posiadają instalację komunalną lub instalację do przetwarzania bioodpadów. Zgodnie z ww. przepisami ustawy o odpadach, stacja przeładunkowa, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ww. ustawy stanowi równoprawną stację przeładunkową względem stacji, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2 lub 3 ustawy o odpadach. Jednocześnie z mocy art. 23 ust. 10 pkt 1 ww. ustawy, posiadający taką stację jest uprawniony do zbierania w niej odpadów, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 ww. ustawy. Ze względu na powyższe, ww. postanowienia SIWZ w sposób nieuprawniony ograniczają krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie, przy jednoczesnym naruszeniu uprawnień Odwołującego wynikających bezpośrednio z art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach w związku z treścią posiadanych przez Odwołującego decyzji administracyjnych (zezwoleń na zbieranie odpadów),

2) nieprecyzyjności oraz ograniczenia uczciwej konkurencji, albowiem Zamawiający w sposób nieuprawniony i nieuzasadniony modyfikuje bezwzględnie obowiązujące regulacje

prawne pozwalające na zbieranie następujących frakcji odpadów: „metale i tworzywa sztuczne”, „papier”, „szkło”, „odpady wielkogabarytowe” poza miejscem ich wytworzenia, tj. również w stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach;

2. art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z 29 ust. 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie

przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a także w kolizji z zasadą proporcjonalności, poprzez zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów zmieszanych (pkt. 4.12 Część I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców, § 8 ust. 1 Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy). Poprzez ograniczenie zakresu dopuszczalnego podwykonawstwa, grono wykonawców, którzy mogą uzyskać zamówienie, ograniczone zostało wyłącznie do podmiotów prowadzących instalację komunalną, albowiem

zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach, niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne

mogą zostać zagospodarowane wyłącznie w instalacji komunalnej. W rezultacie ww. ograniczenie podwykonawstwa stanowi zakamuflowane ograniczenie kręgu wykonawców, mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, wyłącznie do podmiotów prowadzących

instalacje komunalne;

3. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art.

353¹ k.c., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, jak również niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, tj. wskazanie w SIWZ okresu na przetworzenie/zagospodarowanie odpadów nie później niż w terminie 30 dni po zakończeniu realizacji zamówienia (§ 2 ust. 5 Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy), co pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy o odpadach, która dopuszcza okres magazynowania odpadów innych niż niebezpieczne do roku;

4 art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niesprecyzowanie mechanizmu

rozdziłu strumienia odpadów pochodzącego z dzielnic Ursynów oraz Wilanów na poszczególne części zamówienia, zarówno w zakresie zamówienia gwarantowanego, jak i objętego prawem opcji. W rezultacie wykreowany we wskazanym zakresie opis przedmiotu zamówienia jest niewyczerpujący i nieuwzględniający konsekwencji dokonania specyficznego rozdziłu zamówienia na części. Powyższe zaniechanie Zamawiającego wywiera wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności jej kalkulację. Odmienne wyobrażenia wykonawców w tym zakresie mogą skutkować nieporównywalnością złożonych ofert.

5. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art.

353¹ k.c. poprzez:

1) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, jak również przez

sporządzenie wzoru umowy (Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy) w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i rażąco naruszający równowagę pomiędzy

stronami umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz skutkujący przeniesieniem na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia wskutek wprowadzenia jednostronnego i uznaniowego prawa Zamawiającego do zlecenia wykonania przedmiotu umowy innemu wykonawcy tzw. wykonawstwo zastępcze niezależnie od rodzaju i stopnia naruszenia zobowiązań umownych przez wykonawcę po uprzednim wyznaczeniu terminu dodatkowego nie dłuższego niż 2 dni robocze (§ 2 ust. 34 Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy),

2) sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz niezapewniający równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jak również rażąco naruszający równowagę pomiędzy stronami umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz przenoszący całe ryzyko gospodarcze realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonawcę, tj. poprzez wprowadzenie w SIWZ i wzorze umowy zapisów zapewniających nadmiernie uprzywilejowaną pozycję Zamawiającemu, który w wielu przypadkach może uznaniowo decydować o sposobie wykonania i zakończenia umowy i zasadach współpracy z wykonawcą na etapie realizacji umowy, wśród takich zapisów mieści się:

- uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia/żądania zwrotu nadpłaconej kwoty od wykonawcy, jeśli wystąpią okoliczności mające wpływ na uzgodnioną masę odpadów i wysokość wypłaconego wynagrodzenia (§ 3 ust. 5 Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy),
- uprawnienie do akceptacji przez Zamawiającego, bez ograniczenia czasu na jego decyzję, nowej instalacji w przypadku zmiany instalacji do przetwarzania wskazanej przez wykonawcę w dołączonym do oferty oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów (§ 2 ust. 6 i 8 ust. 5 Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy),
- brak jakichkolwiek zapisów równoważących pozycję wykonawcy wobec Zamawiającego w zakresie prawa rozwiązania umowy przez wykonawcę,
- zastrzeżenie - wyłącznie na rzecz Zamawiającego - licznych i wygórowanych kar umownych,
- niedookreślenie, że prawo naliczenia kar umownych przysługuje Zamawiającemu w przypadku wystąpienia przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- brak górnego limitu kar (§ 6 wzoru umowy), wobec czego kary są przewidziane za zdarzenia znajdujące się poza kontrolą wykonawcy, stanowią nieproporcjonalne w stosunku do wynagrodzenia oraz nieuzasadnione poniesieniem szkody przez Zamawiającego obciążenie wykonawcy, godzące w istotę i cel zamówienia publicznego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian SIWZ, tj.:

1) modyfikację pkt 16 części II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, w tym postanowień części V SIWZ - Istotnych postanowień umowy, poprzez dostosowanie do treści art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach, tj. wskazanie na dopuszczalność zbierania odpadów poza miejscem wytwarzania również w przypadkach określonych w art. 23 ust. 10 pkt 1 i art. 23 ust. 11 ww. ustawy,

2) modyfikację pkt 4.12 Części I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, w tym postanowień części V SIWZ - Istotnych postanowień umowy, poprzez wykreślenie zapisów o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów zmieszanych,

3) modyfikację §2 ust. 34 Części V SIWZ Istotne postanowienia umowy oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, poprzez wprowadzenie szczegółowych przesłanek prawa do zlecenia przez Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia innemu wykonawcy, jak również, poprzez wydłużenie terminu dodatkowego dla wykonawcy do co

najmniej 7 dni roboczych,

4) modyfikację pkt 5 Części II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, w tym postanowień części V SIWZ - Istotnych postanowień umowy, poprzez ich dostosowanie do treści art 25 ustawy o odpadach, tj. wydłużenie czasu na

zagospodarowanie odpadów do roku,

5) wykreślenie w §3 ust. 5 Część V SIWZ Istotne postanowienia umowy oraz w odpowiednich innych zapisach SIWZ uprawnienia Zamawiającego do żądania zwrotu nadpłaconej kwoty oraz pomniejszenia kolejnych płatności o stwierdzoną różnicę

wynagrodzenia,

6) modyfikację §2 ust. 6 i 8 ust. 5 Części V SIWZ — Istotne postanowienia umowy oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, poprzez wykreślenie prawa Zamawiającego do przedłużenia terminu na dokonanie akceptacji nowej instalacji bez wskazania okresu przedłużenia,

7) wprowadzenie do §6 Części V SIWZ Istotne postanowienia umowy oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ zapisów znoszących rażące uprzywilejowanie Zamawiającego w zakresie prawa wypowiedzenia umowy, poprzez dodanie prawa wykonawcy do wypowiedzenia umowy w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających realizację zamówienia z przyczyn niezależnych od wykonawcy, takich jak zmiana obowiązujących regulacji prawnych lub ich interpretacji oraz brak płatności Zamawiającego przekraczający 90

dni,

8) wprowadzenie do §6 Części V SIWZ Istotne postanowienia umowy oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ zapisów równoważących pozycje obu stron w zakresie prawa wykonawcy do naliczenia kar umownych w przypadku nienależytego wykonywania zobowiązań Zamawiającego,

9) wprowadzenie w §6 ust. 3 pkt. 2, pkt. 3, pkt 6, pkt 7, pkt 8, pkt 9, pkt 10 Części V SIWZ — Istotne postanowienia umowy zapisów eliminujących przypisywanie wykonawcom odpowiedzialności za zdarzenia znajdujące się poza ich kontrolą poprzez dodanie słów: „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”,

10) wprowadzenie do §6 Części V SIWZ Istotne postanowienia umowy oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ zapisów znoszących nadmierne uprzywilejowanie Zamawiającego, poprzez wprowadzenie górnego limitu kar w wysokości 10% łącznego wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej,

11) wykreślenie §6 ust. 3 pkt 1) Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ,

12) sprecyzowanie w SIWZ sposobu rozdziału strumienia odpadów pochodzącego z dzielnic Ursynów oraz Wilanów na poszczególne części zamówienia, poprzez wprowadzenie

w SIWZ postanowienia:

„1. Zamawiający będzie kierował strumień odpadów pochodzący z dzielnic Ursynów oraz Wilanów, do zagospodarowania w ramach poszczególnych części zamówienia, odpady w sposób stały, tj. w każdym kolejnym dniu realizacji zamówienia, będzie kierował strumień odpadów do wykonawców realizujących kolejne części zamówienia (odpowiednio część I, II,

III itd.).

2.W przypadku osiągnięcia w danej części zamówienia limitu gwarantowanej części zamówienia, Zamawiający zaprzestanie kierowania strumienia odpadów do zagospodarowania w danej części zamówienia, aż do czasu osiągnięcia w każdej części zamówienia wskazanego limitu. Następnie Zamawiający będzie kierował strumień odpadów z zachowaniem zasad określonych w ust. 1”.

ewentualnie w przypadku wydania przez Izbę orzeczenia po upływie terminu, o którym mowa w art. 38 ust. 4 Pzp - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. jako obarczonego wadą, polegającą na niemożności dokonania niezbędnej modyfikacji SIWZ, w celu uchylecia wad SIWZ, których występowanie uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego.

2. nakazanie Zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych, koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania Zamawiającemu w związku z ww.

orzeczeniem,

3. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.
Odwołujący wyjaśnił, że prowadzi działalność w obszarze objętym przedmiotem

zamówienia, jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. w szczególności poprzez ukształtowanie treści SIWZ w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, Odwołujący może ponieść szkodę, przejawiającą się w braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu mieszczącym się w jego zakresie działalności gospodarczej, pozyskania zamówienia publicznego oraz jego realizacji, a co za tym idzie w nieuzyskaniu świadczeń wzajemnych (wynagrodzenia) wynikających z realizacji zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę w warunkach uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu nr 1

Odwołujący podniósł, że zgodnie z:

- 1) pkt. 16 Części II - OPZ:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „odpady zmieszane” oraz odpady „bio” bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość skorzystania ze wskazanej stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach.”

- 2) §2 ust. 8 Części V SIWZ — IPU:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „ odpady zmieszane ” oraz odpady „bio” bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość skorzystania ze wskazanej stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach.”

- 3) pkt 12 Części II SIWZ — OPZ:

„Zamówienie obejmuje zagospodarowanie następujących rodzajów odpadów komunalnych:

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

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

- b) „bio ”, tj.:

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

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

c) „metale i tworzywa sztuczne” tworzywa sztuczne w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, metale w tym odpady opakowaniowe z metali, opakowania wielomateriałowe, sklasyfikowane pod kodem 15 01 06 — zmieszane odpady opakowaniowe,

d) „papier”, tj. papier i tektura, w tym odpady opakowaniowe z papieru i tektury, sklasyfikowane pod kodem 15 01 01 — odpady opakowaniowe z papieru i tektury,

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

f) „odpady wielkogabarytowe”, tj. odpady wielkogabarytowe, w tym meble i materace, sklasyfikowane pod kodem 20 03 07 — odpady wielkogabarytowe.”

Zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy o odpadach, do którego *expressis verbis* odwołuje się art. 23 ust. 10 ww. ustawy, przywołany częściowo w ww. postanowieniach SIWZ, zakaz zbierania poza miejscem wytwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (pkt 5) oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne (pkt 6) nie obowiązuje jeżeli wskazane frakcje odpadów są zbierane w stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

- 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (art. 23 ust. 10 pkt 1) lub
 - 2) prowadzącego instalację komunalną, (art. 23 ust. 10 pkt 2) lub
 - 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów (art. 23 ust. 10 pkt 3).
- Uchylenie zakazu, o którym mowa w art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 ww. ustawy następuje z mocy prawa. Innymi słowy zakaz zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (pkt 5) oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne (pkt 6) nie obowiązuje, w tożsamym zakresie i stopniu we wszystkich spośród kategorii stacji przeładunkowych wymienionych w art. 23 ust. 10 pkt 1, 2 i 3 ustawy o odpadach.

Zamawiający ww. zapisami SIWZ, poprzez wskazane wyłącznie stacji przeładunkowych, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach wtórnie i bezprawnie uchyla ustawowe wyłączenie zakazu, pozwalając na zbieranie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (pkt 5) oraz bioodpadów (pkt 6), w toku realizacji zamówienia, wyłącznie w stacji, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2 i/lub 3 ww. ustawy. Tym samym następuje uchylenie uprawnień Odwołującego przysługujących mu na podstawie art. 23 ust. 10 pkt 1 ww. ustawy w zw. z posiadanymi przez Odwołującego decyzjami administracyjnymi (zezwoleniami na zbieranie odpadów), tj. do zbierania na posiadanej przez Odwołującego stacji przeładunkowej odpadów w toku realizacji zamówienia.

Mając na względzie, że wszystkie stacje przeładunkowe, o których mowa w art. 23 ust. 10 ww. ustawy są równoprawne oraz nie wykazują żadnych różnic pod względem faktycznym oraz funkcjonalnym, sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza:

- 1) art. 29 ust. 2 Pzp, albowiem nie tylko generuje prawdopodobieństwo, ale realnie utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż prowadzi do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności.

Odwołujący podniósł, że wskazane powyżej przepisy wyrażają podstawowe filary systemu zamówień publicznych, tj. otwartość na uczciwą konkurencję oraz konieczność zachowania przez Zamawiającego adekwatności wymagań i ograniczeń do kierujących nim potrzeb nabywczych. uchwałe KIO z dnia 27 września 2018 r., KIO/KD 34/18, wyroku KIO z dnia 17 lutego 2020 r., KIO 211/20, wyroku KIO z dnia 3 września 2018 r., KIO 1687/18, wyroku KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., KIO 1543/18, wyroku KIO z dnia 18 kwietnia 2019 r., KIO 585/19.

Ustanowione przez Zamawiającego ograniczenie kategorii stacji przeładunkowych, przy wykorzystaniu których możliwe jest realizowanie zamówienia, nie znajduje uzasadnienia w żadnych obiektywnych okolicznościach ani potrzebach nabywczych Zamawiającego. W ujęciu prawnym, faktycznym oraz funkcjonalnym stacja przeładunkowa nie uzyskuje ani nie traci żadnych cech w zależności od tego czy jest stacją przeładunkową, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1, 2 czy 3 ustawy o odpadach. Stacje te nie różnią się żadnymi właściwościami fizycznymi, a jedynie statusem podmiotu, który je prowadzi. Jednocześnie mocą art. 23 ust. 10 ww. ustawy, jest to status równoprawny. W konsekwencji, referowanie przez Zamawiającego w ww. zapisach SIWZ do art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach stwarza wyłącznie iluzoryczność wykreowania wymogów o charakterze obiektywnym, uzasadnionym oraz nienaruszającym reguły uczciwej konkurencji. Przepis art. 23 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach nie wyraża bowiem żadnych wymogów prawnych co do właściwości przedmiotowych stacji przeładunkowej, np. posiadania określonej przepustowości, wielkości, usytuowania itp.

Jednocześnie na rynku gospodarki odpadami komunalnymi funkcjonują stacje przeładunkowe, które w zależności od okoliczności, mogą uzyskać lub utracić cechy, o których mowa odpowiednio w art. 23 ust. 10 pkt 1, 2 lub 3 ustawy o odpadach. Dopóki jednak będą prowadzone przez podmiot, o którym mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 lub 2 lub 3 będą mogły być miejscem, w którym podmiot posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów, będzie mógł przyjąć frakcje odpadów wskazane w art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy o odpadach w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami.

W rezultacie, przyjętymi przez Zamawiającego zapisami SIWZ następuje iluzoryczne zapewnienie otwartości zamówienia na konkurencję, albowiem w postępowaniu mogą wziąć udział wyłącznie wykonawcy prowadzący instalację komunalną lub instalację do przetwarzania bioodpadów - przy zastrzeżeniu, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, popartym wyrokiem KIO 896/20, warunek ten, w sytuacji wspólnego ubiegania się przez wykonawców o zamówienie musi zostać spełniony z wyłączeniem sumowania się potencjału, tj. jeden podmiot (wykonawca) musi zarówno być prowadzącym instalację komunalną lub do przetwarzania bioodpadów oraz stację przeładunkową (tj. posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej). Przyjmując ww. interpretację, nawet połączenie się przez Odwołującego lub jemu podobnych wykonawców w konsorcjum nie umożliwia skutecznego ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

W rezultacie o udzielenie zamówienia, na skutek ww. postanowień SIWZ nie tylko nie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający uprawnienie do zbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (pkt 5) oraz bioodpadów (pkt 6) na stacji przeładunkowej mocą art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach, ale również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców nie prowadzi jednocześnie:

- 1) stacji przeładunkowej,
- 2) instalacji komunalnej lub instalacji do przetwarzania bioodpadów.

Wskazane powyżej ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o uzyskanie zamówienia, nie znajduje obiektywnego uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, albowiem w równym stopniu mogą zostać one zaspokojone z wykorzystaniem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ww. ustawy. Stacje przeładunkowe, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ww. ustawy posiadają wszystkie niezbędne właściwości dla prawidłowego i zgodnego z prawem zrealizowania zamówienia — w stopniu tożsamym co stacje, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2 i/lub 3 ww. ustawy.

Ponadto, ww. zapisami SIWZ Zamawiający w sposób nieuzasadniony prawnie różnicuje sytuację podmiotów działających w branży gospodarki odpadami komunalnymi, posiadających wystarczający potencjał dla prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Powyższe koliduje z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą proporcjonalności, która umożliwia ograniczenie dostępności do zamówienia wyłącznie jeżeli istnieją ku temu uzasadnione podstawy.

Jednocześnie wskazane powyżej ograniczenie negatywnie wpływa na wydatkowanie przez Zamawiającego środków finansowych, co ukazują oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy” (nr sprawy: DZA.ZOZ.27.9/2020.LK).

Przytoczone powyżej zapisy SIWZ pomijają, że art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 (do którego *expressis verbis* odwołuje się art. 23 ust. 1 ustawy o odpadach) limitowane jest wyłącznie zbieranie następujących frakcji odpadów poza miejscem ich wytwarzania:

- 1) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;
- 2) bioodpadów stanowiących odpady komunalne.

Zbieranie poza miejscami wytwarzania pozostałych frakcji odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj. „metale i tworzywa sztuczne”, „papier”, „szkło”, „odpady

wielkogabarytowe” jest prawnie dozwolone. W rezultacie zbieranie wskazanych frakcji

odpadów jest dozwolone również we wszystkich stacjach przeładunkowych, o których mowa w art. 23 ust. 10, a więc także w stacjach, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach. W konsekwencji limitowanie aby frakcje odpadów: „metale i tworzywa sztuczne”, „papier”, „szkło”, „odpady wielkogabarytowe” były zbierane wyłącznie w stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2 lub 3 ww. ustawy, oprócz wskazanych powyżej argumentów, narusza art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp również ze względu na okoliczność, iż art. 23 ust. 10 w zw. z art. 23 ust. 2 ww. ustawy nie znajduje w ogóle zastosowania względem ww. rodzajów odpadów. Wprowadzenie przez Zamawiającego przedmiotowego ograniczenia nie znajduje uzasadnienia, na co wprost wskazuje okoliczność, iż ww. frakcje odpadów nie zostały poddane ograniczeniom, o których mowa w art. 23 ust. 2 ustawy o odpadach, a proces ich zagospodarowania przebiega odmiennie — m.in. nie muszą być przekazywane bezpośrednio lub za pośrednictwem stacji przeładunkowej do instalacji przetwarzającej odpady komunalne, lecz mogą być przekazane innemu podmiotowi zbierającemu odpady.

Wobec powyższego, zapisy SIWZ powinny zostać sformułowane, poprzez dozwolenie

na realizację zamówienia z wykorzystaniem stacji przeładunkowych, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1, 2 lub 3 ustawy o odpadach. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji:

1) pkt. 16 Części II - Opis przedmiotu zamówienia:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „odpady zmieszane” oraz odpady „bio” bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 1 i/lub 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość skorzystania ze wskazanej stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 1 i/lub 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. Ponadto, odpady inne niż „zmieszane” oraz „bio” mogą być zagospodarowane za pośrednictwem innego podmiotu zbierającego odpady.”

2) §2 ust. 8 Części V SIWZ — Istotne Postanowienia Umowy:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „odpady zmieszane” oraz odpady „bio” bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 1 i/lub 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość skorzystania ze wskazanej stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 1 i/lub 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. Ponadto odpady inne niż „zmieszane” oraz „bio” mogą być zagospodarowane za pośrednictwem innego podmiotu zbierającego odpady.”

W zakresie zarzutu nr 2

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 4.12. SIWZ Część I SIWZ — Instrukcja dla Wykonawców: „Zamawiający wprowadza zastrzeżenie wskazujące na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Pod pojęciem kluczowe części zamówienia Zamawiający rozumie zagospodarowanie „odpadów zmieszanych” w instalacji, o której mowa w §2 ust. 16 pkt. 3 umowy, prowadzonej przez Wykonawcę. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom wyłącznie w pozostałym zakresie”.

Odwołujący podniósł, że zasadą określoną w art. 36a ust. 1 Pzp., wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, jest dopuszczalność powierzenia przez wykonawcę realizacji części zamówienia podwykonawcy. Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania zamówienia stanowi wyjątek, który musi być uzasadniony specyfiką danej części zamówienia — wymuszającą posiadanie szczególnych cech przez wykonawcę, których nie można zapewnić poprzez dysponowanie pośrednie. Praktyka rynku zamówień publicznych ukazuje, że w przypadku zamówień na usługi jest to co do zasady rzadko stosowane przez zamawiających, na co wskazują między innymi dane statystyczne UZP publikowane okresowo.

W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych, tj. działalność regulowana, a co za tym idzie usługi będące przedmiotem zamówienia podlegają szczególnym procedurom administracyjnym i jakościowym, a każdy podmiot prowadzący taką działalność z racji posiadanych i odnawianych zezwoleń gwarantuje należyte wykonanie tych usług, i w celu zachowania ciągłości prowadzenia działalności w tym zakresie musi spełniać najwyższe standardy. Bezpośrednie posiadanie przez wykonawcę instalacji komunalnej i zagospodarowanie w niej niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych nie gwarantuje realizacji zamówienia w jakości wyższej niż realizacja takiego obowiązku przez podwykonawcę. W szczególności instalacje będące w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy nie charakteryzują się żadnymi korzystniejszymi cechami niż instalacje podwykonawców. Zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przez wykonawcę przybiera taką samą procedurę i postać, jak zagospodarowanie ich przez podwykonawcę. We wskazanym zakresie kluczowe są cechy samej instalacji komunalnej, w której następuje proces przetworzenia odpadów, względem której Zamawiający nie ustanowił żadnych szczegółowych wymagań.

Ponadto, podmiot zagospodarowujący niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne występując jako podwykonawca, poddany jest w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takiej samej weryfikacji jak wykonawca. W konsekwencji realizacja usług zastrzeżonych jako kluczowa części zamówienia, w przypadku uchylenia przedmiotowego obostrzenia, będzie następować wyłącznie przez podmiot posiadający odpowiednie uprawnienia. Jak wynika z doświadczenia Odwołującego, podwykonawstwo w zamówieniach, o przedmiocie takim samym lub podobnym do niniejszego postępowania, nie stoi na przeszkodzie osiągnięciu celu w postaci zapewnienia prawidłowej realizacji

zamówienia, a co za tym idzie zapisy SIWZ wprowadzające taki wymóg mają charakter ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach, niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne muszą zostać przetworzone w instalacji komunalnej, co skutkuje de facto ograniczeniem kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, wyłącznie do podmiotów posiadających i prowadzących instalację komunalną. Krąg takich podmiotów jest znacznie ograniczony i jest znacząco węższy od grona podmiotów prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą w branży gospodarki odpadami komunalnymi.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, zasadna jest zmiana pkt. 4.12 Część I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców i §8 ust. 1 Część V SIWZ — Istotne postanowienia umowy oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, poprzez wykreślenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

W zakresie zarzutu nr 3

Odwolujący wskazał na pkt 5 Części II SIWZ - OPZ, na podstawie którego Zamawiający dopuszcza możliwość przetworzenia zmagazynowanych (także w procesach R13 i D15) odpadów nie później niż w terminie 30 dni po terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2 pozostaje w sprzeczności z art. 25 ustawy o odpadach, stosownie do art. 25 ust. 4:

„4. Odpady mogą być magazynowane, jeżeli konieczność magazynowania wynika z procesów technologicznych lub organizacyjnych i nie przekracza terminów uzasadnionych zastosowaniem tych procesów, nie dłużej jednak niż przez:

1) 1 rok — w przypadku magazynowania odpadów niebezpiecznych, odpadów palnych, niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetworzenia odpadów komunalnych;”

W związku z powyższym zasadne jest doprowadzenie do zgodności z art 25 ustawy o odpadach, poprzez zmianę ww. zapisu OPZ oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, w tym postanowień części V SIWZ - IPU.

W zakresie zarzutu nr 4

Odwolujący wskazał, że zamówienie zostało podzielone na 7 części, co znajduje swój wyraz w pkt 4 SIWZ (OPZ), zgodnie z którym zamówienie zostanie udzielone z podziałem na zadania ilościowe oraz w pkt 13 SIWZ (OPZ) przewidującym „szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań”.

Odwolujący wskazał, że wszystkie ww. odpady, zgodnie z pkt 1 SIWZ (OPZ), pochodzą z obszaru dzielnic Ursynów i Wilanów, obsługiwanych przez jednego wykonawcę, będącego operatorem odbioru odpadów komunalnych. Jednocześnie w OPZ nie przewidziano żadnych mechanizmów, które regulowałyby sposób, w jaki Zamawiający będzie kierował podzielony na 7 części strumień odpadów komunalnych odebranych z ww. dzielnic. W szczególności Zamawiający nie doprecyzował, czy powyższe będzie następować w sposób ciągły, tj. przez cały okres realizacji zamówienia, równomiernie do wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, czy też cyklicznie — najpierw do wykonawcy części I zamówienia, następnie II itd., a jeżeli tak to w jakich odstępach czasowych i przy wykorzystaniu jakich kryteriów Zamawiający podejmie decyzję w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego, powyższe ma doniosłe znaczenie dla prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, albowiem w odmienny sposób kształtują się koszty, w szczególności stałe, zapewnienia gotowości do odbioru małej ilości odpadów komunalnych, ale w sposób ciągły, a odmiennie w przypadku jednorazowego dostarczenia znacznej ilości odpadów komunalnych (w szczególności w przypadku konieczności ich przetransportowania). Powyższe wpływa również na rodzaje kosztów, jakie musi uwzględnić wykonawca, np. wybierając pomiędzy wynajmem pojazdu o znacznej ładowności względem pojazdów o ładowności mniejszej, czy też kalkulując koszty paliwa, magazynowania odpadów w stacji przeładunkowej itp. Określenie powyższego jest niezbędne w świetle wymogów art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. dla zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji. Niedoprecyzowanie ww. kwestii może skutkować tym, że w zależności od części, na którą wykonawca złoży ofertę lub którą część uzyska, uzależnione będzie zaktualizowanie się bądź nie zakresu zamówienia objętego prawem opcji. Znaczny zakres prawa opcji (40% zakresu zamówienia) skutkuje odmiennym kształtowaniem się czynników kosztotwórczych, a w rezultacie stopą zysku i ceną.

, Odwołujący wniósł o sprecyzowanie w OPZ mechanizmu rozdziału strumienia

odpadów (70 000 Mg) na poszczególne części zamówienia, poprzez wprowadzenie następującego zapisu:

„1. Zamawiający będzie kierował strumień odpadów pochodzący z dzielnic Ursynów oraz Wilanów, do zagospodarowania w ramach poszczególnych części zamówienia, odpady w sposób stały tj. w każdym kolejnym dniu realizacji zamówienia, będzie kierował strumień odpadów do wykonawców realizujących kolejne części zamówienia (odpowiednio część I, II, III itd.).”

2. W przypadku osiągnięcia w danej części zamówienia limitu gwarantowanej części zamówienia, Zamawiający zaprzestanie kierowania strumienia odpadów do zagospodarowania w danej części zamówienia, aż do czasu osiągnięcia w każdej części zamówienia wskazanego limitu. Następnie Zamawiający będzie kierował strumień odpadów z zachowaniem zasad określonych w ust. 1”.

W zakresie zarzutu nr 5 (pkt 1)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z §2 ust. 34 Część V SIWZ IPU, „W przypadku niewywiązywania lub nienależytego wywiązywania się Wykonawcy ze zobowiązań umowy Zamawiający może po wyznaczeniu Wykonawcy dodatkowego terminu nie dłuższego jednak niż 2 dni robocze, zlecić wykonanie przedmiotu umowy innemu Wykonawcy, a kosztami obciążyć Wykonawcę, na co Wykonawca wyraża zgodę.”

Powyższy zapis SIWZ przyznaje Zamawiającemu prawo do stosowania uznaniowo wykonawstwa zastępczego, niezależnie od rodzaju i stopnia naruszenia zobowiązań umownych przez wykonawcę, co prowadzić może do faktycznej zmiany podmiotu realizującego zamówienie publiczne przy jakimkolwiek, nawet nieistotnym z punktu widzenia realizacji zamówienia, obowiązku umownym. Postanowienie takie narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż wprowadza niepewność co do okoliczności, w których Zamawiający ma prawo zastosowania. Ponadto, ww. zapis SIWZ przewiduje 2-dniowy termin dodatkowy dla wykonawcy na usunięcie naruszeń, co stanowi tak krótki okres czasu, że możliwość przeciwdziałania przez wykonawcę zleceniu wykonania innemu wykonawcy staje się iluzoryczna.

W ocenie Odwołującego, zasadna jest modyfikacja §2 ust. 34 Części V SIWZ IPU oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, poprzez wprowadzenie szczegółowych przesłanek prawa do zlecenia przez Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia innemu wykonawcy, jak również poprzez wydłużenie terminu dla wykonawcy do co najmniej 7 dni roboczych.

W zakresie zarzutu nr 5 (pkt 2)

Odwołujący wskazał na zapis w §3 ust. 5 Część V SIWZ — IPU: „Jeżeli w trakcie obowiązywania umowy wystąpią okoliczności mające wpływ na uzgodnioną masę odpadów

przyjętych do zagospodarowania, a tym samym na wysokość wypłaconego wykonawcy wynagrodzenia, Zamawiający jest uprawniony do żądania zwrotu nadpłaconej kwoty. Zamawiający jest uprawniony do pomniejszenia kolejnej płatności lub kolejnych płatności należnych Wykonawcy o stwierdzoną różnicę wynagrodzenia, na co Wykonawca wyraża zgodę.”

Odwołujący podniósł, że zapis ten wprowadza nieograniczone uprawnienie dla Zamawiającego do ingerencji w zapłacone wykonawcy uprzednio wynagrodzenie. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z §3 ust. 3 umowy, faktury są wystawiane przez wykonawcę na podstawie zatwierdzonych przez Zamawiającego sprawozdań miesięcznych, tzn. po weryfikacji przez Zamawiającego zasadności kwot należności. Płatności te podlegają powtórnej weryfikacji w oparciu o sprawozdania kwartalne. Co więcej, zgodnie z §3 ust. 8, wykonawca otrzymuje wynagrodzenie wyłącznie za odpady przetworzone, tzn. rozliczenie następuje po całkowitym wykonaniu części zamówienia. Wobec powyższego, przyznanie Zamawiającemu kolejnego, nieograniczonego w czasie uprawnienia, o nieokreślonych zasadach jego realizacji, do zmniejszania zatwierdzonego uprzednio i zapłaconego wynagrodzenia wykonawcy stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego w kształtowaniu stosunku umownego w zamówieniu publicznym i rodzi dla wykonawcy ryzyko w stopniu wykraczającym poza ramy konieczne dla zapewnienia prawidłowego rozliczenia zrealizowanego zamówienia.

Odwołujący wniósł o wykreślenie przytoczonego zapisu w §3 ust. 5 Część V SIWZ — IPU oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ.

Podobny charakter, zapisu przyznającego Zamawiającemu całkowitą dowolność w kształtowaniu sposobu wykonania zamówienia i pozbawiającego wykonawcę elementarnej

pewności co do przebiegu realizacji zamówienia, ma zapis w § 2 ust. 6 (i odpowiednio w §8 ust. 5 Części V SIWZ — IPU), zgodnie z którym: „Wskazany okres może ulec zmianie o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie.” Zapis ten przyznaje Zamawiającemu prawo do przedłużenia na dowolny okres terminu na dokonanie akceptacji nowej instalacji oraz całkowicie wyklucza zaplanowanie przez wykonawcę działań w zakresie zmiany instalacji na inną spełniającą wymogi SIWZ, a tym samym może stanowić zagrożenie prawidłowej realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. zapisu w § 2 ust. 6 Część V SIWZ — IPU oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, w szczególności w §8 ust. 5 Części V SIWZ — IPU.

Odwołujący podniósł także, że w SIWZ, w tym Część V SIWZ — IPU, brak jest postanowień uwzględniających okoliczności mogące skutkować nienależytym wykonywaniem zobowiązań z przyczyn niezależnych od wykonawcy lub takich, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności nie przewidziano: prawa wypowiedzenia umowy przez wykonawcę, prawa do naliczenia kar umownych w przypadku nienależytego wykonania zobowiązań Zamawiającego, naliczania kar w przypadku, gdy wykonawca ponosi odpowiedzialność za zaistnienie danej okoliczności, górnego limitu kar umownych.

W § 6 ust. 3 pkt. 2, pkt. 3, pkt 6, pkt 7, pkt 8, pkt 9, pkt 10 Części V SIWZ — Istotne postanowienia umowy wprowadzono kary umowne nie wskazując, że prawo ich naliczenia przysługuje Zamawiającemu, gdy okoliczności wymienione w tych punktach wystąpią z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wobec powyższego, w celu jednoznacznego i wyczerpującego opisanie podstaw do naliczenia kar umownych, ww. zapisy powinny zostać doprecyzowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie do §6 Części V SIWZ - IPU oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ:

1. prawa wypowiedzenia umowy przez wykonawcę w przypadku wystąpienia okoliczności uniemożliwiających realizację zamówienia z przyczyn niezależnych od wykonawcy, takich jak zmiana obowiązujących regulacji prawnych lub ich interpretacji oraz brak płatności Zamawiającego przekraczający 90 dni,
2. prawa wykonawcy do naliczenia kar umownych w przypadku nienależytego wykonywania zobowiązań Zamawiającego,
3. w §6 ust. 3 pkt. 2, pkt. 3, pkt 6, pkt 7, pkt 8, pkt 9, pkt 10 Części V SIWZ — IPU odpowiednio „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”,
4. wprowadzenie górnego limitu kar w wysokości 10% łącznego wynagrodzenia określonego w §3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o wykreślenie §6 ust. 3 pkt 1) Część V SIWZ — IPU oraz odpowiednio innych zapisów SIWZ.

Zamawiający, pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając następującą argumentację:

Zarzut 1:

Naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, jak również sporządzenie korespondujących z opisem przedmiotu zamówienia postanowień wzoru umowy w sposób: niejasny i nieprecyzyjny oraz ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności.

Formułując przedmiotowy zarzut, Odwołujący zakwestionował brzmienie pkt 16 Części II SIWZ — OPZ oraz § 2 ust. 8 Części V SIWZ — IPU. Odwołujący wnosił o modyfikację SIWZ pkt 16 OPZ oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, w tym postanowień § 2 ust. 8 IPU, poprzez dostosowanie do treści art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach tj. wskazanie na dopuszczalność zbierania odpadów poza miejscem wytwarzania również w przypadkach określonych w art. 23 ust. 10 pkt 1 i art. 23 ust. 11 ustawy o odpadach.

Zdaniem Zamawiającego, zarzut dotyczący niejasności i nieprecyzyjności postanowień SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie bowiem z wymaganiami SIWZ - OPZ w zakresie punktu przeładunkowego określonymi w pkt 16, Zamawiający wymaga, aby punkt przeładunkowy, jeśli będzie wykorzystywany przy realizacji zamówienia, spełniał wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach, czyli wyłączył punkty przeładunkowe prowadzone przez odbierających odpady, które uregulowane zostały w art. 23 ust. 10 pkt 1)

ustawy o odpadach. Nie można zatem uznać, aby postanowienia te były niejasne lub nieprecyzyjne.

Zarzut dotyczący ograniczania konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności również nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu miasta stołecznego Warszawy (dalej „Miasto”) w planowanej ilości maksymalnej 70 000 Mg. Odpady komunalne objęte przedmiotem zamówienia pochodzić będą z dzielnic Ursynów, Wilanów. Zamawiający podkreślił, że postępowanie nie obejmuje odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta i ich transportu do miejsc zagospodarowania w ramach działalności w zakresie odbioru odpadów. Odpady będące przedmiotem zamówienia będą dostarczane do instalacji lub punktów przeładunkowych przez podmioty odbierające wyłaniane przez Miasto w odrębnych postępowaniach na odbiór odpadów, prowadzonych zgodnie z art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Przedmiotowe zamówienie i tym samym postanowienia umowy są ściśle powiązane z zobowiązaniami Zamawiającego względem Miasta wynikającymi z powierzenia wykonywania zadania własnego na podstawie uchwały Nr LII/1251/2017 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych oraz umowy wykonawczej z 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów zawartej pomiędzy Miastem a Zamawiającym (dalej „umowa wykonawcza”).

W świetle przywołanych dokumentów, Zamawiający realizuje zadanie własne Miasta polegające na zagospodarowaniu odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości, poprzez kierowanie ich w pierwszej kolejności do instalacji własnych, a w przypadku braku mocy przerobowych - do wyłaniania w trybie ustawy Pzp podmiotów trzecich zajmujących się zagospodarowaniem odpadów. Zamawiający zobowiązany jest do wskazywania Miastu podmiotów zajmujących się zagospodarowaniem odpadów, z kolei Miasto informacje te przekazuje w ramach realizacji umów na odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości wykonawcom tych umów, tj. podmiotom odbierającym odpady. Biorąc pod uwagę podział zadań w stołecznym systemie gospodarki odpadami, tj. Zamawiający odpowiada za zagospodarowanie odpadów, a Miasto za odbiór odpadów, Zamawiający wskazał na brzmienie art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który określa obowiązki

gminy w zakresie gospodarowania odpadami:

Art. 6d. 1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości

4. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania (specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej/ w szczególności:

5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady — w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie — w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Z kolei art. 23 ust. 2 ustawy o odpadach wprowadza zakaz zbierania poza miejscem wytwarzania m.in. niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne. Zbieranie odpadów jest definiowane, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach, m.in. jako gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania. Bezspornym jest zatem fakt, że gromadzenie odpadów w punkcie przeładunkowym prowadzone jest wyłącznie w ramach zbierania odpadów.

Od powyższego zakazu zbierania poza miejscem wytwarzania istnieje odstępstwo sformułowane w art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach. Zgodnie z tym przepisem, „Zakazu, o którym mowa w ust. 2, nie stosuje się do zbierania odpadów, o których mowa w ust. 2 pkt 5 i 6, w stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

- 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub
- 2) prowadzącego instalację komunalną, lub
- 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów”

W świetle ww. przepisów, zwłaszcza art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach i obowiązków Zamawiającego wynikających z realizacji zadania własnego Miasta, oczywistym jest, że Zamawiający zobowiązany jest do wyboru instalacji z możliwością wykorzystania wyłącznie stacji przeładunkowej prowadzonej przez prowadzącego instalację. W ocenie Zamawiającego, taki sposób działania był również zamierzeniem ustawodawcy, co znalazło odzwierciedlenie w art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach, gdzie wprowadzono 3 rodzaje stacji przeładunkowej warunkowane statusem podmiotu prowadzącego te stacje. I tak, jeśli realizowany jest odbiór odpadów, to skorzystanie ze stacji przeładunkowej przed dostarczeniem odpadów do instalacji jest możliwe w sytuacji prowadzenia tej stacji przez podmiot odbierający odpady (art. 23 ust. 10 pkt 1) i koszty prowadzenia stacji są kwalifikowane jako koszty odbierania odpadów. Natomiast, jeśli przedmiotem usługi jest zagospodarowanie odpadów, to transport odpadów do instalacji może być prowadzony z wykorzystaniem stacji przeładunkowej prowadzonej przez prowadzącego instalację, a koszty prowadzenia stacji są kwalifikowane jako koszty zagospodarowania odpadów. Nie ma żadnych przeszkód, aby podmiot prowadzący instalację nie był podmiotem odbierającym odpady i odwrotnie, aby odbierający odpady nie prowadził instalacji. W ocenie Zamawiającego, przepisy prawa rozróżniają te działalności m.in. poprzez brzmienie art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach. Potwierdzeniem powyższego jest także regulacja zawarta w umowach na odbiór odpadów z terenu m.st. Warszawy, w których (jedną z nich realizuje Odwołujący), pojęcie stacji przeładunkowej zostało zdefiniowane i odnosi się ono do stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach. Koszty funkcjonowania takiej stacji zostały uwzględnione w umowie na odbiór odpadów, a transport z tej stacji do miejsca przetwarzania odpadów (uregulowanego odrębnie) ujęty jest w koszcie odbioru odpadów. W przypadku kwalifikowania tej samej stacji przeładunkowej z art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach (stacji podmiotu odbierającego odpady) jako punktu przeładunkowego w rozumieniu umowy na zagospodarowanie, koszty uległyby zdublowaniu. Ponadto, stacja przeładunkowa odbierająca odpady niepowiązana w żaden sposób z instalacją przetwarzającą odpady, nie może zostać zakwalifikowana jako miejsce przetwarzania odpadów, do którego transport objęty jest umową na odbiór odpadów i którego wybór jest przedmiotem postępowania na zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Zamawiający wskazał, że nie może też uwzględnić żądania dotyczącego nakazania modyfikacji zapisów pkt 16 OPZ, oraz § 2 ust. 8 IPU, poprzez dodanie fragmentu o treści „Ponadto odpady inne niż „z mieszane” oraz „bio” mogą być zagospodarowane za pośrednictwem innego podmiotu zbierającego odpady”. Zamawiający wskazał, iż w treści SIWZ nie wprowadził limitu w zakresie możliwości wykorzystania potencjału podwykonawców w celu realizacji pozostałej części zamówienia, innej niż zagospodarowanie odpadów „z mieszanych” oraz „bio”, tj. zagospodarowania frakcji odpadów „metale i tworzywa sztuczne”, „papier”, „szkło”, „odpady wielkogabarytowe”. Możliwe jest zatem wskazanie przez wykonawcę jako miejsc zagospodarowania tych odpadów instalacji podwykonawców. Zamawiający zastrzegł jedynie, iż w takim przypadku podwykonawca musi posiadać stosowną do wykonywanej części zamówienia aktualną decyzję na przetwarzanie odpadów.

Zamawiający podkreślił, że jego obowiązkiem, jako strony umowy wykonawczej w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie gospodarki odpadami, jest zachowanie należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, przy zapewnieniu jak najwyższej jakości usług i optymalizacji kosztów świadczenia usług. W opinii Zamawiającego, jest to możliwe w przypadku współpracy z wykonawcami, którzy gwarantują możliwość przekazania odpadów bezpośrednio do instalacji własnych lub w przypadku braku możliwości zagospodarowania niektórych rodzajów odpadów w instalacjach własnych - w instalacji podwykonawców, przy jednoczesnej eliminacji zbędnego pośredniczenia w tym zakresie lub wykonywania jedynie czynności zbierania odpadów. Pozwala to na ograniczenie ryzyka związanego z brakiem kontroli nad strumieniem odpadów i wnikliwą weryfikację ścieżki zagospodarowania strumienia odpadów w ramach umowy.

Dodatkowo, przyjęte zapisy powinny pozytywnie wpłynąć na poziom cen złożonych ofert, gdyż w sytuacji, w której odpady będą bezpośrednio przekazywane do instalacji zagospodarowania i nie ma konieczności stosowania stacji przeładunkowej (w treści SIWZ jedynie dopuszczono stosowanie stacji — nie ma obowiązku prowadzenia takiego punktu), wyeliminowany zostaje koszt jej prowadzenia.

Zamawiający wyjaśnił, że kształtując zapisy SIWZ, kierował się uzasadnionymi potrzebami, czynnikami ekonomicznymi, logistycznymi, przy jednoczesnym uwzględnieniu konieczności realizacji umowy wykonawczej w oczekiwany przez Miasto sposób.

Zarzut 2

Naruszenie art. 36a ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a także w kolizji z zasadą proporcjonalności poprzez zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonywania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie odpadów zmieszanych (pkt 4.12 Części I SIWZ — Instrukcja dla wykonawców oraz § 8 ust. 1 IPU).

Zamawiający nie zgodził się z żądaniem wykreślenia zapisów o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów zmieszanych.

Podkreślił, że jego obowiązkiem, jako strony umowy wykonawczej w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie gospodarki odpadami, jest zachowanie należytej staranności wymaganej od profesjonalisty przy zapewnieniu jak najwyższej jakości usług i optymalizacji kosztów świadczenia usług. W opinii Zamawiającego, zagwarantowanie najwyższej jakości usługi możliwe jest jedynie w przypadku wyboru wykonawców posiadających odpowiednie doświadczenie w zakresie przetwarzania odpadów i potencjał w postaci instalacji własnych — w tym przypadku dla wskazanej przez Zamawiającego kluczowej części zamówienia, czyli w odniesieniu do odpadów zmieszanych, stanowiących według szacunków blisko 68% strumienia w danym zadaniu. Zamawiający powołał argumentację jak dla pierwszego zarzutu, wskazując, że ustanowienie obowiązku osobistego wykonania w zakresie zagospodarowania odpadów stanowiących największy (kluczowy) udział procentowy w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, zabezpiecza interesy Zamawiającego, poprzez ułatwioną koordynację umów i optymalizację w kierowaniu strumieniem odpadów, a dodatkowo ułatwia sprawne realizowanie umów w zakresie odbioru odpadów, poprzez zapewnienie stałej destynacji podmiotom odbierającym odpady.

Zamawiający wskazał również, iż zgodnie z treścią ustawy o odpadach, istnieje obowiązek przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio o instalacji komunalnej, wraz z dopuszczeniem przekazywania za pośrednictwem stacji przeładunkowej oraz dopuszczeniem przekazywania do termicznego przekształcania, jeśli gmina, z której są odbierane odpady prowadzi selektywne zbieranie odpadów. Przy uwzględnieniu wskazywanego wcześniej udziału tego rodzaju odpadu w strumieniu, jego zagospodarowanie ma decydujący wpływ na realizację zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że odpady objęte przedmiotem zamówienia nie są wytwarzane przez Zamawiającego, nie ma on zatem wpływu na sezonową zmienność ilości, czy też zmienność wynikającą z innych okoliczności (w tym m.in. epidemii COVID-19), istotnie wpływającą na planowanie transportów odpadów do zagospodarowania w sposób minimalizujący koszty. Zapewnienie przez Zamawiającego w treści SIWZ takich warunków w lokalizacji i instalacji wykorzystywanej do zagospodarowania odpadów, by proces przyjęcia odpadów do zagospodarowania odbywał się w sposób niezakłócony, umożliwi Zamawiającemu odpowiednią koordynację umowy, reakcję w momencie zaistnienia niepokojących wydarzeń i płynną wymianę informacji pomiędzy Zamawiającym a Miastem oraz podmiotem odbierającym odpady. Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia został podzielony na mniejsze zadania ilościowe - zgodnie z treścią pkt. 4 OPZ, zamówienie zostanie udzielone w 7 zadaniach, których to maksymalna planowana ilość odpadów komunalnych do zagospodarowania wynosi 10 tys. Mg. W pkt 13 OPZ wskazano, iż odpady „zmieszane” stanowią ok. 68% całego strumienia odpadów. Zastosowanie tego podziału umożliwiło udział w postępowaniu małych i średnich instalacji, które mogłyby w całości realizować zamówienie samodzielnie.

Ponadto, Zamawiający, celem zagwarantowania najwyższej jakości świadczonej usługi na rzecz Miasta, został zobligowany treścią umowy wykonawczej do kontrolowania sposobu zagospodarowania odpadów w instalacjach nieprowadzonych przez Zamawiającego, a wykorzystywanych do świadczenia usługi. Kontrola ta zgodnie z treścią §1 ust. 4 IPU dotyczy sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Celem realizacji zobowiązań MPO względem Miasta jest zatem powierzenie realizacji usługi w jak największym zakresie (lub w całości) wykonawcy, zatem wymaganie dotyczące realizacji kluczowej dla Zamawiającego części, tj. zagospodarowania odpadów zmieszanych, pozwoli na zabezpieczenie interesów MPO względem zobowiązań wobec Miasta, biorąc pod uwagę, że zapewnienie uprawnień kontrolnych w zakresie wymaganym przez Zamawiającego na podstawie umowy wykonawczej (tj. analogicznych jak dla wykonawcy) względem podwykonawców jako podmiotów trzecich jest bardzo utrudnione, wręcz niemożliwe. Tym samym ustalenie obowiązku osobistego wykonania zamówienia w odniesieniu do kluczowej części zamówienia, jaką jest zagospodarowanie odpadów zmieszanych, zapewnia realizację obowiązków Zamawiającego wynikających z umowy wykonawczej. Ogranicza to także ryzyka Zamawiającego związane z wycofaniem się podwykonawców lub wadliwego realizowania przez nich umowy w zakresie kluczowej i najbardziej problematycznej części strumienia odpadów, a w konsekwencji limituje ryzyka przerwania ciągłości odbioru i zagospodarowania odpadów. Z uwagi na szczególny przedmiot zamówienia, zapewnienie ciągłości i nieprzerwanego charakteru procesu odbioru i zagospodarowania odpadów ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia realizacji powierzonego zadania własnego oraz dbałości o interes i bezpieczeństwo publiczne.

Zamawiający podniósł, że obowiązek osobistego wykonania zamówienia w zakresie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wynika też z przyjętego przez Zamawiającego założenia, że odpady te mają trafić bezpośrednio do instalacji komunalnej z

możliwością wykorzystania stacji przeładunkowej, ale wyłącznie prowadzonej przez prowadzącego instalację komunalną.

Zamawiający podniósł także, że nie jest zobligowany do zapewnienia każdemu podmiotowi funkcjonującemu na rynku odpadowym możliwości uczestniczenia w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności podmiotom, które w ogóle nie prowadzą działalności w zakresie przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający ma prawo postawić wymagania, które realizują jego uzasadniony interes opisany powyżej i nie stanowi to naruszenia żadnej z przywołanych przez Odwołującego zasad. Ponadto, Odwołujący może uczestniczyć w realizacji zamówienia, np. poprzez konsorcjum skoro samodzielnie nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że Zamawiający wybiera wykonawcę, a nie podwykonawców do realizacji zamówienia, ponieważ to z wykonawcą, a nie podwykonawcami ma relację prawną.

Zarzut 3

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ kc

poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, jak również w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, tj. wskazanie w SIWZ okresu na zagospodarowanie/przetworzenie odpadów nie później niż w terminie 30 dni po zakończeniu realizacji zamówienia (§ 2 ust. 5 IPU), co pozostaje w sprzeczności z art. 25 ustawy o odpadach, Odwołujący żądał wydłużenia czasu na zagospodarowanie odpadów do roku.

Zamawiający wskazał iż, zgodnie z postanowieniami SIWZ pkt 36 OPZ, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za dany okres rozliczeniowy wyłącznie za odpady przetworzone, natomiast za odpady zmagazynowane w danym okresie, także w procesach R13 i D15 rozliczenie nastąpi w momencie udokumentowania przetworzenia tych odpadów. Ilekroć Zamawiający posługuje się w SIWZ określeniem przetwarzanie, należy przez to rozumieć procesy odzysku lub unieszkodliwiania wymienione w załącznikach nr 1 i 2 do ustawy o odpadach. To w interesie Odwołującego jest, aby odpady zagospodarować jak najszybciej.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący wskazał na niezgodność pkt 36 OPZ z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie okresu magazynowania odpadów i zażądał jego dostosowania, nie żądając przy tym wydłużenia okresu obowiązywania umowy. Brak zatem logiki w żądaniu Odwołującego.

Ponadto, zgodnie z postanowieniami umowy wykonawczej zawartej pomiędzy Zamawiającym a Miastem w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów, Zamawiający odpowiada za zagospodarowanie odpadów w procesach odzysku i/lub unieszkodliwiania. Zagospodarowanie ma być dokumentowane m.in. sprawozdaniami kwartalnymi, do których Zamawiający zobowiązany jest załączyć oświadczenie podmiotu posiadającego zezwolenie na zbieranie odpadów lub przetwarzanie odpadów w procesie R12 o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania. Wyklucza to możliwość rozliczenia świadczenia usług publicznych w sytuacji magazynowania odpadów, stąd Zamawiający również nie wypłaca wynagrodzenia za magazynowane odpady i określa czas magazynowania na 30 dni od zakończenia realizacji, aby móc rozliczyć swoje obowiązki względem Miasta. Zamawiający musi w ramach tej umowy uwzględnić nałożone na niego obowiązki, które umożliwiają mu wykonanie jego własnych zobowiązań i uprawnień, w tym uzyskanie płatności. Odwołujący nie może oczekiwać, że Zamawiający będzie podejmował nieracjonalne ekonomicznie decyzje i ustalał niekorzystne dla siebie warunki wykonania zamówienia.

Nie bez znaczenia są także wymogi związane z realizacją zamówienia dotyczące osiągnięcia poziomów recyklingu i ograniczania składowania odpadów ulegających biodegradacji (pkt 40 i 41 OPZ). Bez przetworzenia odpadów nie można we właściwy sposób wykazać realizacji tych obowiązków. Wykonawca w terminie do 28 lutego 2021 r. za rok 2020 i w terminie dwóch miesięcy od dnia zakończenia terminu realizacji zamówienia za rok 2021 r. ma przekazać Zamawiającemu pisemną informację o osiągniętym poziomie recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne oraz o osiągniętym poziomie ograniczenia składowania odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Bez przetworzenia odpadów Odwołujący nie będzie w stanie zrealizować tych obowiązków, a tym samym Zamawiający - ocenić należytego wykonania umowy.

Zarzut 4

Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niesprecyzowanie mechanizmu rozdziału strumienia odpadów pochodzących z dzielnic Ursynów i Wilanów na poszczególne części zamówienia, zarówno w części zamówienia gwarantowanego, jak i objętego prawem

opcji.

Zamawiający wskazał, że nie znajduje podstaw dla żądanego doprecyzowania SIWZ, poprzez wprowadzenie zapisów dotyczących sposobu rozdziału strumienia odpadów na poszczególne części zamówienia zaproponowanych przez Odwołującego.

Zgodnie z treścią pkt 6 OPZ, „Odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Ursynów, Wilanów.”, a zatem odpady będą przekazywane stopniowo, w sposób ciągły w każdej z części (zadań), zgodnie z ilościami odpadów odebranych z terenu dzielnic Ursynów, Wilanów. Zamawiający podkreślił, iż nie jest wytwórcą odpadów objętych przedmiotem zamówienia i nie jest podmiotem transportującym odpady do zagospodarowania, dlatego też kluczową kwestią jest uwzględnienie, że ilość odpadów zależna będzie od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic objętych zamówieniem.

Mając na uwadze zmienność strumienia odpadów, nawet w ciągu kolejnych dni tygodnia, czego Odwołujący, jako podmiot odbierający odpady z terenu m.st. Warszawy z jednego z zadań, ma świadomość, że wprowadzenie proponowanego zapisu dotyczącego dostarczania odpadów w sposób stały w każdym kolejnym dniu realizacji do wykonawców realizujących kolejne części zamówienia, będzie prowadziło do uprzywilejowania części wykonawców oraz gorszych warunków realizacji dla pozostałych. Z uwagi na sposób kształtowania tras odbioru przez podmioty odbierające odpady, takie rozwiązanie uniemożliwi zachowanie ukształtowanego udziału procentowego pomiędzy poszczególnymi częściami (zadaniami). Zamawiający nie może dopuścić do kształtowania zapisów w sposób nierówny, faworyzujący część wykonawców.

Zamawiający nie zaakceptował też propozycji, która zakłada możliwe przerwanie realizacji w przypadku osiągnięcia w danej części zamówienia limitu gwarantowanej części zamówienia, aż do czasu osiągnięcia w każdej części zamówienia wskazanego limitu. Zamawiający wskazał, iż proponowane rozwiązanie ma odzwierciedlenie w treści SIWZ, bowiem uprawnieniem Zamawiającego jest przerwanie realizacji umowy w momencie osiągnięcia gwarantowanej ilości odpadów.

Zamawiający wskazał, że w jego interesie jest osiągnięcie w każdej części zamówienia wskazanego gwarantowanego (minimalnego) zakresu zamówienia, zatem dodatkowe zapisy w tym zakresie w opinii Zamawiającego są zbędne.

Zamawiający zauważył, że w postępowaniu przyjmowany jest rozdział dziennego strumienia w zbliżonej ilości dla wszystkich zadań. Podmiot realizujący odbiór ma wiedzę, ile odpadów z danej trasy jest odbierane i czy bezpośrednio, czy przez prowadzoną stację przeładunkową jest w stanie rozdzielić w podobnej wielkości strumień dla zadań. Dodatkowo, podmiot odbierający jest w stanie codziennie różnicować dostawy w kolejnych dniach. Podział strumienia na tonaże roczne wynoszące 10 tys. Mg daje możliwość udziału mniejszych instalacji. Wskazane 10 tys. Mg odpadów rozkłada się na określony limit dzienny przyjęć, który jest możliwy dla danej instalacji (a wynika z posiadanych decyzji, operatów p.poż.). Jeżeli Zamawiający przychyliłby się do żądań Odwołującego, aby w danym dniu jedna instalacja dostała całość odpadów odebraną z dzielnic Wilanów i Ursynów, dzienny limit musiałby wynikać z rocznego 70 tys. Mg strumienia, a nie ustalonego na 10 tys. Mg w ramach zadania. Tym samym instalacja o rocznych mocach przerobowych 10 tys. Mg musiałaby mieć limity codzienne odpowiadające rocznym 70 tys. Mg. Proponowany zapis ograniczałby zatem konkurencję, tj. udział mniejszych podmiotów.

W proponowanym drugim rozwiązaniu dochodzi do sytuacji, że gdy jedna instalacja, albo kilka w podobnym czasie osiąga gwarantowany limit, odpady zostają przekierowane do pozostałych instalacji, to cały strumień trafi do węższego grona wykonawców i może przekroczyć ich limity codzienne. Ukształtowanie w taki sposób warunków uniemożliwiłoby udział w przetargu mniejszym instalacjom, których określone limity dobowe nie osiągną tak wysokich poziomów, jakich należałoby wymagać przy takim rozdysponowaniu strumienia.

Zarzut 5 .(1)

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, jak również poprzez sporządzenie wzoru umowy (Część V SIWZ — IPU) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i rażąco naruszający równowagę stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz skutkujący przeniesieniem na wykonawcę ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia wskutek wprowadzenia jednostronnego i uznaniowego prawa Zamawiającego do zlecenia wykonania przedmiotu umowy innemu wykonawcy tzw. wykonawstwo zastępcze niezależnie od rodzaju i stopnia naruszenia zobowiązań umownych przez wykonawcę, po uprzednim wyznaczeniu terminu dodatkowego nie dłuższego niż 2 dni robocze (§ 2 ust. 34 Część V SIWZ — IPU). Odwołujący zażądał modyfikacji § 2 ust. 34 IPU

oraz odpowiednich innych zapisów SIWZ, poprzez wprowadzenie szczegółowych przesłanek prawa do zlecenia przez Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia innemu wykonawcy, jak również, poprzez wydłużenie terminu dodatkowego dla wykonawcy do co najmniej 7 dni roboczych.

Zamawiający uznał zarzut za bezpodstawny. Wskazał, że możliwość zlecenia wykonania zastępczego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest standardowym postanowieniem umownym. Możliwość zlecenia wykonania zastępczego aktualizuje się dopiero po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu, kiedy to wykonawca może usunąć zaistniałe nieprawidłowości. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie może dopuścić do jakiegokolwiek ryzyka przerwania świadczenia usługi czy jej nienależytego wykonywania, a wskazany termin 2 dni roboczych na usunięcie naruszeń jest adekwatny i wystarczający. Brak możliwości zagospodarowania odpadów spowoduje brak możliwości odbioru odpadów, co z kolei doprowadzi do wystąpienia zagrożenia epidemiologicznego w Warszawie. Zamawiający nie może zatem doprowadzić do sytuacji, że nie będą zagospodarowywane odpady, stąd możliwość zlecenia wykonania zastępczego.

Zamawiający wskazał, że jego celem nie jest dążenie do realizacji wykonania zastępczego w blahych przypadkach, ponieważ realizacja tego uprawnienia jest ogromnym wyzwaniem dla Zamawiającego, który musi znaleźć instalacje zdolne do realizacji przedmiotu zamówienia z dnia na dzień. Zamawiający wyjaśnił, że ze swojego uprawnienia do tej pory skorzystał raz, tj. w sytuacji, gdy we wrześniu 2019 r. jednej z wykonawców realizujących usługi w 10 dzielnicach Warszawy z dnia na dzień poinformował Zamawiającego o zaprzestaniu realizacji zamówienia.

W ocenie Zamawiającego, jest obiektywnie niemożliwe, aby kwantyfikować okoliczności związane z nienależytym wykonaniem zamówienia pod kątem tego, czy dana okoliczność w sposób wystarczający uzasadnia zastosowanie instytucji wykonania zastępczego. Odwołujący również takich okoliczności nie wskazał. Zakres obowiązków wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia jest jasny i precyzyjny, a ich waga dla Zamawiającego taka sama. Zamawiający wskazał, że wydatkuje środki publiczne i jego zadaniem jest zabezpieczenie interesów mieszkańców, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego oraz realizacji własnych interesów Zamawiającego. Termin 7 dniowy w praktyce oznaczałby ogromne perturbacje w odbiorze odpadów i stanowił ryzyko dla bezpieczeństwa epidemicznego mieszkańców m.st. Warszawy. Ponadto, Odwołujący nie uzasadnił tak długiego terminu ani nie wskazał, z jakich powodów 2 dni na usunięcie naruszeń jest niewystarczające. Zamawiający przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 15 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2525/17 KIO 2529/17.

Zarzut 5.2

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie uregulowanym w § 3 ust. 5 IPU, tj. możliwości żądania przez Zamawiającego zwrotu nadpłaconej kwoty oraz pomniejszania kolejnych płatności o stwierdzoną różnicę wynagrodzenia. Odwołujący żąda wykreślenia uprawnień Zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowa umowa jest ściśle powiązana z warunkami wynikającymi z uchwały Nr LII/1251/2017 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy, polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych. Zamawiający musi w jej ramach uwzględnić nałożone na niego obowiązki, które umożliwią mu jego prawidłową realizację. Zgodnie z warunkami powierzenia, Zamawiający za świadczenie usług publicznych otrzymuje „wynagrodzenie” od Miasta. Zasady i tryb wypłacania wynagrodzenia zostały wskazane w § 6 umowy wykonawczej. Zgodnie z postanowieniem § 6 ust 9 wysokość „wynagrodzenia” (wysokość dopłaty) będzie korygowana na podstawie zaakceptowanych przez Miasto sprawozdań kwartalnych o rodzajach i ilościach odpadów przyjętych do zagospodarowania sporządzanych przez Zamawiającego i przedkładanych Miastu w terminach, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 7. Sprawozdanie kwartalne Zamawiającego winno być uzgodnione w terminie 4 miesięcy od dnia jego złożenia. Analogiczne sprawozdanie kwartalne przedkłada Zamawiającemu wykonawca, i w tym przypadku okres ostatecznego uzgodnienia wynosi 3 miesiące od dnia złożenia sprawozdania. Zamawiający wyjaśnił, iż sprawozdanie miesięczne wykonawcy stanowi podstawę wystawienia faktury. Podawane przez wykonawcę w sprawozdaniu miesięcznym informacje o zagospodarowaniu przyjętych odpadów (proces i miejsce zagospodarowania) są jedynie deklaracją wykonawcy (płatność ma de facto charakter zaliczkowy). Wszelkie dokumenty, na podstawie których można zweryfikować prawidłowość zagospodarowania odpadów, stanowią załącznik i integralną część sprawozdania kwartalnego, sporządzanego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 5 do Umowy. Pełna weryfikacja zagospodarowania odpadów przyjętych w poszczególnych miesiącach kwartału następuje w procesie weryfikacji sprawozdania kwartalnego.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający wcześniej weryfikuje i uzgadnia sprawozdanie

kwartalne z wykonawcą aniżeli z Miastem, skarżone postanowienie SIWZ daje mu możliwość reakcji w sytuacji, gdy Miasto zakwestionuje dane pochodzące od wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący jest podmiotem odbierającym odpady komunalne z terenu m.st. Warszawy na podstawie umowy z Miastem, w której również funkcjonują postanowienia dotyczące przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do danych w zaakceptowanych już wcześniej sprawozdaniach z realizacji umowy — jest to fakt bezsporny.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa weryfikacji rozliczonej masy odpadów, w tym weryfikacji masy odpadów przyjętych do instalacji z masą odpadów odebranych z terenu m.st. Warszawy (pkt 46 OPZ i § 3 ust. 5 IPU) służyć ma także kontroli, czy odpady faktycznie pochodzą z terenu m.st. Warszawy. Posiadanie tego uprawnienia stanowi więc uzasadniony interes i potrzebę Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że uprawnienie to w żaden sposób nie zagraża ani nie narusza interesów wykonawców, nie ogranicza kręgu podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu i nie utrudnia uczciwej konkurencji, ponieważ na równi dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców. W konsekwencji nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp ani innych przywoływanych przepisów.

Zarzut 5.2.

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie uregulowanym w § 2 ust. 6 i § 8 ust. 5 IPU. Odwołujący zażądał wykreślenia prawa Zamawiającego do przedłużenia terminu na dokonanie akceptacji nowej instalacji bez wskazania okresu przedłużenia w § 2 ust. 6 i § 8 ust. 5 Części V SIWZ - IPU.

Zamawiający wyjaśnił, że nie widzi podstaw do wykreślenia prawa Zamawiającego do przedłużenia terminu na dokonanie akceptacji nowej instalacji bez wskazania okresu przedłużenia w § 2 ust. 6 i § 8 ust. 5 IPU. Zamawiający w treści § 8 ust. 5 IPU wskazał, iż dokona weryfikacji w terminie do 5 dni roboczych od otrzymania kompletnych dokumentów, tj. zaktualizowanego oświadczenia o miejscu przetwarzania odpadów oraz kompletnych dokumentów potwierdzających uprawnienie nowego podwykonawcy do zagospodarowania odpadów, zgodnie z wymaganiami prawa, o których mowa w ust. 2 i/lub ust. 3. Po dokonaniu weryfikacji Zamawiający przekazuje wykonawcy informacje o akceptacji lub braku akceptacji dla zmiany podwykonawcy, zaś w przypadku otrzymania niekompletnych dokumentów Zamawiający wezwie wykonawcę do przedłożenia kompletu dokumentów. Wydłużenie procesu weryfikacji następuje zatem w przypadku niedopełnienia formalności przez wykonawcę.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią IPU, sformułowanie „Wskazany okres może ulec zmianie o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie” odnosi się do wcześniejszego zdania „W takim przypadku odpady będą dostarczane do pierwotnie wskazanej lokalizacji (instalacji lub stacji przeładunkowej) przez okres 30 dni od dnia akceptacji instalacji.”, nie zaś do zarzucanego przez Odwołującego dowolnego wydłużania czynności weryfikacji możliwości wprowadzenia i zmiany podwykonawcy. Tym samym Odwołujący błędnie interpretuje postanowienie IPU.

Zamawiający wyjaśnił, że usługi zagospodarowania odpadów oraz odbioru i transportu odpadów do instalacji zagospodarowania są w m.st. Warszawie świadczone rozłącznie. Celem dokonania zmiany instalacji zagospodarowania w wykazie instalacji przekazywanym do m.st. Warszawy, która to informacja podlega przekazaniu podmiotom odbierającym odpady, konieczne jest zachowanie 28-dniowego wyprzedzenia, umożliwiającego stosowne przygotowanie się podmiotów odbierających odpady do zmiany destynacji transportów. Mając jednak na uwadze możliwą zgodę na wcześniejszą zmianę Zamawiający może, w uzgodnieniu z m.st. Warszawą, skrócić wskazany 30-dniowy termin, stąd odpowiednia regulacja zawarta w IPU.

Zarzut 5.2

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie braku prawa rozwiązania umowy przez wykonawcę.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, w myśl którego IPU powinna przewidywać postanowienia uprawniające wykonawcę do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę w przypadku wystąpienia okoliczności podanych w odwołaniu. Wskazał, że z orzecznictwa KIO wynika, że nie jest uzasadnione dążenie i oczekiwanie Odwołującego do zapewnienia pełnej symetrii stron w ww. zakresie. Inna jest bowiem rola i cel Zamawiającego, a inne są cele wykonawców. Zamawiający powinien zapewnić realizację określonego celu publicznego i wszelkie instrumenty umowne powinny sprzyjać realizacji tego zadania. Jeżeli

Zamawiający nie będzie realizował swoich obowiązków wobec wykonawcy, negatywne skutki mogą wystąpić wyłącznie w sferze ekonomicznej, a ponadto wykonawca posiada szereg uprawnień umożliwiających zniwelowanie takich skutków. Swój interes wykonawca może chronić w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, dochodząc należnych mu roszczeń na drodze cywilnoprawnej. W konsekwencji, dla realizacji celów wykonawcy nie jest konieczne przyznawanie mu dodatkowego instrumentu w postaci uprawnienia do wypowiedzenia umowy, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że realizacja umowy obejmuje okres 12 miesięcy.

Ponadto, Zamawiający uregulował sytuacje awaryjne, gdy dotychczasowe instalacje nie mogą przetwarzać odpadów, zatem nie zachodzą takie okoliczności, które w sposób nieprzewidywalny uniemożliwiają wykonawcy realizację zamówienia. Dotyczy to także ewentualnej zmiany przepisów prawa. Zamawiający wskazał, że nie stanowi naruszenia żadnego przepisu prawa taka regulacja warunków umowy, gdy w perspektywie zaledwie 12 miesięcy wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia zagospodarowania odpadów. KIO stoi na stanowisku, iż w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353¹ k.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy Pzp, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego (tak: wyrok z dnia 5 marca 2014 r. sygn. akt KIO 283/14).

Zarzut 5.2

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie zastrzeżenia kar umownych tylko na rzecz Zamawiającego oraz wprowadzenia wielu wygórowanych kar umownych. Odwołujący zażądał wykreślenia i/lub modyfikacji kar umownych.

Zamawiający wskazał, co następuje.

W odniesieniu do § 6 ust. 3 pkt 1 IPU, Zamawiający wyjaśnił, że prawo do naliczenia kary umownej przysługuje Zamawiającemu za każdy przypadek przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych w instalacji innej niż własna instalacja komunalna lub innej niż własna instalacja przeznaczona do termicznego przekształcania odpadów komunalnych, zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach — w wysokości stanowiącej wartość iloczynu ilości odpadów niezagospodarowanych w tych instalacjach i ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu ofertowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT, naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej. Jest to kara umowna za niewykonywanie jednego z kluczowych obowiązków wykonawcy wynikających z umowy oraz obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający wymaga od wykonawcy wskazania w oświadczeniu o miejscu przetworzenia odpadów

instalacji, w których następować będzie przetwarzane odpadów. Odpady zmieszane obejmują kluczową część zamówienia, która ma być realizowana przez wykonawcę, zatem żądanie wykreślenia kary umownej za zagospodarowanie odpadów z naruszeniem podstawowych obowiązków umownych nie znajduje uzasadnienia. Kara umowna ma być surogatem odszkodowania za nienależyte wykonywanie zobowiązań umownych, a Odwołujący oczekuje jej usunięcia za jeden z kluczowych obowiązków.

W odniesieniu do żądania wprowadzenia w § 6 ust. 3 pkt 2,3,6, 7,8,9 i 10 IPU zapisów poprzez dodanie słów „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy” Zamawiający wyjaśnił, że w § 6 ust. 3 pkt 7 IPU takie zastrzeżenie jest już zawarte, podobnie jak w § 6 ust. 3 pkt 6 IPU, gdzie jasno zdefiniowano, co Zamawiający rozumie przez brak działającego systemu informatycznego, wskazując m.in., że kara nie zostanie nałożona, gdy brak działającego systemu informatycznego wynika z okoliczności i przyczyn niezależnych od wykonawcy.

W przypadku § 6 ust. 3 pkt 2 IPU kara umowna dotyczy realizacji obowiązku umownego zależnego wyłącznie od wykonawcy, ponieważ to on decyduje o tym, ile odpadów kieruje do składowania. De facto zatem naliczenie kar umownych i tak dotyczyło będzie sytuacji, gdy nastąpią przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że wykonawca zobowiązany jest tak zorganizować realizację umowy, aby możliwe było osiągnięcie rezultatów w niej przewidzianych. Przy prawidłowych założeniach dotyczących realizacji umowy zgodnie z jej postanowieniami jest obiektywnie niemożliwe, aby wykonawca nie zrealizował obowiązku, za który przewidziana jest kwestionowana kara umowna. Niedopuszczalna jest natomiast sytuacja, gdy wykonawca zakłada, że nie będzie realizował umowy zgodnie z wymaganiami (np. w zakresie składowania odpadów), a jego oferta w związku z tym zostaje wyceniona znacznie niżej od oferty wykonawców, którzy uwzględniają umowne obowiązki dotyczące osiągania poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Wykonawca powinien w taki sposób przygotować się organizacyjnie i technicznie do realizacji umowy, aby był w stanie realizować ją zgodnie z jej postanowieniami.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że wymaganie, za którego niezrealizowanie ma być nałożona kara umowna, o której mowa w § 6 ust. 3 pkt 3 jest związane z realizacją obowiązku prawnego wynikającego z art. 3c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zamawiający, jako podmiot wykonujący powierzone zadanie własne gminy w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych, nie może tak kształtować postanowień umowy na zagospodarowanie odpadów, aby nie zapewnić sobie i gminie możliwości wywiązania się z zobowiązań wynikających z przepisów prawa.

Analogiczna argumentacja dotyczy żądania zmiany § 6 ust. 3 pkt 3, 9 i 10 IPU - odmowa przyjęcia odpadów zawsze zależy od wykonawcy. Podobnie, dochowanie terminów wskazanych w pkt 9 i 10. Terminy te są wystarczające, a ponadto wykonawca nie kwestionuje ich długości. Zamawiający wskazał, że realizacja obowiązków, których ww. terminy dotyczą związana jest ściśle z obowiązkami Zamawiającego wynikającymi z umowy wykonawczej.

Zamawiający wskazał także, że w § 6 ust. 5 IPU przewidziana została procedura w celu wyjaśnienia przyczyn mogących skutkować naliczeniem kar umownych. W przypadku, gdy dane zdarzenie jest skutkiem okoliczności, które powstały z przyczyn niezależnych od wykonawcy i zostanie to przez wykonawcę wykazane, kara nie zostanie naliczona. Obecne brzmienie ma na celu jasne ustalenie zasad rozkładu ciężaru dowodu — tj. nałożenie ciężaru dowodu na wykonawcę, który musi wykazać brak podstaw swojej odpowiedzialności. Odwołujący chciałby ten ciężar dowodu odwrócić. W ocenie Zamawiającego, stawiane zarzuty oraz wynikające z nich żądania wydają się zmierzać do ukształtowania treści SIWZ oraz umowy w sposób dogodny dla Odwołującego, co stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji oraz woli Zamawiającego podyktowanej jego rzeczywistymi potrzebami oraz dbałością o interes publiczny (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2016 r., sygn. akt II CSK 197/15).

Zarzut 5.2

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie niewprowadzenia limitu kar umownych. Odwołujący zażądał wprowadzenia takiego limitu na poziomie 10%.

Zamawiający podkreślił, że zamawiający publiczni mają za zadanie chronić nie tylko własny interes, lecz także interes publiczny i cele powszechne, które uzasadniają udzielenie danego zamówienia. Szkody wywołane przez nienależyte wykonanie umowy dotyczyć mogą nie tylko interesów Zamawiającego, lecz także mieszkańców Warszawy. Zamawiający zauważył, że wskazany limit 10% jest niski, co nie zapewnia ochrony interesu Zamawiającego oraz skutkuje tym, że kary umowne nie będą pełnić swej funkcji prewencyjnej i dyscyplinującej. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób swojego zarzutu ani żądania nie uzasadnił. Tym samym należy uznać, że zarzut nie został w ogóle postawiony i nie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że powyższe warunki i postanowienia występowały w tożsamy przedmiotowo umowach zawieranych przez Zamawiającego, brak jest w związku z tym uzasadnionych podstaw do ich zmian. W ocenie Zamawiającego, zarzuty są nieuzasadnione, niewłaściwie sformułowane i powinny zostać oddalone. Przepisy, na naruszenie których wskazuje Odwołujący, nie zawierają nakazu ustalania górnego limitu kar umownych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie korespondujących z opisem przedmiotu zamówienia postanowień wzoru umowy w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności w zakresie pkt 16 Części II SIWZ (OPZ) oraz § 2 ust. 8 Części V SIWZ (IPU).

W pkt 16 OPZ Zamawiający określił wymagania dotyczące punktu przeładunkowego:

„16. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „odpady zmieszane” oraz odpady „bio” bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych lub instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość skorzystania ze wskazanej stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i/lub 3) ustawy o odpadach...”

Odwołujący wnosil o modyfikację pkt 16 OPZ oraz postanowień § 2 ust. 8 IPU, poprzez dostosowanie do treści art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach, tj. dopuszczalność zbierania odpadów poza miejscem wytwarzania również w przypadkach określonych w art. 23 ust. 10 pkt 1 i art. 23 ust. 11 ww. ustawy o odpadach.

Biorąc pod uwagę brzmienie pkt 16 OPZ j.w., za niezasadny należało uznać zarzut niejasności i nieprecyzyjności ww. postanowienia SIWZ. Zamawiający w sposób jednoznaczny, jasny i zrozumiały przedstawił wymagania dotyczące punktu przeładunkowego, jeśli będzie on wykorzystywany przy realizacji zamówienia, odwołując się do przepisów art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach. Zamawiający wyłączył punkty przeładunkowe, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach prowadzone przez podmioty odbierające odpady. Iżba zważyła przy tym, że Odwołujący, podnosząc niniejszy zarzut, nie wskazał, w jakim zakresie powyższe postanowienie jest niejasne lub nieprecyzyjne, a jak wynika z treści odwołania - Odwołujący prawidłowo zinterpretował treść tego postanowienia.

Za niezasadny należało uznać także zarzut ograniczania przez Zamawiającego konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasady proporcjonalności w postępowaniu w wyniku sformułowania w pkt 16 OPZ wymagań dotyczących punktu przeładunkowego.

Przedmiotem postępowania jest usługa zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu miasta stołecznego Warszawy z dzielnic Ursynów i Wilanów w planowanej ilości maksymalnej 70 000 Mg. Opis przedmiotu zamówienia nie pozostawia wątpliwości, że przedmiotowe postępowanie nie obejmuje odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości i ich transportu do miejsc zagospodarowania. Odpady będące przedmiotem zamówienia będą dostarczane do instalacji lub punktów przeładunkowych przez podmioty odbierające odpady wyłaniane przez m.st. Warszawa, jako zamawiającego, w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający, prowadząc niniejsze postępowanie, jest związany zobowiązaniami z m.st. Warszawy, które wynikają wprost z powierzenia Zamawiającemu wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy na podstawie uchwały Nr LII/1251/2017 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy, polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych oraz umowy wykonawczej z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów zawartej przez m.st. Warszawy z Zamawiającym. Kopię tego dokumentu Zamawiający przedłożył do akt sprawy.

Jak wyjaśnił Zamawiający, realizując powyższe zobowiązania polegające na zagospodarowaniu odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości, w pierwszej kolejności odbierane odpady są kierowane do instalacji własnych Zamawiającego. W przypadku natomiast wystąpienia braku własnych mocy przerobowych odpady muszą być kierowane do innych podmiotów zagospodarowujących odpady, wyłonionych w trybie ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany wskazać Miastu podmioty zajmujące się zagospodarowaniem odpadów, które następnie są wskazywane wybranym w przetargach podmiotom odbierającym odpady.

Przepis art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określa obowiązki gminy w zakresie gospodarowania odpadami, wskazując w ust. 1, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ust. 4 pkt 5, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady — w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie — w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach, zbieranie odpadów jest to

gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania. Zgodnie natomiast z art. 23 ust. 2 ustawy o odpadach, zakazane jest zbieranie poza miejscem wytwarzania m.in. niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne. Zgodnie z art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach, „Zakazu, o którym mowa w ust. 2, nie stosuje się do zbierania odpadów, o których mowa w ust. 2 pkt 5 i 6, w stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

- 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub
- 2) prowadzącego instalację komunalną, lub
- 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów”

Mając na uwadze powyższe wymagania prawa oraz obowiązki Zamawiającego wynikające z realizacji umowy wykonawczej na rzecz m.st. Warszawy, Zamawiający zobowiązany jest do wyboru instalacji z możliwością wykorzystania stacji przeładunkowej prowadzonej przez prowadzącego instalację. Izba podzieliła w powyższym zakresie stanowisko Zamawiającego. Jak wynika z treści art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach, ustawodawca wprowadził 3 rodzaje stacji przeładunkowej warunkowane statusem podmiotu prowadzącego te stacje, co przyznał też sam Odwołujący w treści odwołania. Przepis art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach określa stację przeładunkową prowadzoną przez podmiot odbierający odpady, do której mogą być dostarczone odpady przed dostarczeniem ich do instalacji. W niniejszym postępowaniu natomiast przedmiotem zamówienia jest usługa zagospodarowania odpadów, a zatem transport odpadów do instalacji może być prowadzony z wykorzystaniem stacji przeładunkowej prowadzonej przez prowadzącego instalację do zagospodarowywania odpadów. Słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że w przypadku kwalifikowania stacji przeładunkowej z art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach, jako punktu przeładunkowego w rozumieniu umowy na zagospodarowanie odpadów, to koszty w tym zakresie uległyby zdublowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego postanowień pkt 16 OPZ oraz § 2 ust. 8 IPU w zakresie odpadów innych niż „zmieszane” oraz „bio”, Izba wskazuje, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ ograniczeń dotyczących możliwości wykorzystania potencjału podwykonawców w celu realizacji pozostałej części zamówienia, tj. zagospodarowania frakcji odpadów „metale i tworzywa sztuczne”, „papier”, „szkło”, „odpady wielkogabarytowe”. Zatem nie ma przeszkód przed wskazaniem przez wykonawcę, jako miejsca zagospodarowania tych odpadów, instalacji podwykonawców. W takim przypadku podwykonawca musi posiadać aktualną decyzję na przetwarzanie odpadów stosowną do wykonywanej części zamówienia.

Izba zważyła także, że w świetle zawartej umowy wykonawczej, Zamawiający jest zobowiązany do ograniczenia ryzyka związanego z brakiem kontroli nad strumieniem odpadów i wnikliwej weryfikacji ścieżki zagospodarowania strumienia odpadów w ramach umowy. Powyższe potwierdza, że Zamawiający, kształtując zapisy SIWZ, kierował się uzasadnionymi potrzebami, czynnikami ekonomicznymi, logistycznymi, przy jednoczesnym uwzględnieniu konieczności realizacji umowy wykonawczej zgodnie z nałożonymi na niego obowiązkami.

Zarzut naruszenia art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a także naruszenie zasady proporcjonalności, poprzez zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonywania przez wykonawcę części zamówienia w zakresie odpadów zmieszanych (pkt 4.12 Części I SIWZ— IdW oraz § 8 ust. 1 IPU).

Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp jest uprawnieniem Zamawiającego.

Ustanowienie przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania w zakresie zagospodarowania odpadów stanowiących największy (kluczowy) udział procentowy w strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia (ok 68% strumienia odpadów), zabezpiecza interesy Zamawiającego poprzez ułatwioną koordynację umów i optymalizację w kierowaniu strumieniem odpadów, a dodatkowo ułatwia sprawne realizowanie umów w zakresie odbioru odpadów, poprzez zapewnienie stałej destynacji podmiotom odbierającym odpady. Przy uwzględnieniu wskazywanego udziału tego rodzaju odpadu w strumieniu, jego zagospodarowanie ma decydujący wpływ na realizację zamówienia.

Ponadto, w danym stanie faktycznym obowiązkiem Zamawiającego, jako strony

umowy wykonawczej w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie gospodarki odpadami, jest zagwarantowanie najwyższej jakości usługi, co jest możliwe wówczas gdy wykonawca posiada odpowiedni potencjał w postaci instalacji własnych, tj. w zakresie kluczowej dla Zamawiającego części zamówienia, czyli w odniesieniu do odpadów zmieszanych, stanowiących ok 68% strumienia odpadów.

Izba wzięła także pod uwagę, że przedmiot zamówienia został podzielony na zadania (pkt. 4 OPZ), w których maksymalna planowana ilość odpadów komunalnych do zagospodarowania wyniesie 10 tys. Mg. Podział powyższy umożliwia udział w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorców (instalacji).

Co istotne, Zamawiający został zobligowany treścią umowy wykonawczej do kontrolowania sposobu zagospodarowania odpadów w instalacjach wykorzystywanych do świadczenia usługi. Kontrola ta, zgodnie z zapisami § 1 ust. 4 IPU, dotyczy sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, zatem wymagania dotyczące realizacji kluczowej części zamówienia, tj. zagospodarowania odpadów zmieszanych, pozwala na zabezpieczenie interesów MPO i zapewnienie realizacji obowiązków Zamawiającego wynikających z umowy wykonawczej. Z uwagi na szczególnie przedmiot zamówienia, zapewnienie ciągłości i nieprzerwanego charakteru procesu odbioru i zagospodarowania odpadów ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia realizacji powierzonego zadania własnego Miasta oraz dbałości o interes i bezpieczeństwo publiczne.

Zamawiający ma prawo zatem postawić w SIWZ wymagania, które realizują jego uzasadniony obiektywny interes, co nie stanowi naruszenia żadnej z przywołanych przez Odwołującego przepisów.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa, tj. wskazanie w SIWZ okresu na zagospodarowanie / przetworzenie odpadów nie później niż w terminie 30 dni po zakończeniu realizacji zamówienia (§ 2 ust. 5 IPU), co pozostaje w sprzeczności z art. 25 ustawy o odpadach, która dopuszcza okres magazynowania odpadów innych niż niebezpieczne do roku.

W ocenie Izby, wskazanie w SIWZ okresu na zagospodarowanie/przetworzenie odpadów nie później niż w terminie 30 dni po zakończeniu realizacji zamówienia (§ 2 ust. 5 IPU), nie jest sprzeczne z art. 25 ustawy o odpadach. Sprzeczność nie zachodzi, bowiem termin 30 dni mieści się w terminie „do roku”.

Zgodnie z postanowieniami pkt 36 OPZ, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za dany

okres rozliczeniowy wyłącznie za odpady przetworzone, natomiast za odpady zmagazynowane w danym okresie, także w procesach R13 i D15, rozliczenie nastąpi w momencie udokumentowania przetworzenia tych odpadów.

Jak wyjaśnił Zamawiający, zgodnie z postanowieniami umowy wykonawczej pomiędzy Zamawiającym a m.st. Warszawą w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów, Zamawiający odpowiada za zagospodarowanie odpadów w procesach odzysku i/lub unieszkodliwiania. Zagospodarowanie ma być dokumentowane m.in. sprawozdaniami kwartalnymi, do których Zamawiający zobowiązany jest załączyć oświadczenie podmiotu posiadającego zezwolenie na zbieranie odpadów lub przetwarzanie odpadów w procesie R12 o przekazaniu odpadów do ostatecznego zagospodarowania. Wyklucza to możliwość rozliczenia świadczenia usług publicznych w sytuacji magazynowania odpadów w dłuższym okresie czasu, stąd też nie jest wypłacane wynagrodzenie za magazynowane odpady. Ponadto, wprowadzony w SIWZ termin określa czas magazynowania na 30 dni od zakończenia realizacji zamówienia, w celu zapewnienia możliwości rozliczenia się Zamawiającego z m.st. Warszawą ze swoich obowiązków.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niesprecyzowanie mechanizmu rozdziału strumienia odpadów pochodzących z dzielnic Ursynów i Wilanów na poszczególne części zamówienia, zarówno w części zamówienia gwarantowanego, jak i objętego prawem opcji.

Zarzut w ocenie Izby jest niezasadny.

Zgodnie z treścią pkt 6 OPZ, „Odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Ursynów, Wilanów.” Postanowienie to określa, że odpady będą przekazywane stopniowo, w sposób ciągły w każdej z części (zadań), zgodnie z ilościami odpadów

odebranych z terenu dzielnic Ursynów, Wilanów. „Sukcesywnie” oznacza dokonywanie etapami, stopniowo. Podkreślić w tym miejscu należy, że rzeczywista ilość odpadów zależna będzie od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców ww. dzielnic na co Zamawiający nie ma wpływu.

Izba uznała, że wprowadzenie postanowień dotyczących sposobu rozdziału strumienia odpadów na poszczególne części zamówienia postulowanych przez Odwołującego nie jest odpowiednim rozwiązaniem w przedmiotowym postępowaniu. Mając na uwadze zmienność strumienia odpadów, wprowadzenie proponowanego przez Odwołującego zapisu zgodnie z postulatem dotyczącym dostarczania odpadów w sposób stały w każdym kolejnym dniu realizacji do wykonawców realizujących kolejne części zamówienia, będzie prowadziło do uprzywilejowania części wykonawców oraz gorszych warunków realizacji dla pozostałych. Natomiast postulowane przez Odwołującego przerwanie realizacji w przypadku osiągnięcia w danej części zamówienia limitu gwarantowanej części zamówienia, aż do czasu osiągnięcia w każdej części zamówienia wskazanego limitu, zostało uwzględnione w treści SIWZ. Zamawiający jest bowiem uprawniony do przerwania realizacji umowy w momencie osiągnięcia gwarantowanej ilości odpadów. Nie ma zatem potrzeby doprecyzowania postanowień w sytuacji, gdy są one zawarte w SIWZ.

Zamawiający słusznie wskazywał, że w jego interesie leży osiągnięcie w każdej części zamówienia wskazanego gwarantowanego (minimalnego) zakresu zamówienia, wobec czego dodatkowe postanowienia w tym zakresie są zbędne. W postępowaniu przyjęty został rozdział dziennego strumienia w zbliżonej ilości dla wszystkich zadań. Podmiot odbierający jest w stanie dziennie różnicę korygować dostawami w kolejnych dniach aż do osiągnięcia w każdej części zamówienia wskazanego gwarantowanego (minimalnego) zakresu zamówienia, uwzględniając dzienny limit przyjęć poszczególnych instalacji. Podział strumienia na tonaże roczne wynoszące 10 tys. Mg daje możliwość udziału mniejszych instalacji.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i

art. 353¹ k.c., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny jak również poprzez sporządzenie wzoru umowy (Część V SIWZ IPU) w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i rażąco naruszający równowagę stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego oraz skutkujący przeniesieniem na wykonawcę ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia, wskutek wprowadzenia jednostronnego i uznaniowego prawa Zamawiającego do zlecenia wykonania przedmiotu umowy innemu wykonawcy tzw. wykonawstwo zastępcze, niezależnie od rodzaju i stopnia naruszenia zobowiązań umownych przez wykonawcę po uprzednim wyznaczeniu terminu dodatkowego nie dłuższego niż 2 dni robocze (§ 2 ust. 34 Część V SIWZ IPU).

Zarzut jest bezpodstawny. Możliwość zlecenia wykonania zastępczego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę jest standardowym postanowieniem umownym. Możliwość zlecenia wykonania zastępczego występuje po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu, w którym wykonawca może usunąć powstałe nieprawidłowości. Z uwagi na charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia Zamawiający nie

może dopuścić do wystąpienia jakiegokolwiek ryzyka przerwania świadczenia usługi czy też jej nienależytego wykonywania. Wskazany przez Zamawiającego termin 2 dni roboczych na usunięcie naruszeń jest odpowiedni i wystarczający. Wskazać przy tym należy, że usługa w zakresie zagospodarowania odpadów jest bezpośrednio związana z odbiorem odpadów wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości na terenie m.st. Warszawy, dlatego brak możliwości zagospodarowania odpadów spowoduje brak możliwości odbioru odpadów, co z kolei doprowadzi do wystąpienia zagrożenia epidemiologicznego w Warszawie. Zamawiający nie może zatem doprowadzić do sytuacji, że nie będą zagospodarowywane odpady, stąd możliwość zlecenia wykonania zastępczego.

Zauważyć należy, że Odwołujący nie określił w odwołaniu, które jego zdaniem obowiązki umowne mają ten walor, że ich niedopełnienie powinno skutkować możliwością wdrożenia wykonania zastępczego. Potwierdza to zatem, że zakres obowiązków wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia jest jasny i precyzyjny, a ich waga dla prawidłowego wykonania zamówienia i osiągnięcia celu postępowania jest równie istotna.

Zamawiający wydatkuje środki publiczne mieszkańców m.st. Warszawy, którzy finansują gospodarkę odpadami i jego zadaniem jest zabezpieczenie interesów mieszkańców, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego oraz realizacji własnych interesów jako Zamawiającego. Zamawiający nie może ponosić ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, kosztem stworzenia Odwołującemu najbardziej dogodnych i najmniej ryzykownych warunków realizacji zamówienia, gdyby nie podołał on swoim obowiązkom.

Żądanie wydłużenia terminu do 7 dni roboczych na usunięcie nieprawidłowości nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób uzasadnione, podobnie jak to, z jakich powodów

2 dni na usunięcie naruszeń jest, zdaniem Odwołującego, niewystarczające. Tymczasem,

charakter przedmiotu zamówienia przesądza, że większość obowiązków wykonawcy musi być realizowana na bieżąco, w sposób nieprzerwany, ponieważ bezpośrednio wpływa to na prawidłowość realizacji odbioru odpadów z terenu m.st. Warszawy. Termin 7 - dniowy w praktyce oznaczałby znaczne ryzyko dla bezpieczeństwa epidemicznego mieszkańców m.st. Warszawy. W ocenie Izby, nie można zgodzić się z Odwołującym, że przytoczone wyżej postanowienie przyznaje Zamawiającemu prawo do stosowania uznaniowo wykonawstwa zastępczego, niezależnie od rodzaju i stopnia naruszenia zobowiązań umownych przez wykonawcę, co prowadzić może do faktycznej zmiany podmiotu realizującego zamówienie publiczne przy jakimkolwiek, nawet nieistotnym z punktu widzenia realizacji zamówienia, obowiązku umownym. Nie sposób też zarzucić Zamawiającemu naruszenia zasad współżycia społecznego, skoro żadna taka zasada nie została wskazana przez Odwołującego.

Izba stwierdziła, że postanowienie § 2 pkt 34 IPU w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego jest zgodne z obowiązującymi regulacjami prawa oraz nie stanowi przyznania Zamawiającemu niewspółmiernie dużych i nieadekwatnych do potrzeb uprawnień do kształtowania sposobu wykonania umowy, kosztem interesu wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie uregulowanym w § 3 ust. 5 IPU, tj. możliwości żądania przez Zamawiającego zwrotu nadpłaconej kwoty oraz pomniejszania kolejnych płatności o stwierdzoną różnicę wynagrodzenia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający prowadzi postępowanie na mocy uchwały Nr LII/ 1251/2017 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych. Przedmiotowa umowa jest ściśle powiązana z warunkami ww. powierzenia. Odwołujący nie może oczekiwać, że Zamawiający

będzie podejmował nieracjonalne ekonomicznie decyzje i ustalał niekorzystne dla siebie warunki wykonania zamówienia. Jak wyjaśnił Zamawiający, zgodnie z warunkami powierzenia Zamawiający za świadczenie usług publicznych otrzymuje „wynagrodzenie” od Miasta. Zasady i tryb wypłacania wynagrodzenia zostały wskazane w § 6 umowy wykonawczej. Zgodnie z postanowieniem § 6 ust 9, wysokość „wynagrodzenia” (wysokość dopłaty) będzie korygowana na podstawie zaakceptowanych przez Miasto sprawozdań kwartalnych o rodzajach i ilościach odpadów przyjętych do zagospodarowania sporządzanych przez Zamawiającego i przedkładanych Miastu w terminach, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 7. Sprawozdanie kwartalne Zamawiającego winno być uzgodnione w terminie 4 miesięcy od dnia jego złożenia. Analogiczne sprawozdanie kwartalne przedkłada Zamawiającemu wykonawca i w tym przypadku okres ostatecznego uzgodnienia wynosi 3 miesiące od dnia złożenia sprawozdania.

Sprawozdanie miesięczne wykonawcy stanowi podstawę wystawienia faktury. Podawane przez wykonawcę w sprawozdaniu miesięcznym informacje o zagospodarowaniu przyjętych odpadów stanowią jedynie deklarację, a płatność ma de facto charakter zaliczkowy. Dokumenty, na podstawie których można zweryfikować prawidłowość zagospodarowania odpadów, stanowią załącznik i integralną część sprawozdania kwartalnego, sporządzanego zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 5 do umowy. Pełna weryfikacja zagospodarowania odpadów przyjętych w poszczególnych miesiącach kwartału następuje w procesie weryfikacji sprawozdania kwartalnego. Z uwagi na fakt, że Zamawiający wcześniej weryfikuje i uzgadnia sprawozdanie kwartalne z wykonawcą aniżeli z Miastem, skarżone postanowienie SIWZ daje mu możliwość reakcji w sytuacji, gdy Miasto zakwestionuje dane przekazane przez wykonawcę.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać uzasadnione potrzeby zamawiającego, jako że zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby był on adekwatny do celu, któremu służy dane postępowanie o udzielenie zamówienia. Jeśli potrzeby zamawiającego uzasadnione są szczególną sytuacją lub szczególnymi względami, wówczas nie można uznać, aby Zamawiający działał w sposób ograniczający konkurencyjność i naruszył art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp

Jak wyjaśnił Zamawiający, co znajduje potwierdzenie w przedstawionych dokumentach, kwestionowane przez Odwołującego postanowienie stanowi dla Zamawiającego narzędzie do weryfikacji prawidłowości realizacji umów na zagospodarowanie odpadów. Prawo Zamawiającego do weryfikacji rozliczonej masy odpadów, w tym weryfikacji masy odpadów przyjętych do instalacji z masą odpadów odebranych z terenu m.st. Warszawy (pkt 46 OPZ i § 3 ust. 5) służyć ma także kontroli, czy odpady faktycznie pochodzą z terenu m.st. Warszawy, co stanowi uzasadniony interes i potrzeby Zamawiającego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż zapis ten wprowadza nieograniczone uprawnienie dla Zamawiającego do ingerencji w zapłacone wykonawcy uprzednio wynagrodzenie. Zauważyć należy, że Zamawiający może działać wyłącznie w granicach prawa i wiążącej go umowy z m.st. Warszawa, zatem uprawnienie do rzetelnego rozliczenia umowy w żaden sposób nie zagraża ani narusza interesów wykonawców, nie ogranicza kręgu podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu oraz nie utrudnia uczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ani innych przywoływanych przepisów.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie uregulowanym w § 2 ust. 6 i § 8 ust. 5 IPU, tj. w zakresie prawa

Zamawiającego do przedłużenia terminu na dokonanie akceptacji nowej instalacji bez wskazania okresu przedłużenia.

W ocenie Izby, zarzut jest nieuzasadniony. Jak wynika z treści § 8 ust. 5 IPU, Zamawiający zobowiązał się dokonać weryfikacji w terminie do 5 dni roboczych od otrzymania kompletnych dokumentów, tj. zaktualizowanego oświadczenia o miejscu przetwarzania odpadów, oraz kompletnych dokumentów potwierdzających uprawnienie nowego podwykonawcy do zagospodarowania odpadów, zgodnie z wymaganiami prawa, o których mowa w ust. 2 i/lub ust. 3. Po dokonaniu weryfikacji Zamawiający przekaze wykonawcy informacje o akceptacji lub braku akceptacji dla zmiany podwykonawcy, zaś w przypadku otrzymania niekompletnych dokumentów Zamawiający wezwie wykonawcę do przedłożenia kompletu dokumentów. Wydłużenie procesu weryfikacji następuje, zgodnie z powyższym, w przypadku niedopełnienia formalności przez wykonawcę. Sformułowanie „Wskazany okres może ulec zmianie o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie” nie odnosi się do czynności weryfikacji możliwości wprowadzenia i zmiany podwykonawcy lecz do czasu dostarczania odpadów do pierwotnie wskazanej lokalizacji (instalacji lub stacji przeładunkowej). Należy zatem przychylić się do stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący błędnie interpretuje powyższe postanowienie IPU.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ k.c. w zakresie braku prawa rozwiązania umowy przez wykonawcę.

Zarzut nie jest zasadny. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zadaniem Zamawiającego jest zapewnienie realizacji określonego celu publicznego i wszelkie instrumenty umowne powinny sprzyjać realizacji tego zadania. Z orzecznictwa KIO wynika, że nie jest uzasadnione dążenie i oczekiwanie wykonawcy do uzyskania pełnej symetrii stron w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353¹ k.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy Pzp, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego (tak: wyrok KIO z dnia 5 marca 2014 r. sygn. akt KIO 283/14). Nie ma zatem obowiązku każdorazowego zapewnienia symetrii zobowiązań i uprawnień obu stron, ponieważ realizują one inne zadania, w szczególności wykonawcy nie wykonują zadań publicznych.

Biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu realizacja umowy obejmuje okres 12 miesięcy, a Zamawiający uregulował sytuacje awaryjne, gdy dotychczasowe instalacje nie mogą przetwarzać odpadów, zatem nie zachodzą okoliczności, które w sposób nieprzewidywalny (także w zakresie ewentualnej zmiany przepisów prawa) uniemożliwiłyby wykonawcy realizację zamówienia. Nie stanowi naruszenia prawa taka regulacja warunków umowy, gdy w perspektywie zaledwie 12 miesięcy wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia nieprzerwanego wykonywania usługi zagospodarowania odpadów.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i

art. 353¹ k.c. w zakresie zastrzeżenia kar umownych tylko na rzecz Zamawiającego oraz wprowadzenia wielu kar umownych, według oceny Odwołującego, wygórowanych, a także niewprowadzenia limitu kar umownych w wysokości 10%..

Podtrzymując argumentację wskazaną powyżej, Izba uznała powyższe zarzuty za niezasadne. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący nie uzasadnił żądań w powyższym zakresie obiektywnymi okolicznościami. Ponadto, w umowie o udzielenie zamówienia publicznego nie ma obowiązku zastrzeżenia kar umownych na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający w sposób uzasadniony zastrzegł kary umowne wobec wykonawcy, biorąc pod uwagę szczególny charakter i doniosłość prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Kary umowne zostały zastrzeżone za niewykonywanie kluczowych obowiązków wykonawcy, wynikających z umowy oraz obowiązujących przepisów prawa, zatem żądanie np. wykreślenia kary umownej za zagospodarowanie odpadów z naruszeniem podstawowych obowiązków umownych nie znajduje uzasadnienia.

W odniesieniu do postanowień § 6 ust. 3 pkt 2,3,6, 7,8,9 i 10 IPU, żądanie Odwołującego dotyczące dodania sformułowania „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”

nie uwzględnia okoliczności, że w § 6 ust. 3 pkt 6 i 7 IPU zostało ono przez Zamawiającego zawarte. W odniesieniu do postanowień § 6 ust. 3 pkt 2, 3, 9 i 10 IPU Izba stwierdziła, że kary umowne zostały określone w odniesieniu do realizacji obowiązków umownych zależnych od wykonawcy, a zatem dotyczą sytuacji, gdy wystąpią przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Dodatkowo, Zamawiający w § 6 ust. 5 IPU przewidział procedurę w celu wyjaśnienia przyczyn

mogących skutkować naliczeniem kar umownych. Wykonawca może szczegółowo uzasadnić okoliczności związane z naliczeniem kary umownej, zatem w przypadku, gdy dane zdarzenie będzie skutkiem okoliczności, które powstały z przyczyn niezależnych od wykonawcy, to kara umowna nie zostanie naliczona. Podkreślić należy, że zamawiający udzielając zamówień mają obowiązek chronić w szczególności interes publiczny uzasadniający udzielenie danego zamówienia, poprzez zabezpieczenie przed powstaniem szkód w wyniku nienależytego wykonania umowy. Podkreślić też należy, że kary umowne mają za zadanie dyscyplinować wykonawcę do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. Wykonawca nie może zatem

zarzucać braku równowagi stron w umowie podnosząc, że kary umowne powinny mieć taką wysokość, aby nie były uciążliwe dla wykonawcy, przeczy to bowiem samej istocie kar umownych. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył w powyższym zakresie przepisy prawa.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: