Sygn. akt: KIO 142/21,143/21, 161/21, 162/21, 165/21, 168/21

WYROK

z dnia 12 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Małgorzata Matecka

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 lutego 2021r. i na rozprawach w dniach 26 lutego 2021r. i 5 marca 2021r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew sprawach o sygn. akt KIO 142/21, KIO 143/21;

B. w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt KIO 161/21, KIO 162/21;

C. w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka sprawach o sygn. akt KIO 165/21, KIO 168/21

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 142/21, KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21 po stronie odwołującego;

B. wykonawcy PN-WMS sp. z o.o., Międzyleś 1, 05-326 Poświętne zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 161/21 i KIO 162/21 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala wszystkie odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 142/21, KIO 143/21, KIO 161/21, KIO 162/21, KIO 165/21, KIO 168/21;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew sprawach o sygn. akt KIO 142/21, KIO 143/21 i W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt KIO 161/21, KIO 162/21 oraz J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka sprawach o sygn. akt KIO 165/21, KIO 168/21 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 90 000 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew sprawach o sygn. akt KIO 142/21, KIO 143/21 i W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt KIO 161/21,162/21 oraz J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka sprawach o sygn. akt KIO 165/21, KIO 168/21 – tytułem wpisów od odwołań;

2.2 zasądza od wykonawcy REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawiew sprawach o sygn. akt KIO 142/21, KIO 143/21 na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3 zasądza od wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie w sprawach o sygn. akt KIO 161/21, KIO 162/21 na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;

2.4 zasądza od wykonawcy J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo

Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka w sprawach o sygn. akt KIO 165/21, KIO 168/21 na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący……

……

……

Sygn. akt: KIO 142/21,143/21, 161/21, 162/21, 165/21, 168/21

U z a s a d n i e n i e

KIO 142/21,143/21

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 86 000 Mg", numer referencyjny: DZA.ZOZ.27.66.2020.LK (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 142/21).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 255-641348, w tej samej dacie na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 142/21).

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 502 500 Mg", numer referencyjny: DZA.ZOZ.27.65.2020.LK (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 143/21).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 255-641353, w tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 143/21).

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 11 stycznia 2021 r. wniósł dwa odwołania o powyższych sygnaturach akt do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020): „Do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe." *(tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.).*

Jednakże zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. przepisów wprowadzających: „Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, *wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021* r., *stosuje się przepisy ustawy*, *o której mowa w art. 1."* (tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący przyjął jako podstawę wniesienia odwołań przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), niemniej jednak zgodnie z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) zarzuty sformułował przyjmując za podstawę przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w tych dwóch odwołaniach, że w toku przedmiotowego postępowania naruszono następujące przepisy ustawy:

1. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej starą ustawą Pzp poprzez sformułowanie wymagań opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i

niejednoznaczny, nie znajdujący uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i wycenę oferty, a także w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w zakresie w jakim Zamawiający w:

a)pkt 5 część II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej„OPZ") dopuścił możliwość przetworzenia zmagazynowanych odpadów nie później niż w terminie 30 dni po terminie realizacji zamówienia określonym w pkt 2 OPZ, co jest nieuzasadnione biorąc pod uwagę, że przepisy ustawy o odpadach dopuszczają magazynowanie odpadów zmieszanych przez okres 1 roku;

b)pkt 6 OPZ określił, że odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości wytworzonych przez mieszkańców poszczególnych dzielnic Bemowo, Wola bez jednoczesnego określenia, na jakich zasadach Zamawiający będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w ramach poszczególnych zadań, co uniemożliwia wykonawcom ustalenie czy posiadają odpowiednie zasoby do realizacji zamówienia oraz uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty;

c)pkt 14 OPZ podał szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań i jednocześnie zastrzegł, że wskazany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania stanowi jedynie dane szacunkowe i nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń wykonawcy, co w praktyce oznacza, że wszelkie zmiany szacowanego procentowego udziału rodzajów odpadów w strumieniu obciążają wykonawcę, co w konsekwencji uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty;

d)pkt 17 akapit 7 OPZ wymaga, że w przypadku, gdy stacja przeładunkowa dla danego rodzaju odpadów zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż instalacja do przetwarzania odpadów tego rodzaju, wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do stacji przeładunkowej (odległość liczona od granic dzielnic Bemowo, Wola po najkrótszej drodze w linii prostej), a zatem Zamawiający pozbawił wykonawców możliwości decydowania gdzie będą kierowane odpady, co uniemożliwia wykonawcom ustalenie czy posiadają odpowiednie zasoby do realizacji zamówienia oraz uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty. Ponadto, przedmiotowe postanowienie OPZ jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne w zakresie, w jakim nie określa, w jaki sposób będą ustalane granice dzielnicy;

e)pkt 20 OPZ wymaga, aby w przypadku wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów, odpady były dostarczane do pierwotnie wskazanej lokalizacji (instalacji lub stacji przeładunkowej) przez okres 30 dni od dnia akceptacji nowej instalacji. Przywołane postanowienie OPZ jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, gdyż nie wynika z niego między innymi jak należy rozumieć sformułowanie „pierwotnie wskazana lokalizacja

f)pkt 22 OPZ wymaga, aby kwit wagowy zawierał każdorazowo czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby odbierającej odpady;

g)pkt 24 OPZ wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do przyjęcia odpadów w dni robocze oraz w soboty i nie wyłączył przy tym realizacji tego obowiązku w dniu uznane ustawowo za wolne od pracy;

h)pkt 28 OPZ zadeklarował realizację zamówienia w minimalnym zakresie podając minimalną ilość odpadów do zagospodarowania w ramach każdego z zadań i zastrzegł sobie prawo do realizacji pozostałego zamówienia na zasadach prawa opcji, bez jednoczesnego uregulowania jak będzie traktowana sytuacja, w której do zagospodarowania zostanie przekazana mniejsza ilość odpadów niż minimalne ilości podane przez Zamawiającego w tym punkcie OPZ;

i)pkt 35 OPZ wymaga, aby wykonawca przedstawił sprawozdanie kwartalne potwierdzające zagospodarowanie odpadów, a co za tym idzie faktycznie wyłącza możliwości magazynowania odpadów przez wykonawcę. Ponadto zakres danych żądanych przez Zamawiającego, jako integralna część sprawozdań kwartalnych jest tak szeroki, że nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a pozyskanie tych danych przez Zamawiającego może doprowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający, który jest podmiotem konkurencyjnym w stosunku do wykonawców (działa na tym samym rynku) w wyniku realizacji zamówienia wejdzie w posiadanie informacji o istotnym znaczeniu dla wykonawców, których nie byłby w stanie uzyskać w inny sposób (nie są to informacje powszechnie znane ani łatwo dostępne).

2. art. 353^1 oraz art. 487 §2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 starej ustawy Pzp, art. 14 ust.1 starej ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 starej ustawy Pzp poprzez sporządzenie części V SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy (wzór

umowy) dla Zadania 1 (9.1) do Zadania 4 (9.4), dalej jako: „wzór umowy" w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, zasady uczciwej konkurencji i uniemożlwiający oszacowanie ceny / oferty, a w konsekwencji mogący prowadzić do nieporównywalności ofert w zakresie, w jakim Zamawiający w:

a)§1 ust. 4 oraz §1 ust. 5 wzoru umowy określił, że ma prawo do przeprowadzania kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę i podwykonawcę na zasadach określonych w tych postanowieniach umowy, które są niejednoznaczne i nieprecyzyjne, a sam wymóg prowadzenia przez Zamawiającego kontroli w tak szerokim zakresie jest nieuzasadniony:

- Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia kontroli instalacji oraz działalności wykonawcy oraz jego podwykonawców w sytuacji, kiedy sam prowadzi działalność gospodarczą w analogicznym zakresie i występuje na rynku, jako podmiot konkurencyjny, bez jednoczesnego określenia odpowiednich i proporcjonalnych wymogów po stronie Zamawiającego, co do zasad przeprowadzenia kontroli, sposobu jej prowadzenia, zakresu informacji, jakich żądać może Zamawiający od wykonawcy i podwykonawców, sposobu ich przetwarzania, wykorzystania i czasu, w jakim zamawiający będzie informacje przechowywał. W wyniku realizacji czynności kontrolnych, Zamawiający może wejść w posiadanie informacji o istotnym znaczeniu dla wykonawców, których nie byłby w stanie uzyskać w inny sposób (nie są to informacje powszechnie znane ani łatwo dostępne),

- Zamawiający nie wprowadził do wzoru umowy postanowień odnoszących się do rozwiązań stanowiących zabezpieczenie, że Zamawiający zachowa w tajemnicy i nie wykorzysta w celach innych niż związane z realizacją umowy albo nie przekaże dalej, informacji uzyskanych w wyniku ewentualnie prowadzonych kontroli dotyczących danych handlowych lub technologicznych, a w przypadku gdyby dane takie zostały ujawnione, a ich nieuprawnione wykorzystanie wywołało szkodę po stronie wykonawcy lub podwykonawców, postanowień określających zasady odpowiedzialności Zamawiającego, co pozwoliłoby na zachowanie odpowiednich proporcji pomiędzy uprawnieniami Zamawiającego i jego obowiązkami, a uzasadnionym interesem wykonawcy i podwykonawców;

- Zamawiający nie wprowadził żadnych postanowień określających zasady prowadzenia kontroli tj. odpowiedniego sposobu i terminu informowania o niej, precyzyjnego określania osób uprawnionych do udziału w niej (z dopuszczeniem osób trzecich), czasu jej prowadzenia oraz uregulowania postępowania i podejścia Zamawiającego w przypadku prowadzenia w tym samym czasie innych kontroli np. organów administracji publicznej, co w świetle precyzyjnego uregulowania zasad kontroli przez to ostatnie podmioty w ustawie Prawo przedsiębiorców, w przypadku kontroli prowadzonej przez podmiot prywatny, nie gwarantuje przejrzystości uprawnień i odpowiedzialności Zamawiającego, jak również nie jest proporcjonalne do uprawnień organów publicznych w tym zakresie oraz obowiązków wykonawcy na gruncie prawa publicznego;

- Zamawiający nie wprowadził do wzoru umowy postanowień regulujących zasady gwarantujące przestrzeganie przez Zamawiającego zasad bezpieczeństwa podczas prowadzonych kontroli, jak również zasad odpowiedzialności Zamawiającego i wykonawcy w przypadku wypadków lub zdarzeń niepożądanych, gdyby takie zaszły w czasie kontroli;

b)§3 ust. 5 akapit drugi wzoru umowy ustalił, że 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. Postanowienie to jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne (Zamawiający nie wyjaśnił o jakie okoliczności chodzi) oraz uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a także narusza równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, gdyż we wzorze umowy nie przewidziano odpowiednika tego postanowienia dla wykonawcy (tj. nie przewidziano postanowienia, które uprawniałoby wykonawcę do żądania podwyższenia wynagrodzenia w przypadku, gdy uzgodniona masa odpadów uległa zmianie na niekorzyść wykonawcy);

c)§6 wzoru umowy, nie wprowadził żadnego ograniczenia procentowego lub kwotowego łącznej wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w toku obowiązywania umowy, co uniemożliwia oszacowanie ryzyka związanego z realizacja przedmiotu umowy i uwzględnienia go przy szacowaniu ceny oferty;

d)§6 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy, przewiedział rażąco wygórowana karę umowną za uniemożliwienie realizacji uprawnień Zamawiającego przewidzianych w §1 ust. 4 i 5 wzoru umowy dotyczących wykonywania umowy przez wykonawcę lub podwykonawcę.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie treści SIWZ oraz załączników do SIWZ i wzoru umowy poprzez:

1.w odniesieniu do SIWZ:

a)wskazanie w pkt 5 OPZ, że Zamawiający dopuszcza możliwość przetworzenia zmagazynowanych (także w procesach R13 i D15) odpadów nie później niż w terminie 1 roku po terminie realizacji zamówienia określonym w pkt 2 OPZ, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym;

b)jednoznaczne określenie w pkt 6 OPZ zasad, na jakich Zamawiający będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w ramach poszczególnych zadań poprzez wskazanie, że strumień odebranych odpadów będzie równomiernie (w równych części ach) i jednocześnie przekazywany wszystkim wykonawcom, z którymi zostanie zawarta umowa na zadania obejmujące przedmiot zamówienia;

c)wskazanie w pkt 14 OPZ wartości procentowej, o jaką może odbiegać szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań, której przekroczenie spowoduje zmianę cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę w Formularzu ofertowym;

d)zmodyfikowanie pkt 17 akapit 7 OPZ poprzez wskazanie, że po przekroczeniu progu 50% minimalnej ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania dla danego zadania określonej w pkt 28 OPZ, wykonawca będzie podejmował decyzję co do tego, gdzie mają trafić odpady - bezpośrednio do instalacji czy do stacji przeładunkowej;

e)wskazanie w pkt 20 OPZ, że w przypadku wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów, odpady będą dostarczane do stacji przeładunkowej przez okres 30 dni od dnia akceptacji nowej instalacji;

f)wykreślenie w pkt 22 OPZ wymogu, aby kwit wagowy zawierał każdorazowo czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby odbierającej odpady;

g)*dodanie na końcu pkt 24 OPZ sformułowania „z* wyłączeniem dni uznanych ustawowo za wolne od pracy";

h)dodanie w pkt 28 OPZ, że w przypadku, gdy w ramach danego zadania do zagospodarowania zostanie przekazana mniejsza ilość odpadów niż minimalne ilości podane przez Zamawiającego w tym punkcie OPZ, wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych podanych w Formularzu ofertowym i liczby Mg brakującej do osiągnięcia ilości określonych przez Zamawiającego jako minimalna ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania w ramach danego zadania;

i)zmodyfikowanie pkt 35 OPZ poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany przedstawić Zamawiającemu sprawozdanie kwartalne obejmujące informacje określone w art. 9oa ust. 1 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

Biorąc pod uwag, że część z w/w postanowień OPZ została powtórzona we wzorze umowy, również wzór umowy będzie wymagał odpowiedniego dostosowania w tym zakresie.

2.w odniesieniu do wzoru umowy:

a)zmodyfikowanie §1 ust. 4 oraz ust. 5 wzoru umowy poprzez określenie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości:

- odpowiednich i proporcjonalnych wymogów po stronie Zamawiającego, co do zasad przeprowadzenia kontroli, sposobu jej prowadzenia, zakresu informacji, jakich żądać może Zamawiający od wykonawcy i podwykonawców, sposobu ich przetwarzania, wykorzystania i czasu, w jakim Zamawiający będzie informacje przechowywał,

- rozwiązań stanowiących zabezpieczenie, że Zamawiający zachowa w tajemnicy i nie wykorzysta w celach innych niż realizacja przedmiotu umowy albo nie przekaże dalej, informacji uzyskanych w wyniku ewentualnie prowadzonych kontroli dotyczących danych handlowych lub technologicznych, a w przypadku gdyby dane takie zostały ujawnione, a ich nieuprawnione wykorzystanie wywołało szkodę po stronie wykonawcy lub podwykonawców, postanowień określających zasady odpowiedzialności Zamawiającego, co pozwoliłoby na zachowanie odpowiednich proporcji pomiędzy uprawnieniami Zamawiającego i jego obowiązkami oraz uzasadnionym interesem wykonawców i podwykonawców,

- zasady prowadzenia kontroli tj. odpowiedniego sposobu i terminu informowania o niej, precyzyjnego określania osób uprawnionych do udziału w niej (z dopuszczeniem osób trzecich), czasu jej prowadzenia oraz uregulowania postępowania i podejścia Zamawiającego w przypadku prowadzenia w tym samym czasie innych kontroli np. organów administracji publicznej,

- zasad gwarantujących przestrzeganie przez Zamawiającego zasad bezpieczeństwa podczas prowadzonych kontroli, jak również zasad odpowiedzialności Zamawiającego i wykonawcy w przypadku wypadków lub zdarzeń niepożądanych, gdyby takie zaszły w czasie kontroli;

b)wykreślenie postanowienia 53 ust. 5 akapit drugi i trzeci wzoru umowy;

c)wprowadzenie w §6 wzoru umowy, postanowienia zgodnie z którym maksymalna łączna wysokość kar umownych jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji umowy nie może przekroczyć 30% łącznego wynagrodzenia określonego w 53 ust. 1 umowy;

d)obniżenie kary umownej określonej w 56 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy, do 0,05% łącznego wynagrodzenia określonego w 53 ust. 1 umowy powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary.

W ramach zarzutu dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Według Odwołującego - szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało w przedmiotowym postępowaniu sformułowanych przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczający do sporządzenia prawidłowej oferty i oszacowania jej kosztów, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że odnośnie postanowień SIWZ dotyczących przetworzenia odpadów komunalnych (pkt 5 OPZ) Zamawiający ustanowił wymaganie, że „Wykonawca jest zobowiązany do przetworzenia odpadów komunalnych w terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2. 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, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy, za odpady przetworzone po terminie wskazanym w zdaniu poprzedzającym Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia.”.

Według Odwołującego - ograniczenie możliwości przetworzenia odpadów komunalnych jedyne do 30 dni po terminie realizacji zamówienia nie znajduje uzasadnienia, zwłaszcza, jeśli wziąć pod uwagę, że przepisy ustawy o odpadach dopuszczają magazynowanie odpadów zmieszanych przez okres 1 roku.

Zauważył, że w art. 25 ust. 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. z dnia 16 kwietnia 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 797 z późn. zm.) wskazano, że 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;

2) 3 tata - w przypadku magazynowania pozostałych odpadów. ”.

Dalej, wywodził, że zgodnie z kolei z ust. 5 przywołanego powyżej przepisu, odpady przeznaczone do składowania mogą być magazynowane wyłącznie w celu zebrania odpowiedniej ilości tych odpadów do transportu na składowisko odpadów, nie dłużej jednak niż przez rok.

W związku z tym stanął na stanowisku, że brak jest uzasadnienia dla wprowadzania przez Zamawiającego bardziej restrykcyjnych rozwiązań niż dopuszczają to przepisy rangi ustawowej.

Odnośnie zagadnienia przekazywanie odpadów do zagospodarowania (pkt 6 OPZ) wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy. Odpady komunalne objęte przedmiotem zamówienia pochodzić będą z dzielnic Bemowo, Wola. Zamówienie zostało podzielone przez Zamawiającego na 4 części: Zadanie 1 (9.1), Zadanie 2 (9.2), Zadanie 3 (9.3) i Zadanie 4 (9.4). Przedmiot zamówienia będzie realizowany przez okres 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji umowy.

Zaznaczył przy tym, że dla każdego z zadań, w pkt 4 OPZ, Zamawiający podał maksymalną planowaną ilość odpadów komunalnych do zagospodarowania. Zamawiający zadeklarował również w pkt 28 OPZ minimalne ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania oraz zastrzegł sobie prawo do realizacji pozostałego zamówienia na zadach prawa opcji.

Zarzucił, że Zamawiający nie podał jednak żadnych dziennych limitów minimalnych lub maksymalnych ilości odpadów, jakie mogą zostać przekazane do zagospodarowania w ramach danego zadania.

Podniósł, że w pkt 6 OPZ, Zamawiający wskazał, że„Odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Bemowo, Wola”.

Zdaniem Odwołującego - przedmiotowe postanowienie OPZ jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne, gdyż nie wynika z niego na jakich zasadach Zamawiający będzie przekazywał odpady do zagospodarowania w ramach

poszczególnych zadań, co uniemożliwia wykonawcom ustalenie czy posiadają odpowiednie zasoby do realizacji zamówienia oraz uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty.

Zwrócił uwagę, że maksymalna planowana ilość odpadów komunalnych do zagospodarowania to 21 500 Mg w ramach każdego zadania czyli 86 000 Mg dla 4 zadań.

Na podstawie obecnego brzmienia OPZ nie sposób ustalić – według Odwołującego - jak będzie przekazywany strumień odpadów w przypadku, gdy na każde zadanie zostanie zawarta umowa z innym wykonawcą. Czy Zamawiający będzie najpierw przekazywał strumień odpadów do wykonawcy Zadania 1, aż do wykorzystania maksymalnej planowanej ilości odpadów do zagospodarowania i dopiero po jej wykorzystaniu będzie przekazywał odpady do wykonawcy Zadania nr 2, czy też będzie równomiernie i jednocześnie przekazywał strumień odpadów wykonawcom wszystkich 4 zadań.

Dla Odwołującego wątpliwości w tym zakresie nie rozwiewa również odpowiedź udzielona przez Zamawiającego na pytanie nr 7 (wyjaśnienia do treści SIWZ z dnia 7 stycznia 2021 r.), gdyż Zamawiający nie doprecyzował w niej co będzie stanowiło podstawę ustalenia proporcjonalnego podziału (proporcjonalnie do czego będą rozdzielane odpady?).

„Pytanie 7:

Zamawiający nie określa przedziałów czasowych na realizację poszczególnych zadań. W przypadku wyboru różnych Wykonawców na poszczególne zadania, jak będzie podzielony strumień odpadów oraz jakie będą zasady rozdzielania odpadów w danym czasie pomiędzy wykonawców? Czy np. Zamawiający będzie przekazywał w pierwszej kolejności odpady z zadania nr 1 aż do jej wyczerpania tylko do jednego Wykonawcy, czy proporcjonalnie i równocześnie ze wszystkich zadań do wszystkich Wykonawców, z którymi została podpisania Umowa?

Odpowiedź na pytanie nr 7:

Zamawiający wyjaśnia, że będzie przekazywał odpady proporcjonalnie i równocześnie do wszystkich Wykonawców z którymi zostaną zawarte umowy.”.

Zauważył, że określenie jednoznacznych i precyzyjnych zasad przekazywania strumienia odpadów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest istotne z perspektywy możliwości oceny przez wykonawców czy posiadają odpowiednie zasoby do realizacji przedmiotu zamówienia. Zarówno decyzje na przetwarzanie odpadów dla instalacji jak i zezwolenia na zbieranie odpadów dla stacji przeładunkowych lub pozwolenia zintegrowane, których Zamawiający wymaga na potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, określają maksymalne ilości odpadów, jakie mogą zostać przetworzone w instalacji lub zebrane w stacji przeładunkowej. Ilości tam podane stanowią maksymalne ilości odpadów, jakie mogą zostać przetworzone przez instalację nie tylko w ramach tej umowy, ale ogólnie w ramach wszystkich umów zawartych przez podmiot prowadzący instalację lub stację przeładunkową. Brak informacji o tym jak będzie podzielony strumień odpadów uniemożliwia wykonawcy ocenę, czy ilości odpadów, jakie zostały mu do wykorzystania w ramach decyzji/zezwoleń, biorąc pod uwagę również inne zobowiązania kontraktowe wykonawcy pozwala na zagwarantowanie należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można oczekiwać od wykonawców „zablokowania” zasobów do maksymalnych planowanych ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania, jeśli nie mają oni jednocześnie żadnej pewności, co do tego jaki zakres zamówienia na pewno zrealizują.

Dalej, argumentował, że Zamawiający określił, co prawda maksymalne i minimalne ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania, ale jednocześnie nie uregulował w żaden sposób tego, co się stanie, jeśli ilość odpadów przekazanych wykonawcy do zagospodarowania nie osiągnie minimalnych ilości określonych w pkt 28 OPZ. Powyższe powoduje, że nie jest możliwe oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i ustalenie czy koszty poniesione przez wykonawcę na potrzeby przygotowania do świadczenia usług zostaną pokryte przez wynagrodzenie uzyskane przez niego z tytułu świadczenia usług na rzecz Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego - brak określenia zasad przekazywania strumienia odpadów w rozbiciu na poszczególne zadania uniemożliwia również ustalenie bieżących kwestii technicznych związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że § 6 ust. 3 pkt 7 wzoru umowy, Zamawiający przewidział karę umowną za każdy stwierdzony przypadek oczekiwania pojazdu powyżej 30 minut na wjazd i rozładunek odpadów z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 500,00 zł za każde rozpoczęte kolejne 30 minut oczekiwania każdego pojazdu, z zastrzeżeniem że oczekiwanie pojazdu na wjazd i rozładunek odpadów powyżej 90 minut z przyczyn leżących po stronie wykonawcy traktowane będzie jak odmowa przyjęcia odpadów przez wykonawcę i skutkować będzie naliczeniem kary wyłącznie zgodnie z pkt. 3), czyli kary w wysokości - w wysokości 0,1% łącznego wynagrodzenia określonego w § 3 ust.

1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary.

W dalszej części przekonywał, że jeżeli cały strumień odpadów z dzielnic Bemowo, Wola będzie trafiał w pierwszej kolejności do wykonawcy Zadania nr 1, a zatem wykonawca tego zadania będzie zmuszony przyjąć w dużo krótszym okresie odpady przewidziane na okres 12 miesięcy może się okazać, że dotrzymanie wymogów w zakresie oczekiwania pojazdów na wjazd jest technicznie niemożliwe do wykonania (każdy pojazd musi zostać zważony na wjeździe, opróżniony, a następnie zważony na wyjeździe). Problematyczne może okazać się również osiągnięcie dziennych mocy przerobowych instalacji i stacji przeładunkowych.

Odnośnie zarzutu związanego z szacowanym procentowym udziałem odpadów w strumieniu odpadów (pkt 14 OPZ) podniósł, że w pkt 14 OPZ Zamawiający podał szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że wskazany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania stanowi jedynie dane szacunkowe i nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń wykonawcy, co w praktyce oznacza, że wszelkie zmiany szacowanego procentowego udziału rodzajów odpadów w strumieniu obciążają wykonawcę.

W opinii Odwołującego - takie ukształtowanie postanowień OPZ uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty, a w konsekwencji stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Zaznaczył, że Zamawiający nie określił żadnego marginesu zmian jaki może wystąpić w odniesieniu do udziału poszczególnych frakcji odpadów w ramach zadania.

Według Odwołującego - informacja w tym zakresie jest o tyle istotna, że jak już wyżej wskazywano, każdy z wykonawców posiada określone w decyzjach i zezwoleniach moce przerobowe instalacji, a przekroczenie tych mocy (dostępnych zasobów) naraża wykonawcę na kary administracyjne mogące skutkować cofnięciem zezwolenia ze względu na przyjęcie i przetworzenie większej ilości odpadów niż wskazana w posiadanej decyzji/zezwoleniu.

Brak podania tych informacji czyni również niemożliwym należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia.

Zauważył, że koszty zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów znacznie się różnią między sobą, a każda różnica występująca w udziale procentowym poszczególnych frakcji w strumieniu odpadów powoduje, że istotnie zmienia się kalkulacja kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że w ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający realizuje zadania powierzone przez UM Warszawa na podstawie umowy wykonawczej.

W związku z powyższym, Zamawiający jest w stanie określić w sposób bardziej precyzyjny ilości odpadów przekazanych do zagospodarowania wraz z uwzględnieniem ewentualnych wahań w tym zakresie w ramach poszczególnych frakcji odpadów, na podstawie chociażby sprawozdań miesięcznych, jakie składają do UM Warszawa podmioty odbierające odpady.

W zakresie zarzutu dotyczącego lokalizacji stacji przeładunkowej (pkt 17 akapit 7 OPZ) zwrócił uwagę, że w pkt 17 OPZ, Zamawiający wymaga, aby wykonawca przyjmował „odpady zmieszane" bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Zamawiający dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość korzystania ze stacji przeładunkowej/stacji przeładunkowych. Koszt transportu odpadów ze stacji przeładunkowej do instalacji będzie pokrywany przez wykonawcę. Lokalizacja stacji nie może ulec zmianie w trakcie obowiązywania umowy. Ilości i rodzaje odpadów, które będą dostarczane do poszczególnych instalacji i/lub stacji przeładunkowych zostaną uzgodnione w trybie roboczym przez koordynatorów realizacji umowy.

„W przypadku gdy stacja przeładunkowa dla danego rodzaju odpadów zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż instalacja do przetwarzania odpadów tego rodzaju, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do stacji przeładunkowej (odległość liczona będzie od granic dzielnic Bemowc, Wola po najkrótszej drodze w linii prostej). W przypadku gdy instalacja do przetwarzania odpadów danego rodzaju zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż stacja przeładunkowa dla tego rodzaju odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do tej instalacji (odległość liczona będzie od granic dzielnic Bemowc, Wola po najkrótszej drodze w linii prostej).".

Podsumowując, Zamawiający z jednej strony dopuszcza możliwość przekazywania odpadów bezpośrednio do

instalacji, ale jednocześnie dopuszcza możliwość korzystania przez wykonawców ze stacji przeładunkowych.

Niemniej jednak zauważył, ze jeśli stacja przeładunkowa zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż instalacja do przetwarzania odpadów tego rodzaju, wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do stacji przeładunkowej, zamiast bezpośredniego skierowania ich do instalacji.

Wobec tego – w przekonaniu Odwołującego - Zamawiający pozbawił, zatem wykonawców możliwości decydowania gdzie będą kierowane odpady, co uniemożliwia wykonawcom ustalenie czy posiadają odpowiednie zasoby do realizacji zamówienia oraz uniemożliwia należyte oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i uwzględnienie ich w cenie oferty.

Podkreślił, wykonawcy działają w oparciu o decyzje/zezwolenia, które określają maksymalne ilości odpadów, jakie mogą zostać przetworzone w instalacji lub zebrane w stacji przeładunkowej. Brak możliwości decydowania przez wykonawców o tym, gdzie w pierwszej kolejności mają trafić odpady - do instalacji czy do stacji przeładunkowej, uniemożliwia wykonawcom rozplanowanie mocy przerobowych instalacji i stacji w taki sposób, aby zapewnić jak najbardziej efektywne, a jednocześnie należyte wykonanie przedmiotu zamówienia przy zachowaniu limitów określonych w decyzjach/zezwoleniach.

Zdaniem Odwołującego - takie ukształtowanie postanowień OPZ uniemożliwia wykonawcom realną ocenę czy będą w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, biorąc pod uwagę umowy, jakie posiadają z innym podmiotami na świadczenie analogicznych usług. W efekcie taka sytuacja może wpływać na ograniczenie konkurencji, gdyż w postępowaniu nie wezmą udziału wykonawcy, którzy byliby w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, jednak odstąpią od złożenia oferty z uwagi na brak możliwości oszacowania zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zauważył, że na strumień odpadów trafiający do przetworzenia, składają się różnego rodzaju odpady, których ilości zostały określone przez Zamawiającego, jako szacunkowe. Zamawiający oczekuje, aby oferta zawierała pewną i niezmienną cenę przetworzenia odpadów przez cały czas trwania umowy. Jak pokazuje doświadczenie Odwołującego z realizacji innych umów o podobnym przedmiocie na rzecz Zamawiającego, podawane przez niego ilości odpadów określane, jako szacunkowe odbiegają od tych wartości w daleki sposób.

Biorąc powyższe pod uwagę, umowa – w ocenie Odwołującego - powinna zawierać odpowiedni mechanizm pozwalający na weryfikację ceny, a na pewno na możliwość podejmowania przez wykonawcę decyzji umożliwiających mu rozstrzyganie o tym, gdzie (do której instalacji lub stacji przeładunkowej) będą trafiały odpady.

Doświadczenie Odwołującego ze współpracy z Zamawiającym pokazuje, że różnice w ilości poszczególnych rodzajów odpadów (określane jako szacunkowe) sięgać mogą nawet kilkudziesięciu procent. W przypadku, gdy posiadanie pozwolenia na zbieranie lub przetwarzanie odpadów, stanowi wymóg, w ramach którego wykonawca lub podwykonawcy muszą mieć możliwość zbierania, magazynowania lub przetwarzania ściśle określonych przez Zamawiającego rodzajów i ilości odpadów, to określanie ilości i rodzajów odpadów, jakie mają zostać zagospodarowane na zlecenie Zamawiającego poprzez posługiwanie się szacunkami stanowi niewspółmiernie dalece idące obowiązki. Co więcej w umowie brak jest jakichkolwiek postanowień, które pozwalałyby wykonawcy reagować na przekazywanie odpadów niezgodnie z szacunkami Zamawiającego w stopniu, który prowadzi np. do zmuszenia wykonawcy lub podwykonawców do naruszenia warunków posiadanych pozwoleń z uwagi na to, że rodzaje ilości odpadów faktycznie mających podlegać zagospodarowaniu istotnie odbiegają od tych wskazywanych przez Zamawiającego, jako szacunkowe.

Wywodził, że jeśli uznać za uprawnione określenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez podanie szacunkowych ilości poszczególnych rodzajów odpadów przekazanych do zagospodarowania, to tym bardziej wykonawcom powinno zostać przyznane uprawnienie do decydowania o miejscu przyjmowania odpadów (instalacja lub stacja przeładunkowa). Zwłaszcza, jeśli uwzględnić fakt, że dotychczasowy sposób przyjmowania odpadów stwarza zagrożenie naruszenia warunków pozwolenia albo generuje po stronie wykonawcy niewspółmierne koszty.

Ponadto, zarzucił, że przedmiotowe postanowienie OPZ jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne w zakresie, w jakim nie określa jak Zamawiający będzie ustalał granicę dzielnicy (np. czy będzie to najdalej wysunięty punkt dzielnicy w stosunku do instalacji lub stacji przeładunkowej lub jakiś z góry określony punkt dzielnicy, dla którego będzie mierzona odległość od instalacji i stacji).

W odniesieniu do zarzutu związanego z awarią instalacji wskazanych w oświadczeniu (pkt 20 OPZ) wskazał, że zgodnie z pkt 20 OPZ„W przypadku wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub innej przyczyny uniemożliwiającej

przyjmowanieodpadów, Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia zagospodarowania odpadów w innej instalacji na własny koszt. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest w trybie natychmiastowym do poinformowania Zamawiającego o zaistniałej sytuacji, złożenia wyczerpujących wyjaśnień, złożenia zaktualizowanego oświadczenia o miejscu zagospodarowania odpadów, oświadczenia o tym, że nowa instalacja spełnia wymagania prawa umożliwiające przyjmowanie przez nią odpadów do zagospodarowania oraz przedłożenia nie później niż w terminie do 2 dni roboczych od powiadomienia kompletnych dokumentów potwierdzających uprawnienie nowej instalacji do zagospodarowania odpadów zgodnie z wymaganiami prawa. Odpady będą dostarczane do pierwotnie wskazanej lokalizacji (instalacji lub stacji przeładunkowej) przez okres 30 dni od dnia akceptacji nowej instalacji. Wskazany okres może ulec zmianie, o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie. (...) Odpady przekazane do instalacji, która nie została zaakceptowana przez Zamawiającego, uznaje się za zagospodarowane niezgodnie z umową i nie przysługuje za nie wynagrodzenie.”.

Według Odwołującego - przywołanie postanowienie OPZ jest niejednoznaczne i nieprecyzyjne, gdyż nie wynika z niego jak należy rozumieć sformułowanie „pierwotnie wskazana instalacja”. Jeśli rozumieć je jako instalację, która została wskazana w ofercie, a która uległa awarii lub która nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn, to brak jest uzasadnienia dla dostarczania do niej odpadów przez okres 30 dni od dnia akceptacji nowej instalacji, zwłaszcza że Zamawiający nie precyzuje co miało by się stać z odpadami, które trafią do takiej instalacji i nie zostaną do niej przyjęte z uwagi na awarię instalacji. Jest to tym bardziej nieuzasadnione, jeśli wziąć pod uwagę, że Zamawiający dopuszcza jednocześnie korzystanie ze stacji przeładunkowych.

Kolejny zarzut dotyczył Kwitu wagowego uregulowanego w pkt 22 OPZ, gdzie Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo potwierdzić przyjęcie odpadów kwitem wagowym z legalizowanej wagi Wykonawcy znajdującej się na terenie instalacji do przetwarzania odpadów lub stacji przeładunkowej. Kwit wagowy powinien zawierać między innymi datę, godzinę wjazdu i wyjazdu pojazdu, nr rejestracyjny pojazdu, rodzaj dostarczonych odpadów, nazwę podmiotu dostarczającego odpady objęte przedmiotem zamówienia, wagę brutto, wagę tarę, wagę netto tj. ilość dostarczonych odpadów, nr kwitu Wagowego, nr zadania, czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby przekazującej odpady.”.

Biorąc pod uwagę obecnie panującą sytuacje epidemiologiczną, jak również specyfikę świadczonych usług i wymagania narzucone przez Zamawiającego, chociażby w zakresie czasu oczekiwania pojazdów na wjazd, wymaganie, aby kwit wagowy zawierał czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby przekazującej odpady, - zdaniem Odwołującego - jest nadmierne i nieuzasadnione. Nie znajduje ono podstaw w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

W zakresie zastrzeżeń Odwołującego dotyczącego uregulowań dni przyjmowania odpadów, gdzie zgodnie z pkt 24 OPZ, wykonawca zobowiązany jest do przyjęcia odpadów w dni robocze od poniedziałku do piątku w godzinach 6:00-22:00 oraz w soboty w godzinach 6:00-22:00, podniósł, że Zamawiający nie wyłączył w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości obowiązku przyjmowania przez wykonawcę odpadów w dniu wolne od pracy w rozumieniu ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (tj. z dnia 27 października 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1920).

W związku z tym Odwołujący doszedł do wniosku, że Zamawiający może oczekiwać od wykonawców przyjmowania odpadów również w te dni, co jest nieuzasadnione - nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a ponadto uniemożliwia wykonawcom zorganizowanie i zaplanowanie działań związanych z realizację przedmiotu zamówienia (konieczność zapewnienia po stronie wykonawców odpowiednich środków technicznych i personelu).

W części odnoszącej się do minimalnych ilości odpadów do zagospodarowania zauważył, że w pkt 4 OPZ, Zamawiający podał maksymalne planowane ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania z podziałem na poszczególne zadania.

Natomiast, w pkt 28 OPZ, Zamawiający wskazał, ze deklaruje realizację zamówienia w minimalnym zakresie, podając minimalną ilość odpadów do zagospodarowania w ramach każdego z zadań i zastrzegł sobie prawo do realizacji pozostałego zamówienia na zasadach prawa opcji. Dla każdego z 4 zadań na której jest podzielone postępowanie, minimalna ilość odpadów komunalnych do zagospodarowania wynosi 13 975 Mg, podczas gdy maksymalna ilość odpadów, jaka może zostać przekazana przez Zamawiającego do zagospodarowania w ramach każdego z tych zadań wynosi 21 500 Mg.

Zaznaczył, że zgodnie z zastrzeżeniem zawartym pod tabelą z minimalnymi planowanymi ilościami odpadów komunalnych do zagospodarowania, decyzja o usługach objętych prawem opcji uzależniona będzie od decyzji Zamawiającego, podczas gdy na wykonawcę nałożony w ten sposób zostaje obowiązek realizacji usług do ustalonego w ramach prawa opcji poziomu maksymalnego na warunkach zawartej umowy, bez konieczności negocjacji między stronami.

Odwołujący stwierdził, że analiza pkt 28 OPZ w połączeniu z informacjami podanymi w pkt 4 OPZ, mogłaby doprowadzić do błędnego wniosku, że Zamawiający określił zakres zamówienia, jaki zostanie zrealizowany przez wykonawcę wyznaczając zarówno minimalne jak i maksymalne ilości odpadów, jakie zostaną przekazane wykonawcom do zagospodarowania.

Zdaniem Odwołującego - określenie przez Zamawiającego minimalnego poziomu zamówienia, jaki zostanie zrealizowany przez wykonawcę - minimalnej ilości odpadów do zagospodarowania - ma charakter iluzoryczny, gdyż Zamawiający w żadnym miejscu OPZ ani wzoru umowy, nie uregulował jak będzie traktowana sytuacja, w której do zagospodarowania zostanie faktycznie przekazana mniejsza ilość odpadów niż minimalne ilości podane w OPZ.

W związku z tym zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z §3 ust. 8 wzoru umowy „Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za dany okres rozliczeniowy wyłącznie za odpady przetworzone, natomiast za odpady zmagazynowane w danym okresie, także w procesach R13 i 015, rozliczenie nastąpi w momencie udokumentowania przetworzenia tych odpadów, z zastrzeżeniem § 2 ust. 6.”. Tym samym, wykonawca otrzyma wynagrodzenie wyłącznie za te odpady, które zostały przez niego faktycznie przetworzone.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający może przekazać wykonawcy do zagospodarowania mniejsze ilości odpadów niż określone w umowie, a wykonawcy nie będzie przysługiwało w tym zakresie żadne roszczenie w stosunku do Zamawiającego. Takie ukształtowanie postanowień OPZ pozostaje w sprzeczności z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp, gdyż powoduje, że wykonawcy nie są w stanie w należyty sposób skalkulować kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i uwzględnić ich w cenie oferty w taki sposób, aby wynagrodzenie, jakie osiągną z tytułu realizacji przedmiotu umowy, pozwalało na ich pokrycie.

Kolejny zarzut dotyczył sprawozdań kwartalnych, gdzie Zamawiający w pkt 35 OPZ, postanowił, że integralną część sprawozdań kwartalnych stanowią:

„1) karty ewidencji odpadów komunalnych (KEOK) przekazane na nośniku danych w formie elektronicznej w formacie „pdf" dla odpadów przyjętych przez stację przeładunkową lub instalację; z zastrzeżeniem, *że* informacje zawarte w KEOK nie mogą być zanonimizowane. Nazwa pliku „pdf” powinna odpowiadać numerowi KEOK nadanemu przez system BDO;

2)potwierdzone za zgodność z oryginałem dokumenty transgranicznego przesyłania/ przemieszczania odpadów do instalacji poza granice terytorium Rzeczypospolitej Polskie, *z* zastrzeżeniem, *że* informacje zawarte w tych dokumentach nie mogą być zanonimizowane;

3)potwierdzone za zgodność z oryginałem oświadczenie podmiotu eksploatującego instalację o wytworzonych odpadach z odpadów przyjętych do przetworzenia, przekazanych do przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz przekazanych do składowania albo do termicznego przekształcania. Oświadczenie powinno zawierać: kod i rodzaj odpadów wytworzonych, masę wytworzonych odpadów (Mg), ostateczny proces zagospodarowania odpadów, tj. proces odzysku i unieszkodliwiania, o których mowa w załącznikach nr 1 i 2 do ustawy o odpadach, oraz nazwę instalacji, do której przekazano wytworzone odpady.

UWAGA: w przypadku gdy odpady wytworzone przez Wykonawcę, są przez niego przekazane do dalszego zagospodarowania w procesie R12 lub przekazane podmiotowi prowadzącemu zbieranie, wówczas Wykonawca obowiązany jest do przedłożenia potwierdzonych za zgodność z oryginałem oświadczeń podmiotów posiadających uprawnienia w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów lub oświadczeń własnych w imieniu podmiotów posiadających uprawnienia w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów o przekazaniu odpadów do ostatecznego procesu zagospodarowania. Przez ostateczny proces zagospodarowania odpadów należy rozumieć proces odzysku (R) i unieszkodliwiania (D), o których mowa w załącznikach nr 1 i 2 do ustawy o odpadach, *z* wyjątkiem procesów R12, R13, D14 i D15.”.

W przekonaniu Odwołującego - wymagając sprawozdania kwartalnego potwierdzającego zagospodarowanie odpadów, Zamawiający w nieuzasadniony sposób *de facto* wyłącza możliwość magazynowania odpadów. Stosownie natomiast do cytowanego już powyżej art. 25 ust. 4 ustawy o odpadach, 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 w okresie 1 roku lub 3 lat w zależności od rodzaju frakcji magazynowanych opadów.

Ponadto zakres danych żądanych przez Zamawiającego, jako integralna część sprawozdań kwartalnych jest tak szeroki, że nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Pozyskanie tych danych przez Zamawiającego może doprowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający, który jest podmiotem konkurencyjnym w stosunku do wykonawców (działa na tym samym rynku - odbiera odpady z nieruchomości niezamieszkałych oraz bierze udział w szeregu postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów) w wyniku realizacji zamówienia wejdzie w posiadanie informacji o istotnym znaczeniu dla wykonawców, których nie byłby w stanie uzyskać w inny sposób (nie są to informacje powszechnie znane ani łatwo dostępne).

Przy tak szeroko określonym zakresie informacji wymaganych w sprawozdaniach kwartalnych, Zamawiający poweźmie wiedzę np. o tym, jakiemu podmiotowi przekazano odpady do przetworzenia i w jakiej ilości, a zatem pozna szczegóły relacji handlowych łączące wykonawcę z innymi podmiotami. Z kolei żądając kart przekazania odpadów komunalnych (KEOK), Zamawiający poweźmie wiedzę o wszystkich odpadach przyjętych do instalacji wykonawcy, a zatem również o odpadach przyjętych w ramach realizacji przez wykonawcę innych umów, co pozwoli Zamawiającemu uzyskać informację o rzeczywistych mocach przerobowych wykonawcy, a w konsekwencji umożliwić ocenę tego czy wykonawca będzie w stanie ubiegać się o udzielenie zamówień publicznych w ramach innych postępowań (którymi z racji prowadzonej działalności Zamawiający również może być zainteresowany) i w jakim zakresie.

Zwrócił uwagę, że obowiązki informacyjne podmiotu prowadzącego instalację zostały określone w art. 9 oa ust. 1 i ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym:

„1. Prowadzący instalację komunalną jest obowiązany przekazać przedsiębiorcy odbierającemu odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub gminie, z którymi ma zawarte umowy, informację o odpadach przekazanych mu przez tego przedsiębiorcę lub gminę, które poddał procesowi przygotowania do ponownego użycia, recyklingu lub przekazał w tym celu innemu posiadaczowi odpadów.

2.Informacja o odpadach pochodzących z odpadów komunalnych z terenu danej gminy zawiera dane o:

1)rodzajach i masie odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła poddanych recyklingowi i przygotowanych do ponownego użycia lub przekazanych w tym celu innemu posiadaczowi odpadów wraz ze wskazaniem procesu odzysku, któremu został poddany odpad;

2)rodzajach i masie odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne przygotowanych do ponownego użycia, poddanych recyklingowi oraz poddanych innym formom odzysku lub przekazanych w tym celu innemu posiadaczowi odpadów wraz ze wskazaniem procesu odzysku, któremu został poddany odpad masie wytworzonych i poddanych składowaniu pozostałości z sortowania i pozostałości z mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych.”.

Porównanie przez Odwołującego regulacji umownej i ustawowej w tym zakresie, jednoznacznie doprowadziło go do wniosku, że żądania Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości kwartalnej są nieuzasadnione i znacznie wykraczają poza wymagania stawiane przez ustawę podmiotom prowadzącym instalację.

Odnośnie zarzutów dotyczących wzoru umowy zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353^1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Odwołujący zaskarżył również uprawnienia kontrolne Zamawiającego uregulowane w § 1 ust. 4 i ust. 5 wzoru umowy, gdzie zgodnie z §1 ust. 4 wzoru umowy „Zamawiający ma prawo do przeprowadzania kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Kontroli podlegają w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji oraz stacji przeładunkowej. Zamawiający przeprowadza kontrolę, po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy o terminie i przedmiocie kontroli, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowaną kontrolą. Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego.”.

Zauważył, że stosownie z kolei do postanowień §1 ust. 4 wzoru umowy „W przypadku gdy Wykonawca realizuje umowę przy pomocy podwykonawców, uprawnienie Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli i żądania przedstawienia informacji lub dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego dotyczy również podwykonawców, z zastrzeżeniem, że kontrola podwykonawcy jest prowadzona przy udziale Wykonawcy.”.

W związku z powyższym zarzucił, że powyższe zasady prowadzenia kontroli wykonawcy lub podwykonawcy nie zostały precyzyjnie określone przez Zamawiającego. Określenie we wzorze umowy, że kontrola dotyczyć może: „...w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji oraz stacji przeładunkowej.” skutkuje możliwością powoływania się przez Zamawiającego na prawo do jej prowadzenia w nieokreślonym bliżej zakresie.

Brak precyzyjnych regulacji w tym zakresie, w sytuacji gdy Zamawiający prowadzi działalność konkurencyjną względem wykonawcy i podwykonawców może prowadzić do naruszenia ich interesów. Okoliczności te należy powiązać z tym, że Zamawiający nie wprowadził do wzoru umowy żadnych szczególnych postanowień stanowiących gwarancję dla wykonawcy i podwykonawcy, że dane i informacje pozyskane w wyniku kontroli nie będą wykorzystywane czy przekazywane innym podmiotom w sposób mogący pociągać za sobą negatywne skutki dla wykonawcy lub podwykonawcy. Środkami takimi mogą być zapisy w postaci kar umownych dla Zamawiającego w przypadku nieuprawnionego wyjawienia danych, obowiązek zniszczenia danych dot. kontroli po ustaniu umowy.

Zdaniem Odwołującego - skoro Zamawiający dopuszcza prawo kontroli wykonawcy lub podwykonawcy i jest w stanie szczegółowo określić obowiązki dla tego ostatniego, to w przypadku dopuszczenia we wzorze umowy możliwości udziału w kontroli osób trzecich powinien, dla zabezpieczenia interesów wykonawcy i podwykonawcy, określić kogo należy rozumieć jako osoby trzecie. Co więcej Zamawiający oczekując od wykonawcy, iż będzie on gwarantował za podwykonawców np. przestrzegania przepisów oraz posiadania pozwoleń przez czas trwania umowy winien złożyć podobne zapewnienia, iż osoby trzecie biorące udział w kontroli zachowają w tajemnicy informacje uzyskane z udziału w kontroli (we wzorze umowy w części dotyczącej zasad poufności brak jest odpowiednich postanowień w tym zakresie).

Według Odwołującego - wzór umowy nie wprowadza żadnych postanowień określających zasady prowadzenia kontroli w odniesieniu do obowiązków zachowania odpowiednich zasad bezpieczeństwa (np. BHP czy PPOŻ) obowiązujących u wykonawcy czy podwykonawcy. We wzorze umowy zabrakło postanowień, które dają pewność, że sam Zamawiający, jak i ewentualne osoby trzecie będą posiadali odpowiednie przeszkolenie, zapoznają się z zasadami bezpieczeństwa obowiązującymi na terenie kontrolowanych zakładów, jak również będą posiadali odpowiednią odzież i przygotowanie do prowadzenia kontroli w specyficznych warunkach (instalacja/stacja przeładunkowa).We wzorze umowy zabrakło również postanowień pozwalających ustalić zasady odpowiedzialności, która może zaistnieć na skutek nieprzewidzianych zdarzeń podczas kontroli takich jak np. wypadki.

Argumentował, że mając na uwadze, fakt, że Zamawiający może angażować na potrzeby kontroli osoby trzecie kwestia ustalenia zasad odpowiedzialności za te osoby, mimo, że będą miały prawo wstępu na instalację wykonawcy lub podwykonawców, jest całkowicie, nie tylko poza wpływem tych ostatnich, ale również poza wiedzą, jak kwestie te zostały uzgodnione.

W przekonaniu Odwołującego - zaproponowana we wzorze umowy konstrukcja nie daje żadnego prawa wykonawcy lub podwykonawcy skutecznego żądania zastosowania się do określonych zasad bezpieczeństwa, jakie obowiązują u tych podmiotów. Nie rozstrzyga również o kosztach, jakie mogą powstać na skutek różnego rodzaju zdarzeń w związku z prowadzonymi kontrolami.

Dodatkowo, zaznaczył, że we wzorze umowy brak jest również regulacji, które rozstrzygają zasady prowadzenia kontroli w przypadku, gdy u wykonawcy lub podwykonawcy trwa kontrola organów administracji publicznej uprawnionych do jej prowadzenia na podstawie ustawy Prawo przedsiębiorców.

Wskazując na tę ustawę podniósł, że na jej podstawie uprawnienia kontrolne przysługujące władzy publicznej zostały precyzyjnie określone z uwzględnieniem takich kwestii, jak sposób i termin powiadamiania, czas prowadzenia i trwania kontroli, uprawnienia i obowiązki kontrolującego, itp. W przypadku postanowień wzoru umowy, mimo, że Zamawiający powołuje się na fakt zlecania zadania publicznego, nie można doszukać się postanowień, które pozwalają na ustalenie jasnych zasad prowadzenia kontroli, jak również kwestii z nią powiązanych, takich jak chociażby bezpieczeństwo i odpowiedzialność.

Odnośnie zarzutu dotyczącego możliwości żądania przez Zamawiającego zwrotu nadpłaconej kwoty wynagrodzenia, wskazał, że w §3 ust. 5 wzoru umowy wymagano, że „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, wedle własnego wyboru, do pomniejszenia kolejnej płatności lub kolejnych płatności należnych Wykonawcy o stwierdzoną różnicę wynagrodzenia i/lub pokrycia roszczeń z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czego Wykonawca nie kwestionuje i na co wyraża zgodę. Niedoręczenie Zamawiającemu skorygowanych sprawozdań miesięcznych oraz faktur korygujących zgodnych ze skorygowanymi sprawozdaniami miesięcznymi pozostaje bez wpływu ani nie ogranicza realizacji uprawnień Zamawiającego określonych w niniejszym ustępie, w szczególności do potrącenia nadpłaconego wynagrodzenia z kolejnej lub kolejnych płatności i/lub pokrycia roszczeń z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czego Wykonawca nie kwestionuje i na co wyraża zgodę.”.

W kontekście tego zarzutu koniecznym dla Odwołującego jest wskazanie, że do określania pewnych praw i obowiązków Zamawiający podchodzi z dużą tolerancją opierając się na dopuszczenia nieprecyzyjnych danych w postaci szacunków. Taka sytuacja ma miejsce w odniesieniu np. do ilości i rodzajów odpadów, które mają być przetwarzane. Na podstawie ich oszacowania wykonawca ma określić cenę. W tym przypadku brak jednak żadnego mechanizmu korygującego tą cenę, gdy faktyczny skład i ilości odpadów odbiegają od szacowanego. Jednocześnie Zamawiający po swojej stronie wprowadza niejasny i dający w zasadzie możliwość jednostronnego zastosowania, mechanizm weryfikacji masy odpadów przyjętych do zagospodarowania, co stanowi rażące naruszenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Kolejny zarzut odwołania dotyczył braku ograniczenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w okresie realizacji zamówienia (§6 wzoru umowy), który to brak uniemożliwia oszacowanie ryzyka związanego z realizacją przedmiotu umowy i uniemożliwia odpowiednie szacowaniu ceny oferty, co oznacza rażącą nierówność stron umowy i prowadzi do nadużycia pozycji Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że waga, jaką ustawodawca przykłada do problemu braku ograniczenia kar umownych przewidzianych w umowach w sprawie zamówienia publicznego znalazła odzwierciedlenie w postanowieniach obowiązującej od dnia 1 stycznia 2021 r. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.). Zgodnie bowiem z art. 436 pkt 3 tej ustawy, jednym z obligatoryjnych postanowień jakie musi zawierać umowa w sprawie zamówienia publicznego są postanowienia regulujące „łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony”.

Ostatecznie, Odwołujący podważał zasadność postanowień dotyczących rażąco wygórowanej kary umownej za uniemożliwienie realizacji uprawnień Zamawiającego przewidzianych w §1 ust. 4 i 5 wzoru, gdzie w §6 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy, Zamawiający wskazał, że może naliczyć wykonawcy karę umowną „za uniemożliwienie realizacji uprawnień Zamawiającego przewidzianych w § 1 ust. 4 i 5 umowy dotyczących wykonywania umowy przez Wykonawcę tub podwykonawcę - w wysokości 0,1% łącznego wynagrodzenia określonego w S 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary”.

Biorąc pod uwagę, przedstawioną powyżej argumentację dotyczącą możliwości prowadzenia przez Zamawiającego kontroli Odwołujący doszedł do wniosku, że kara przewidziana w tym postanowieniu umowy jest rażąco wygórowana i może stanowić mechanizm nacisku na wykonawców umożliwiający pozyskanie przez Zamawiającego w ramach kontroli informacji o kluczowym znaczeniu dla wykonawców, których Zamawiający nie byty w stanie uzyskać inną drogą. Tak wysoka kara umowna (nieproporcjonalna do naruszenia, za które została przewidziana) traci swój dyscyplinując charakter, a może stać się dodatkowym źródłem dochodu dla Zamawiającego.

W dniu 19 stycznia 2021 r. w powyższych dwóch postępowaniach odwoławczych zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka.

KIO 161/21, 162/21

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 502 500 Mg” (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 161/21).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2020r. pod numerem 641353-2020-PL, w tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 161/21).

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 86 000 Mg", numer referencyjny: DZA.ZOZ.27.66.2020.LK (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 162/21).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 255-641348, w tej samej dacie na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 162/21).

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: W. B., prowadzący działalność gospodarczą nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie w dniu 11 stycznia 2021 r. wniósł dwa odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejwobec czynności Zmawiającego polegającej na dokonaniu w Postępowaniu niezgodnego z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu kryteriów wyboru oferty, które nie prowadzą do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wobec niegodnych z przepisami ustawy zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wskazanych w treści odwołań.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1)art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019r., poz. 1843, dalej: „Pzp") poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. poprzez pominięcie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu poniesienia przez wykonawców, którzy zamierzają wykorzystać do realizacji zamówienia instalacje położone w dalszej odległości od Miasta Stołecznego Warszawy, kosztów transportu odpadów do tych instalacji, co jednocześnie stanowi o naruszeniu:

2)art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Zwolnienie części wykonawców z obowiązku ponoszenia kosztów, które ponosiliby w warunkach rynkowych (kosztów transportu odpadów do ich instalacji) lub które odpowiednio decydowałby o wyborze ich oferty jako najkorzystniejszej powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji, eliminując lub co najmniej istotnie utrudniając części wykonawców możliwość ubiegania się o niniejsze zamówienie;

3)art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 7 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. poprzez nałożenie na wykonawców, którzy do realizacji zamówienia zamierzają wykorzystać instalacje położone poza granicami kraju, w szczególności wykonawców zagranicznych, obowiązku posiadania stacji przeładunkowej, mimo iż obowiązek taki nie istnieje względem wykonawców krajowych oraz poprzez niezwolnienie ich z kosztów transportu odpadów do instalacji, mimo iż zwolnienie takie zamawiający zastosował względem wykonawców zamierzających korzystać z instalacji krajowych. Taki opis przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z prawem różnicuje sytuację wykonawców krajowych i wykonawców pochodzących z innych krajów UE, zaburzając swobodę przepływu towarów i usług, co stanowi naruszenie zasad traktatowych, w tym w szczególności art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej;

4)art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 Pzp oraz w związku z art. 44 ustawy z dnia 29 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2019r., poz. 869, dalej: „Ufp") oraz motywu 2 i 90 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz. Urz. UE L Nr 94, str. 65, dalej: „dyrektywa zamówieniowa"),poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert, które nie prowadzą do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i naruszają zasady efektywnego wydatkowania środków publicznych. Pominięcie przy ocenie ofert kosztów transportu odpadów do instalacji do zagospodarowania odpadów może bowiem mieć ten skutek, że oferta wybrana w niniejszym Postępowaniu w oparciu wyłącznie o kryterium ceny będzie - po doliczeniu kosztów transportu, które będą musiały zostać poniesione w ramach przetargu na odbiór odpadów komunalnych przez Miasto Stołeczne Warszawa - droższa niż oferta, która w niniejszym Postępowaniu będzie miała wyższą cenę za zagospodarowanie, ale niższe lub zerowe koszty transportu. Przyjęcie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert dodatkowo ma ten skutek, że pomija całkowicie aspekt środowiskowy realizacji zamówienia, w tym wynikającą z art. 20 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2020r., poz. 797, dalej: „Uo") zasadę bliskości. Oferta wybrana z pominięciem tych zasad nie tylko może okazać się, po doliczeniu kosztów transportu, droższa od ofert zakładających wykorzystanie instalacji zlokalizowanych w bliskiej odległości względem Miasta Stołecznego Warszawa, ale będzie ofertą o niższej jakości, tj. będzie powodowała większe emisje do środowiska związane z koniecznością transportu odpadów na dalsze odległości;

5)art. 9 ust. 1 i 2 pkt. 3 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumenta (tj. Dz. U. z 2020r., poz. 1076, dalej: „Uokik") poprzez naruszenie przez Zamawiającego, wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zakwestionowany w powyższych punktach, pozycji dominującej na rynku, przy czym naruszenie to polega na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, co winno skutkować stwierdzeniem, że zapisy SIWZ, stanowiące oświadczenie woli Zamawiającego,są nieważne na podstawie art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020, poz. 1740, dalej: „Kc"), a sam Zamawiający kształtując je w taki sposób naruszył przepis art. 7 ustawy Pzp;

6)art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020, poz. 1913, dalej: „Uznk") poprzez ukształtowanie zapisów SIWZ (wskazanych w niniejszym odwołaniu) w sposób, który narusza dobre obyczaje i zagraża interesom Odwołującego, utrudniając mu możliwość dostępu na rynek, co winno skutkować stwierdzeniem, że zapisy SIWZ, stanowiące oświadczenie woli Zamawiającego,są nieważne na podstawie art. 58 § 1 Kc, a sam Zamawiający kształtując je w taki sposób naruszył przepis art. 7 ustawy Pzp.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołań w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów SIWZ poprzez:

a)Wprowadzenie dodatkowego kryterium oceny ofert „Odległość instalacji od miejsca wytworzenia odpadów" o wadze 40%, zakładającego przyznanie wykonawcom dodatkowych punktów w ramach oceny ofert w sytuacji korzystania przez nich przy realizacji zamówienia z instalacji przeznaczonych do przetwarzania odpadów zmieszanych, zlokalizowanych najbliżej miejsca ich wytworzenia, zgodnie z następującym założeniem:

Odległość instalacji od miejsca wytworzenia odpadów będzie liczona w km od granic zadania na odbiór odpadów komunalnych, po drogach dla pojazdów ciężarowych, do instalacji do zagospodarowania odpadów zmieszanych wskazanej przez wykonawcę w jego ofercie lub odpowiednio stacji przeładunkowej, jeżeli będzie się ona znajdowała bliżej m. st. Warszawy. W przypadku wskazania w ofercie Wykonawcy większej liczby instalacji/stacji, odległość, o której mowa, zostanie ustalona jako średnia odległość do wszystkich wskazanych przez Wykonawcę instalacji/stacji. Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane według następujących zasad:

Odległość instalacji w km liczona od granic zadania:	Ilość przyznanych punktów:
0-10 km	40 pkt
10-20 km	35 pkt

b)Wprowadzenie do SIWZ zapisu, zgodnie z którym w celu zapewnienia porównywalności ofert, na etapie oceny ofert, do ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę zostaną doliczone koszty transportu odpadów zmieszanych do instalacji/stacji przeładunkowej wskazanej przez wykonawcę w jego ofercie (o ile wystąpi konieczność transportu odpadów na odległość dłuższą niż 40 km liczonych od granicy zadania na odbiór odpadów) - współczynnik korygujący.

Wysokość współczynnika korygującego, doliczanego do danej ceny ofertowej, zostanie ustalona w następujący sposób:

Odległość do instalacji/stacji przeładunkowej x dopłata za 1 km transportu odpadów, gdzie:

Odległość do instalacji/stacji przeładunkowej będzie liczona w km od granic zadania na odbiór odpadów komunalnych, po drogach dla pojazdów ciężarowych, do instalacji do zagospodarowania odpadów zmieszanych wskazanej przez wykonawcę w jego ofercie lub odpowiednio stacji przeładunkowej, jeżeli będzie się ona znajdowała bliżej m. st. Warszawy. W przypadku wskazania w ofercie Wykonawcy większej liczby instalacji/stacji przeładunkowych, odległość, o której mowa, zostanie ustalona jako średnia odległość do wszystkich wskazanych przez Wykonawcę instalacji/stacji.

Koszt transportu zostanie ustalony w przeliczeniu na 1 km w oparciu o dopłaty z tytułu transportu, jakie do ceny za odbiór odpadów wyliczone zostaną na podstawie cen obowiązujących w umowach zawartych przez Miasto Stołeczna Warszawa w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.", postępowanie znak: ZP/GP/271/IV-172/18, zgodnie z następującym założeniem:

Obliczenie współczynnika korygującego koszty zagospodarowania o odległość od granicy zadania na odbiór odpadów do instalacji zagospodarowania odpadów/stacji przeładunkowej zgodnie z wzorem z umów na odbieranie odpadów		
Wzór z umowy na odbieranie odpadów:		
C20-40+0,2%*C20-40*(L-40)		

Nr zadania na odbiór odpadów	zł netto		
	cena dla odległości C20-40	dopłata za każdy km ponad 40 km od granicy zadania	Wyliczenie wg oferty z przetargu na odbiór odpadów złożonej przez:
Zadanie 1 Bielany Żoliborz	509,26 zł	1,02 zł	BYŚ W. B.
Zadanie 2 Białołęka, Targówek	414,81 zł	0,83 zł	PARTNER
Zadanie 3 Mokotów	361,11 zł	0,72 zł	Remondis sp. z o.o.
Zadanie 4 Ochota, Ursus, Włochy	545,37 zł	1,09 zł	MPO w m st. Warszawa sp. z o.o.
Zadanie 5 Praga Płd i Płn	435,19 zł	0,87 zł	PPHU Lekaro
Zadanie 6 Rembertów, Wawer, Wesoła	440,50 zł	0,88 zł	PPHU Lekaro
Zadanie 7 Śródmieście	545,37 zł	1,09 zł	MPO w m st. Warszawa sp. z o.o.
Zadanie 8 Ursynów, Wilanów	407,41 zł	0,81 zł	SUEZ sp. z o.o.
Zadanie 9 Wola, Bemowo	545,37 zł	1,09 zł	MPO w m st. Warszawa sp. z o.o.

alternatywnie:

c)Wprowadzenie do SIWZ wymogu korzystania przez wykonawców przy realizacji zamówienia ze stacji przeładunkowej zlokalizowanej na terenie województwa mazowieckiego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w Mieście Stołecznym Warszawa usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych została rozdzielona, tj. usługa zagospodarowania odpadów komunalnych została, w trybie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej, powierzona spółce miejskiej - MPO w m. st. Warszawa sp. z o.o. (Zamawiający w niniejszym Postępowaniu), która częściowo usługę tą realizuje samodzielnie, a częściowo realizację jej powierza podmiotom trzecim wybranym w postępowaniu przetargowym.

Wyjaśnił przy tym, że usługa odbioru odpadów nadal realizowana jest przez Miasto Stołeczne Warszawa „samodzielnie", tj. Miasto jej wykonawców wybiera samodzielnie w postępowaniu przetargowym. Wykonawcy obecnie realizujący usługę odbioru odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawa zostali wybrani w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.", postępowanie znak: ZP/GP/271/IV-172/18.

Według Odwołującego - usługa zagospodarowania odpadów, w zakresie który nie może być zrealizowany samodzielnie przez MPO sp. z o.o. i nie jest objęta innymi zamówieniami, ma w wyniku niniejszego postępowania zostać powierzona wykonawcy zewnętrznemu względem MPO sp. z o.o.

Zauważył, że Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie „odpadów zmieszanych" przy użyciu instalacji komunalnej, o której mowa wart. 38b ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach i/lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach, prowadzonej przez Wykonawcę. Wymogu realizacji

zamówienia przy użyciu instalacji komunalnej nie stosuje się dla instalacji znajdujących się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej (pkt 15).

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przyjmował „odpady zmieszane" bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych oraz odpady „bio" i „odpady zielone" do instalacji do przetwarzania bioodpadów. Zamawiający ***dopuszcza w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust 10 pkt 2) ustawy o odpadach w przypadku „odpadów zmieszanych" oraz w art. 23 ust 10 pkt 3) w przypadku odpadów „bio" i „odpadów zielonych".*** W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuszcza możliwość korzystania ze stacji przeładunkowej/stacji przeładunkowych. Wymogu realizacji zamówienia przy użyciu instalacji komunalnej nie stosuje się dla instalacji znajdujących się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

Dodatkowo, wyjaśnił, że w sytuacji, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca zobowiązany jest do posiadania stacji przeładunkowej zlokalizowanej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Przy czym Koszt transportu odpadów ze stacji przeładunkowej do instalacji będzie pokrywany przez Wykonawcę, a lokalizacja stacji nie może ulec zmianie w trakcie obowiązywania umowy. (...) W przypadku gdy stacja przeładunkowa dla danego rodzaju odpadów zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż instalacja do przetwarzania odpadów tego rodzaju, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do stacji przeładunkowej (odległość Uczona będzie od granic dzielnic wskazanych w przypadku poszczególnych zadań, o których mowa w pkt 4 po najkrótszej drodze w Unii prostej). W przypadku gdy instalacja do przetwarzania odpadów danego rodzaju zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż stacja przeładunkowa dla tego rodzaju odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do tej instalacji (odległość Uczona będzie od granic dzielnic wskazanych w przypadku poszczególnych zadań, o których mowa w pkt. 4 po najkrótszej drodze w Unii prostej), (pkt 17).

Zdaniem Odwołującego – w świetle powyższego:

- Wykonawca zamówienia nie musi dysponować stacją przeładunkową dla odpadów zmieszanych (ani żadnych innych), chyba że korzysta z instalacji do przetwarzania odpadów zlokalizowanej poza granicami kraju. W tym drugim przypadku, wykonawca ma obowiązek posiadania stacji przeładunkowej w granicach Polski,
- Wykonawca ponosi koszty transportu odpadów zmieszanych (oraz pozostałych) między stacją przeładunkową a instalacją, w której zamierza zagospodarować odpady,
- Jeśli wykonawca nie zamierza korzystać ze stacji przeładunkowej (a możliwość taka istnieje w odniesieniu do wykonawców korzystających z instalacji „krajowych"), tj. odpady będą przekazywane bezpośrednio do instalacji**,** wykonawca w ogóle nie będzie ponosił kosztów transportu odpadów. Koszty związane z transportem odpadów, które w przypadku dłuższych odległości mogą wynosić nawet kilkaset złotych na 1 Mg, poniesie Miasto Stołeczne Warszawa (dopłata do ceny za odbiór odpadowi. o czym szerzej poniżej,
- Zamawiający dostrzega, że koszty transportu odpadów mogą być istotne, ale w celu ich zmniejszenia wprowadza wyłącznie zasadę, iż koszty transportu są ponoszone przez wykonawcę od miejsca bliższego względem Miasta Stołecznego Warszawy (niezależnie od tego, czy miejscem tym będzie stacja przeładunkowa, czy instalacja),
- Wobec takich zapisów SIWZ, w interesie wykonawcy, który zamierza zagospodarowywać odpady zmieszane w instalacji komunalnej zlokalizowanej przykładowo w Rzeszowie, Szczecinie, czy Wrocławiu nie leży korzystanie ze stacji przeładunkowej zlokalizowanej w bliskiej odległości od Warszawy. W przypadku korzystania z takiej stacji przeładunkowej, zgodnie z SIWZ wykonawca musiałby zapewnić przyjęcie odpadów do tej stacji i kolejno pokryć koszty transportu odpadów ze stacji do instalacji. W sytuacji, gdy taki wykonawca nie zaoferuje realizacji zamówienia z wykorzystaniem stacji przeładunkowej, nie poniesie żadnych kosztów związanych z transportem odpadów do jego instalacji, niezależnie od tego, gdzie jego instalacja jest zlokalizowana.

Według Odwołującego - koszty transportu odpadów, jeżeli instalacje wskazane w ofercie wykonawcy będą oddalone od Miasta Stołecznego Warszawy, tymczasem powstaną i to w przypadku dalszych odległości będą to koszty znaczące. Koszty te poniesie przy tym Miasto Stołeczne Warszawa.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.", postępowanie znak: ZP/GP/271/IV-172/18, obowiązkiem

wykonawców jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i ich przetransportowanie do stacji przeładunkowej lub instalacji wskazanej przez Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa, przy czym wykonawcy w tym postępowaniu mieli zaoferować trzy ceny za odbiór odpadów komunalnych odpowiednio:

- Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 10 km
- Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości powyżej 10 km do 20 km
- Cena ryczałtowa brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości powyżej 20 km do 40 km.

W ślad za tym, zaznaczył, że w umowach na odbiór odpadów zawartych przez Miasto Stołeczne Warszawa przyjęto następujący mechanizm wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy usługi odbioru odpadów (§ 6 ust. 2):

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust 1 wypłacane będzie Wykonawcy od dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy i stanowić będzie, za dany okres rozliczeniowy, sumę:

1) iloczynu wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od odległości od granicy Zadania do instalacji łub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej po najkrótszej drodze w linii prostej, tj.:

a) ... zł za ..... 1 . Mg (słownie złotych: .....) - dla odległości do 10 km,

b) ... zł za ..... 1 . Mg (słownie złotych: ..... *) – dla* odległości powyżej 10 do 20 km,

c) ... zł za ..... 1 . Mg (słownie złotych: ..... .) – dla odległości powyżej 20 do 40 km,

d)dla odległości powyżej 40 km w wysokości obliczonej wg wzoru: C20-40 + 0,2% x C2)-40 ***x(L-*** 40), gdzie: C20-40 jest równe stawce określonej w lit c, a L jest równe odległości od granicy Zadania do instalacji łub stacji przeładunkowej.

Jako dowód powołał się na wyciąg z SIWZ dot. postępowania pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.", postępowanie znak: ZP/GP/271/IV-172/18.

Dalej, wyjaśnił, że w przypadku, gdy instalacja/stacja przeładunkowa wskazana przez Miasto Stołeczne Warszawa znajduje się w odległości do 10 km od granic zadania, Miasto Stołeczne rozlicza się z wykonawcą usługi odbioru odpadów po pierwszej ze wskazanych cen, co w praktyce oznacza, że nie musi dopłacać wykonawcy za dodatkowy transport odpadów. W sytuacji, gdy instalacja/stacja przeładunkowa są bardziej oddalone, Miasto Stołeczne Warszawa rozlicza się z wykonawcą usługi odbioru odpadów po cenie drugiej lub trzeciej. W sytuacji natomiast, gdy odległość do instalacji/stacji przeładunkowej jest większa niż 40 km wynagrodzenie wykonawcy za odbiór odpadów wyliczane jest wg. wzoru z § 6 ust. 2 lit d) umowy, co w praktyce oznacza konieczność dopłacenia przez Miasto Stołeczne Warszawa do podstawowej ceny za odbiór odpadów (dalej: „dopłata z tytułu kosztów transportu" lub „dopłata za transport odpadów"). Przy średniej cenie za odbiór 1 Mg odpadów na poziomie 500 zł/1Mg, koszt dopłaty za transport odpadów na odległość powyżej 40 km może być nawet równy cenie za odbiór odpadów. W przypadku, gdy instalacja wykonawcy znajduje się na terenie Warszawy lub w jej sąsiedztwie (tak jest np. w przypadku instalacji Odwołującego) dopłata, o której tu mowa w ogóle nie wystąpi.

Nadto, stwierdził, że instalacja wskazana przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu (odpowiednio stacja przeładunkowa), zostanie kolejno przez Miasto Stołeczne Warszawa wskazana wykonawcy zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych, który będzie zobowiązany (niezależnie od jej lokalizacji) przetransportować do niej odebrane przez siebie odpady, zaś z Miastem Stołecznym Warszawa rozliczy się wg jednej z powyższych cen jednostkowych lub odpowiednio wg wzoru z § 6 ust. 2 lit d) umowy. Miasto Stołeczne Warszawa, jeśli instalacja/stacja przeładunkowa będzie znajdowała się w dalszej niż 40 km odległości od Warszawy do każdej tony odbieranych odpadów będzie musiało wykonać dopłatę odpowiadającą kosztom transportu odpadów do tej instalacji/stacji przeładunkowej.

Przypomniał, że w poprzednich latach Miasto Stołeczne Warszawa kosztów dopłaty z tytułu transportu odpadów na dłuższe odległości w zasadzie nie ponosiło, bowiem MPO sp. z o.o. konsekwentnie wymagało, by wykonawca ubiegający się o zamówienie na zagospodarowanie odpadów posiadał instalację lub odpowiednio stację przeładunkową na terenie województwa mazowieckiego. Cena liczona z uwzględnieniem lokalizacji tej instalacji lub odpowiednio stacji przeładunkowej nie wymagała wyliczenia dopłaty wg § 6 ust. 2 lit d) umowy, względnie dopłaty te były minimalne. Koszt transportu odpadów do instalacji/stacji przeładunkowej spoza województwa ponosił wykonawca przetargu na zagospodarowanie odpadów.

Przyznał, że w niniejszym postępowaniu wymóg taki nie występuje, a co za tym idzie chcąc ustalić ostateczny koszt zagospodarowania odpadów komunalnych przetwarzanych w instalacjach zlokalizowanych w odległości większej

niż 40 km od Miasta Stołecznego Warszawa należy uwzględnić cenę za zagospodarowanie odpadów oraz dopłatę z tytułu kosztów transportu, jaką Miasto Stołeczne Warszawa będzie musiało wypłacić wykonawcy usługi na odbiór odpadów.

Zdaniem Odwołującego - dopiero suma tych dwóch kosztów wskazuje na całkowity koszt ponoszony przez gminę, czego zaskarżone postanowienia SIWZ nie uwzględniają.

Odnośnie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i błędnego opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że obecnie obowiązujące przepisy, w odróżnieniu od obowiązujących poprzednio, nie nakazują wykonawcom zagospodarowania odpadów zmieszanych w instalacji komunalnej zlokalizowanej w określonym regionie Polski. Wykonawca może więc zagospodarowywać odpady, o których tu mowa, w każdej instalacji zlokalizowanej na terenie Polski (oraz odpowiednio za granicą oraz w instalacjach termicznego przetwarzania odpadów).

Co przy tym istotne zaznaczył, że w zasadzie każda instalacji komunalna w Polsce spełnia tożsame standardy „jakościowe" (jakość rozumiana jako sposób prowadzenia procesów technologicznych).

Zwrócił przy tym uwagę, że zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach, instalacją komunalną jest bowiem instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki (BAT), o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku. Każda instalacja komunalna w kraju prowadzi taki sam proces przetwarzania odpadów, musi spełniać te same standardy BAT, musi uzyskać takie same zezwolenia i podlega tym samym regulacjom prawnym określającym zasady funkcjonowania takich instalacji.

Podniósł, że w tej sytuacji instalacje komunalne konkurują między sobą wyłącznie kosztami zagospodarowania odpadów, z tym wszak zastrzeżeniem, że dla odbiorcy usługi koszt zagospodarowania odpadów stanowi w istocie koszt transportu odpadów do instalacji (niezależnie od tego, czy poniesie go dostawca samodzielnie, czy zostanie on doliczony do ceny zagospodarowania) i zagospodarowania odpadów w tej instalacji. Dopiero tak ustalony koszt całkowity pozwala na ustalenie, w której instalacji koszt zagospodarowania odpadów będzie dla danego dostawcy rzeczywiście najniższy.

Według Odwołującego - podmiot zarządzający instalacją komunalną, który chce pozyskać dostawców z dalszych lokalizacji, konkuruje więc z podmiotami posiadającymi instalacje komunalne w bliższych względem dostawców lokalizacjach nie tylko kosztami zagospodarowania odpadów, ale i kosztami ich transportu do instalacji.

Zdaniem Odwołującego - model konkurencyjny, jaki funkcjonuje na rynku - poprzez zaskarżone zapisy SIWZ - zostaje zaburzony, bowiem Wykonawcy z dalszych lokalizacji względem Warszawy (dot. lokalizacji instalacji) nie ponoszą w świetle zapisów SIWZ kosztów transportu odpadów do własnych instalacji komunalnych, a co za tym idzie nie muszą kosztów tych uwzględniać w swojej cenie ofertowej, mimo iż w warunkach rynkowych byłoby to konieczne.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający, zwalniając niektórych wykonawców z konieczności ponoszenia kosztów, które w warunkach rynkowych ponosiliby w celu realizacji zamówienia (lub które odpowiednio musiałby być uwzględnione przez dostawcę odpadów przy wyborze instalacji), powoduje uprzywilejowanie jednych wykonawców względem innych, naruszając zasady uczciwej konkurencji między wykonawcami, sam zaś opis przedmiotu zamówienia staje się niezgodny z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp, nie uwzględniając wszystkich okoliczności i wymagań, które są istotne dla sporządzenia oferty.

W opinii Odwołującego - Zamawiający, sam zagospodarowując odpady zmieszane, jak z uwagi na to, że od kilku lat organizuje przetargi na zagospodarowanie odpadów zmieszanych, doskonale zdaje sobie sprawę, że taki opis przedmiotu zamówienia eliminuje z rynku określonych wykonawców, tj. wykonawców, którzy dysponują instalacjami komunalnymi zlokalizowanymi najbliżej m. st. Warszawy.

Podkreślił, że koszty prowadzenia instalacji komunalnej na terenie m. st. Warszawy lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie są bowiem najwyższe w Polsce, co wynika z kilku czynników.

Po pierwsze, na tym terenie są bardzo wysokie koszty pracy.

Po drugie, instalacje tu zlokalizowane ponoszą bardzo wysokie koszty zagospodarowania pozostałości z procesów przetwarzania odpadów zmieszanych, co wynika z faktu, iż brak jest w bliskiej lokalizacji instalacji przetwarzających takie pozostałości. Podstawową grupą pozostałości z procesów przetwarzania odpadów zmieszanych są odpady tzw. frakcji wysokokalorycznej, które nie mogą zostać zeskładowane. Instalacje zajmujące się

przetwarzaniem takich odpadów, w szczególności cementownie, znajdują się przede wszystkim na południu Polski oraz na Lubelszczyźnie. W okolicach Warszawy występuje również deficyt składowisk. W konsekwencji podmioty takie, jak Odwołujący ponoszą bardzo wysokie koszty transportu pozostałości z procesów przetwarzania odpadów zmieszanych do miejsc ich ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania, co istotnie podraża koszty całego procesu zagospodarowywania tych odpadów.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że mimo relatywnie wyższych kosztów zagospodarowania odpadów w warunkach rynkowych jest w stanie efektywnie konkurować z wykonawcami, których instalacje są zlokalizowane w dalszych lokalizacjach względem m. st. Warszawy.

Tytułem przykładu wskazał, że Odwołujący obecnie realizuje usługę zagospodarowania części odpadów z Zadania 4 (Ochota, Ursus, Włochy) przetargu na odbiór odpadów komunalnych za cenę982,80 zł/1Mg brutto. Dla porównania, jeśli Zamawiający zdecyduje się na wybór w przetargu pn.: Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 70 000 Mg,postępowanie nr DZA.ZOZ.27.36.2020.LK (przetarg na zagospodarowanie odpadów pochodzących z Zadania 8 przetargu na odbiór), ofert z najniższymi cenami spośród cen zaoferowanych/ całkowity koszt zagospodarowania odpadów (tj. koszt uwzględniający koszty zagospodarowania odpadów i dopłaty z tytułu ich transportu) może sięgnąć nawet 1.120,80 zł/1Mg brutto.

Z uwagi na podział tego zamówienia na kilka części, w niektórych częściach i przy instalacjach bliżej położonych względem Warszawy koszt ten może być niższy, jednak wskazany przykład potwierdza - zdaniem Odwołującego, że zagospodarowanie odpadów zmieszanych w jego instalacji, mimo wyższych kosztów zagospodarowania, może finalnie być dla Zamawiającego tańsze. Uwzględnienie kosztów transportu odpadów jest zaś konieczne by wykonawcy tacy, jak Odwołujący w ogóle mogli konkurować o niniejsze zamówienie.

Oświadczył, że w sytuacji, gdy wykonawcy, którzy mają instalacje w dalszych lokalizacjach nie będą ponosić kosztów transportu odpadów (będą przez Zamawiającego z nich zwolnieni), Odwołujący nie ma realnych szans na uzyskanie niniejszego zamówienia - zostaje on wyeliminowany z walki konkurencyjnej o niniejsze zamówienie.

Przyznał, że wobec wysokich kosztów prowadzenia działalności, nie może zaoferować cen za zagospodarowanie odpadów choćby zbliżonych do cen oferowanych przez wykonawców z innych regionów Polski. Eliminacja taka narusza zasady uczciwej konkurencji, nadto zaś nie ma żadnego ekonomicznego uzasadnienia, skoro mimo wyższych kosztów zagospodarowania odpadów w instalacjach zlokalizowanych w sąsiedztwie m. st. Warszawy instalacje te, po uwzględnieniu kosztów transportu odpadów lub odpowiednio faktu, że koszty te nie powstaną, nadal mogą być tańsze dla Zamawiającego niż instalacje mające niższe koszty zagospodarowania odpadów, ale położone dalej od Warszawy.

Zdaniem Odwołującego - brak konkurencji ze strony podmiotów mających instalacje w m. st. Warszawy lub jej sąsiedztwie może przy tym stanowić zachętę do podwyższania cen ofertowych przez wykonawców mających instalacje komunalne w dalszych lokalizacjach.

Dodatkowo odnotował, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego różnicuje w sposób nieuprawniony również sytuację wykonawców mających instalację komunalną w Polsce i wykonawców zagranicznych, mających instalację przeznaczoną do zagospodarowywania odpadów komunalnych w innym Państwie (w tym Państwie UE). Wykonawcy polscy, jeśli nie korzystają ze stacji przeładunkowej, poprzez przywołane powyżej zapisy SIWZ zostają całkowicie zwolnieni od ponoszenia kosztów transportu odpadów do swoich instalacji. Wykonawcy zagraniczni z kosztów tych natomiast nie są zwolnieni i muszą ponieść je choćby w części, tj. od stacji przeładunkowej, którą muszą w Polsce zorganizować, do własnej instalacji za granicy. Dodatkowo ponoszą koszt związane z organizacją stacji przeładunkowej, którą w świetle zapisów SIWZ muszą - w odróżnieniu od wykonawców polskich - posiadać.

W opinii Odwołującego - opis przedmiotu zamówienia stawia więc w gorszej sytuacji wykonawców spoza Polski, w tym tych pochodzących z UE. Wykonawcy ci muszą ponieść dodatkowe koszty wykonania usługi objętej zamówieniem, których to kosztów nie ponoszą wykonawcy krajowi/wykonawcy zakładający wykorzystanie instalacji krajowych. Zamawiający bowiem tylko tych drugich wykonawców zwalnia całkowicie z kosztów transportu odpadów i kosztów związanych z zapewnieniem stacji przeładunkowej.

W przekonaniu Odwołującego - taki opis przedmiotu zamówienia narusza podstawowe zasady traktatowe, w tym wynikającą z art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zasadę swobodnego przepływu usług.

Odwołujący stwierdził, że nawet jeśli w celu realizacji zamówienia chciałby wejść w kooperację z podmiotem

zagranicznym i tak nie jest w stanie na równych zasadach konkurować z wykonawcami krajowymi mającymi niższe koszty zagospodarowania odpadów, ale jednocześnie wyższe koszty transportu.

Naruszenie zasady efektywności - opis przedmiotu zamówienia i przyjęte przez Zamawiającego kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej nie gwarantują – w ocenie Odwołującego - wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Odnosząc się do przyjętego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia przypomniał, że nie jest tak, że koszty transportu do instalacji nie powstaną. Koszty powstaną i będą obciążały Miasto Stołeczne Warszawę, a w efekcie końcowym właścicieli nieruchomości z terenu Warszawy, którzy zobowiązani są do ponoszenia kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że koszt transportu odpadów zmieszanych do instalacji zostanie przerzucony do kosztów odbioru odpadów komunalnych, mimo iż w warunkach rynkowych ten koszt decydowałby o wyborze instalacji, w której zostaną zagospodarowane odpady (a wiec byłby elementem kosztów zagospodarowania odpadów, co opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać).

Dalej, argumentował, że bez znaczenia pozostaje przy tym, że koszt transportu odpadów zmieszanych nie zostanie ostatecznie poniesiony przez MPO sp. z o.o. jako Zamawiającego, lecz przez Miasto Stołeczne Warszawa, bowiem MPO sp. z o.o. nie realizuje zadań własnych, lecz zadania Miasta Stołecznego Warszawy powierzone mu przez Miasto i występuje względem Miasta Stołecznego Warszawa jako jego tzw. podmiot wewnętrzny.

Koszty związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, w tym ich transportem, ostatecznie ponosi ten sam podmiot - gmina, która jest organizatorem systemu gospodarowania odpadami, niezależnie od tego, czy wydatkuje je pośrednio (poprzez utworzoną w tym celu spółkę - MPO sp. z o.o.) czy bezpośrednio. Zwiększenie kosztów systemu, a taki może mieć skutek zwolnienie podmiotów zagospodarowujących odpadów z ponoszenia kosztów ich transportu do swoich instalacji, wpłynie natomiast na wysokość opłat, jakie będą ponosili właściciele nieruchomości.

Odnosząc się do kosztów transportu odpadów do instalacji dodatkowo wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 70 000 Mg (zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnicy Ursynów i Wilanów - Zadanie 8 na odbiór odpadów), postępowanie nr DZA.ZOZ.27.36.2020.LK, zorganizowane przez MPO sp. z o.o. wykonawcy zaoferowali wykonywanie zamówienia przy wykorzystaniu instalacji znacznie oddalonych od Warszawy.

W swoim odwołaniu przedstawił zestawienie tych instalacji wraz ze wskazaniem odległość od W-wy w km liczonych po drogach.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że zamówienie na zagospodarowanie odpadów, o którym tu mowa, zostało podzielone na 7 Zadań.

Odwołujący przyjął założenie, że w każdym zadaniu jako najkorzystniejsza zostanie wybrana oferta z najniższą zaoferowaną ceną (w postępowaniu tym nie dokonano jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej).

W związku z tym w swoim odwołaniu przedstawił symulowane, całościowe zestawienie kosztów zagospodarowania odpadów (z uwzględnieniem dopłaty z tytuł transportu odpadów).

Według Odwołującego - wysokość dopłaty z tytułu transportu odpadów (kosztów transportu) do instalacji wskazanych w ofertach wykonawców sięga nawet 462,00 zł/1Mg, przy czym w większości przypadków wynosi praktycznie połowę kosztów zagospodarowania odpadów.

Stwierdził przy tym, że gdyby opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu został sporządzony w sposób, który nie zaburza konkurencji między wykonawcami, wykonawcy chcąc konkurować o niniejsze zamówienie musieliby uwzględnić nie tylko koszty zagospodarowania odpadów, ale i koszty transportu odpadów do swojej instalacji, i konsekwentnie, chcąc złożył ofertę najkorzystniejszą, musieliby dążyć do obniżenia kosztów w obu tych obszarach.

Zdaniem Odwołującego - przy obecnych zapisach SIWZ, wykonawcy nie muszą konkurować kosztami transportu, w efekcie czego Miasto Stołeczne Warszawa, a finalnie właściciele nieruchomości, do każdej tony odpadów zagospodarowywanych w instalacjach istotnie oddalonych od Warszawy będą dopłacali nawet 462,00 zł, przy czym Zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu nie będzie mógł ocenić, czy oferta - po dopłacie za transport - będzie najbardziej korzystna z ofert, które mógłby uzyskać na rynku.

Według Odwołującego - po doliczeniu dopłat z tytułu transportu może się bowiem okazać, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza w przetargu na zagospodarowanie odpadów z racji konieczności poniesienia dodatkowych kosztów transportu będzie finalnie (w ujęciu całościowym) droższa, niż gdyby Zamawiający wybrał ofertę z wyższą ceną za zagospodarowanie odpadów, ale z niższym kosztem transportu. Oferty złożone w niniejszym postępowaniu będą więc

nieporównywalne.

Odwołujący także uznał, że opis przedmiotu zamówienia oraz przyjęte w niniejszym postępowaniu kryteria oceny oferty (cena 100%) nie pozwalają więc na wybór oferty, która będzie w istocie ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia interesu publicznego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. Przy takim opisie przedmiotu zamówienia nie zostanie osiągnięty podstawowy cel postępowania, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej - najbardziej efektywne wydatkowanie środków publicznych.

Nadto, Odwołujący przypomniał motyw 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz. Urz. UE L Nr 94, str. 65, dalej: „dyrektywa zamówieniowa"), zgodnie z którym zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020" zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu" („strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu") jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych.

Zaznaczył, że z kolei w motywie 90 dyrektywy zamówieniowej jest mowa, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji/równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie.

Argumentował, że przepisy prawa wspólnotowego jednoznacznie przesądzają, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest efektywne wydatkowanie środków publicznych. Pojęcie „oferty najkorzystniejszej" powinno być rozumiane przez pryzmat tego celu - za ofertę najkorzystniejszą nie sposób więc uznać oferty, której niska cena wynika z faktu nieuwzględnienia części kosztów wykonywania usługi. Kosztów, które będą musiał być poniesione, by usługę objętą ofertą, wybraną w danym postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza, wykonać.

W opinii Odwołującego - reżimy ustawy ZamPubiU oraz ustawy o finansachpublicznych nie mogą być traktowane jako konkurencyjne, przeciwnie - system zamówień publicznych jest jednym z narzędzi mających zapewnić prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Zamawiający nie może - powołując się na spodziewane oszczędności - stwarzać wybranym wykonawcom znacznie korzystniejszych warunków ofertowania.

Zauważył przy tym, że założenia co do tych oszczędności wcale nie muszą się w praktyce sprawdzić - wykonawca, który ma takie preferencyjne warunki stworzone, nie ma bowiem obowiązku złożenia oferty ze znacznie niższą ceną, a sytuację tę może wykorzystać w celu maksymalizacji zysku. To właśnie prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych ma zapewnić, że Zamawiający uzyska jak najlepsze efekty przy możliwie najmniejszych nakładach.

W związku z powyższym stwierdził, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający, jak wskazano powyżej, stwarza wybranym wykonawcom znacznie korzystniejsze warunki ofertowania, zwalniając ich z konieczności uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów transportu odpadów, jednocześnie taki opis przedmiotu zamówienia prowadzi do tego, że nawet jeśli Zamawiający uzyska relatywnie niskie ceny za zagospodarowanie odpadów, efektywnie może zapłacić więcej za całą usługę (a więc wliczając również koszty transportu), co będzie świadczyło o braku realizacji celu, jakiemu służyło postępowanie.

Przyznał, że w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych zasada efektywności nie stanowi co prawda samodzielnej, wprost wyrażonej w przepisach ustawy zasady, jednak fakt jej obowiązywania wywieść należy z całości przepisów tej ustawy wykładanych z uwzględnieniem powołanych powyżej przepisów wspólnotowych oraz przepisów krajowych, w tym przepisów ustawy o finansach publicznych.

Na marginesie powyższego wskazał na stanowisko, jakie MPO sp. z o.o. prezentowało w sprawie o sygn. akt KIO 1716/20, gdzie w odpowiedzi na odwołanie złożone w tamtej sprawie, Zamawiający podkreślił, że jego obowiązkiem, jako strony umowy wykonawczej w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie gospodarki odpadami (umowy doprecyzowującej zasady powierzenia MPO przez Miasto Stołeczne Warszawa wykonywania zadań z zakresu zagospodarowywania odpadów - przypis autora), jest zachowanie należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, przy zapewnieniu jak najwyższej jakości usług i optymalizacji kosztów świadczenia usług.

W ocenie Odwołującego – w niniejszym postępowaniu od tej optymalizacji Zamawiający w zasadzie odstępuje,

dopuszczając sytuację, w której wybrana przez niego oferta, w ujęciu całościowym, nie będzie najkorzystniejszą.

Uzupełniająco dodał, że Zamawiający (MPO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) w postępowaniu pn.:Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st Warszawie, od 1 stycznia 2019 r., postępowanie znak: ZP/GP/271/IV-172/18, występował jako jeden z wykonawców, którzy ubiegali się o zamówienie i ostatecznie jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach Zadania 4, 7 i 9.

Co przy tym istotne, wyjaśnił, że MPO sp. z o.o. w Zadaniach, w których uzyskało zamówienie na odbiór odpadów, zaoferowało bardzo wysokie ceny za odbiór odpadów komunalnych i ich transport na dalsze odległości. Kosztu transportu odpadów w Zadaniach realizowanych przez MPO sp. z o.o. są najwyższe spośród wszystkich ofert i - w ocenie Odwołującego - istotnie przewyższają koszty rynkowe tego typu usługi.

Wyjaśnił, że przypadku, gdy MPO sp. z o.o. jako Zamawiający w przetargach na zagospodarowanie odpadów komunalnych wymagał od wykonawców posiadania stacji przeładunkowej na terenie województwa mazowieckiego okoliczność ta nie miała większego znaczenia. Każdy z wykonawców, którzy składali oferty na zagospodarowanie odpadów w cenie ofertowej uwzględniał koszty transportu odpadów do własnej instalacji z terenu województwa mazowieckiego. Po zmianie stosowanego przez MPO sp. z o.o. modelu zlecenia usługi zagospodarowania odpadów, MPO sp. z o.o. może uzyskiwać dodatkowe, istotne przychody z umowy na odbiór odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawa.

Podniósł, że w sytuacji, gdy dla Zadań w zakresie odbioru odpadów, które obecnie obsługuje MPO sp. z o.o. jako oferta najkorzystniejsza w obszarze zagospodarowania zostanie wybrana oferta wykonawcy, który wskaże instalację zlokalizowaną w znacznej odległości od Warszawy (co wobec powołanych powyżej okoliczności wskazujących na niższe koszty funkcjonowania instalacji spoza Warszawy wydaje się być bardzo prawdopodobne), wynagrodzenie za transport do tej instalacji uzyska właśnie MPO sp. z o.o.

W swoim odwołaniu przedstawił w formie tabelarycznej wysokość tego dodatkowego wynagrodzenia (dopłaty z tytułu transportu odpadów) jako symulację wyliczenia dopłat, jakie poniesie Miasto Stołeczne Warszawa za odbiór odpadów z terenu m.st. Warszawy wyliczoną przy zastosowaniu wzoru obliczenia dopłaty do ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1Mg odpadów komunalnych przy odległości instalacji powyżej 40 km od granic zadania, zawartego w § 6 pkt 2.1.d) umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania na „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r"- numer sprawy ZP/CG/271/IV-172/18".

Powyższe obliczenia Odwołujący wykonał na przykładzie odbioru odpadów z zadania 4, 7, 9 realizowanego przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. zgodnie ze wzorem z § 6 pkt 2.1.d) umowy zawartej w postępowaniu numer sprawy ZP/CG/271/IV-172/18.

W przekonaniu Odwołującego - opis przedmiotu zamówienia służy więc dodatkowo interesom samego Zamawiającego, dotując jego działalność w innym obszarze, w którym nie występuje on jako zamawiający publiczny, a działa na zasadach konkurencyjnych, a zatem rozwiązanie zastosowane w SIWZ zaburza więc dodatkowo konkurencję na rynku odbioru odpadów.

Zarzucił Zamawiającemu pominięcie aspektów środowiskowych realizacji zamówienia i naruszenie zasady bliskości.

Powołał się na motyw (90) dyrektywy zamówieniowej, który jednoznacznie przesądza, że **ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny co zawsze powinno obejmować element cenowy lub kosztowy.** Art. 67 ust. 2 dyrektywy zamówieniowej nie pozostawia przy tym wątpliwości, że „jakość" obejmuje również cechy (aspekty) środowiskowe realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - aspekty te w niniejszym postępowaniu zostały całkowicie przez Zamawiającego pominięte, w szczególności zaś Zamawiający pominął wymogi płynące z art. 20 ust. 1 i 2 Uo, zgodnie z którymi to przepisami, odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

Zwrócił uwagę, że odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

Według Odwołującego – w niniejszej sprawie opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób, który całkowicie pomija aspekt lokalizacji instalacji, w której będą przetwarzane odpady, względem miejsca ich wytworzenia.

Zamawiający tymczasem, kierując się art. 20 Uo, okoliczność tą ma obowiązek uwzględnić, dokonując opisu niniejszego zamówienia.

Przekonywał, że obowiązek uwzględnienia tej okoliczności wynika również z powołanych powyżej przepisów prawa wspólnotowego i krajowego odnoszących się do efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i konieczności wyboru oferty, która będzie przedstawiała najlepszy bilans ceny względem jakości, rozumianej również przez pryzmat aspektów środowiskowych realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego – w sytuacji, gdy Zamawiający wybierze w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejszą ofertę, która zakłada zagospodarowanie odpadów w instalacji oddalonej od Warszawy o kilkaset kilometrów, być może uzyska cenę za zagospodarowanie odpadów niższą niż w okolicach Warszawy, ale jednocześnie będzie musiał ponieść dodatkowe koszty transportu (aspekt ekonomiczny), a oddziaływanie takiego procesu gospodarowania odpadami na środowisko (aspekt środowiskowy) będzie zdecydowanie większe niż gdyby odpady miały zostać zagospodarowane w miejscu bliższym ich wytworzenia.

Argumentował, że biorąc pod uwagę ilości odpadów objętych zamówieniem, ilość transportów na znaczne odległości, jaka będzie do wykonania w ramach zamówienia będzie duża, a każdy taki transport będzie wiązał się z dodatkowymi emisjami do środowiska.

Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia i wybrane przez niego kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej mogą więc doprowadzić – według Odwołującego - do tego, że Zamawiający uzyska droższą ofertę (po uwzględnieniu kosztów transportu — dopłat z tego tytułu), która dodatkowo będzie ofertą o niższej jakości z uwagi na okoliczność, iż jej realizacja będzie wiązała się z dodatkowymi emisjami do środowiska (emisje związane z dużą ilością transportów odpadów na duże odległości).

Wskazał, że aspekt środowiskowy również powinien być uwzględniany w „bilansie" oferty, co przy zwiększonych emisjach do środowiska przy transporcie na duże odległości powoduje, że oferta zakładająca taki transport również z tego względu nie będzie dla Zamawiającego najkorzystniejszą.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w opisie przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że zgodnie z art. 9 ust. 1 Uokik zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Natomiast zgodnie z art. 9 ust. 2. pkt 5 Uokik nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Ukształtowanie SIWZ, jak w niniejszym postępowaniu, spowoduje – według Odwołującego - zaburzenie prawidłowego funkcjonowania konkurencji na rynku właściwym poprzez:

a)Ograniczenie działalności (konkurencji) u przedsiębiorców mających instalację w okolicach Warszawy, którzy z uwagi na wyższą bazę kosztową i subsydiowanie istotnej części kosztów usługi (transportu) u innych przedsiębiorców (kosztów, które powinny być ponoszone przez tych wykonawców, a który to koszt u Odwołującego nie wystąpi), nie będą mogli konkurować o niniejsze zamówienie;

b)Zmniejszenie konkurencji na rynku odbioru odpadów, na którym czynnym uczestnikiem jest MPO; Podmioty przetwarzające odpady z okolic Warszawy z zasady konkurują również z Zamawiającym (MPO sp. z o.o.) na rynku odbioru odpadów. Osłabiając pozycję konkurentów na rynku przetwarzania odpadów, MPO sp. z o.o. poprawia swoją pozycję na rynku odbioru odpadów,

c)Subwencjonowanie działalności podmiotu, który w normalnych warunkach nie miałby szans na podjęcie się zadania lub musiałby np. istotnie obniżyć oczekiwany zysk z tytułu realizacji zamówienia. Poprzez pokrycie przez Zamawiającego części kosztów związanych ze świadczeniem usługi przez podmioty spoza Warszawy, podmioty te uzyskują de facto dodatkową pomoc od Zamawiającego.

d)Usługa transportu po całej Polsce sztucznie kreuje dla Zamawiającego (MPO sp. z o.o.) dochód, który pozwoli mu na finasowanie swojej działalności w innych obszarach, gdzie wprost konkuruje na rynku z innymi podmiotami (subsydiowanie skrośne).

Wywodził, że przejęcie przez Zamawiającego jako jednostkę podległą samorządu odbioru odpadów i zlecenie przetwarzania odpadów bez względu na koszty transportu (odległość do instalacji przetwarzania) jest w istocie subsydiowaniem działalności przedsiębiorców, których instalację znajdują się daleko od Warszawy. Gdyby tacy przedsiębiorcy konkurowali na równych zasadach, z uwzględnieniem kosztu transportu, ich oferta mogłaby być

droższa niż oferta Odwołującego. Jednak dzięki subwencjonowaniu działalność polegającej na transporcie ich oferta jest tańsza.

Zarzucił, że MPO sp. z o.o. jako regulator i organizator rynku zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Miasta Stołecznego Warszawa posiada na nim pozycję dominującą w powiązaniu z Miastem Stołecznym Warszawa, gdy mowa o rynku odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych łącznie - oba te podmioty posiadają wspólnie pozycję dominującą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (kolektywna pozycja dominująca). Miasto Stołeczne Warszawa zleca odbiór odpadów komunalnych, natomiast MPO zleca przetwarzanie odpadów komunalnych, a dodatkowo konkuruje z Odwołującym i innymi wykonawcami na rynku odbioru odpadów na terenie Miasta Stołecznego Warszawy. Oba podmioty, jako posiadające kolektywną pozycję dominującą, naruszają ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów w szczególności poprzez naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt, 5 Uokik. Podmioty te sterują bowiem rynkiem w taki sposób by wyeliminować z niego wykonawców takich jako Odwołujący, poprzez uniemożliwienie im efektywnego konkurowania o zamówienie na zagospodarowanie odpadów komunalnych i utrudnienie im konkurencji w postępowaniu na odbiór odpadów (poprzez przyznanie dodatkowego finansowania MPO sp. z o.o. jako wykonawcy ubiegającemu się o to zamówienie).

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako, że MPO sp. z o.o. występuje nie tylko jako Zamawiający w tym postępowaniu, ale równocześnie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 2 Uznk.

Odwołujący wskazał, że Zgodnie z art. 3 ust. 1 Uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Odwołującego - zaproponowany SIWZ tworzy sytuacje, w której:

a)wygra podmiot z najniższą ceną za przetwarzanie odpadów (niską bazą kosztową), czyli taki, który prowadzi działalność daleko od wielkich ośrodków miejskich. Co z zasady oznacza konieczność transportu odpadów na duże odległości;

b)opłacalność przedsięwzięcia będzie możliwa tylko przy założeniu, że podmiot publiczny poniesie niebagatelne koszty transportu odpadów do instalacji. Co prowadzi do wniosku, że działalność jest subsydiowana (niedozwolona pomoc publiczna);

c)im dalszy transport do instalacji tym MPO otrzyma od Miasta Stołecznego Warszawy wyższe wynagrodzenie za transport;

d)transport samochodowy odpadów na dalekie odległości będzie elementem ich zagospodarowania i paradoksalnie przyczyni się do zwiększenia zanieczyszczenia środowiska.

Zwrócił uwagę, że przepisy Uznk nie zawierają definicji legalnej dobrych obyczajów jednak za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać takie ukształtowanie warunków stosunków cywilnoprawnych, które stoją w jaskrawej sprzeczności z wartościami, jakim miały służyć przepisy dotyczące przetwarzania odpadów oraz interesem publicznym, jakim jest dbałość o ochronę środowiska (art. 5, 68, 74, 86 Konstytucji). Co więcej sprzeczne z dobrymi obyczajami jest stwarzanie realnie lepszych warunków przedsiębiorcom przy użyciu środków publicznych, co docelowo nie doprowadzi do zmniejszenia wydatków publicznych ani nie poprawi stanu środowiska naturalnego. Zagrożenie interesów Odwołującego jest w tej sytuacji oczywiste.

Odwołujący zarzucił niedozwolone prawem wspólnotowym dotowanie działalności niektórych wykonawców.

Naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez zaskarżone zapisy SIWZ Odwołujący upatrywał m. in. w tym, że opis przedmiotu zamówienia zwalnia niektórych wykonawców z ponoszenia kosztów (kosztów transportu odpadów), które w warunkach rynkowych musiałyby zostać przez nich poniesione. Koszty te przy tym obiektywnie powstają, ale są przerzucane na podmiot publiczny - gminę Miasto Stołeczne Warszawa.

Powyższe doprowadziło go do wniosku, że na skutek udzielenia zamówienia w wyniku niniejszego postępowania cześć wykonawców działających na rynku może uzyskać niedozwolone wsparcie finansowe (niedozwoloną pomoc publiczną).

Zaznaczył przy tym, że sam fakt udzielenia zamówienia w trybie przetargowym nie powoduje, że wsparcie udzielone przez organy publiczne będzie zgodne z prawem wspólnotowym.

Zwrócił również uwagę, że w przypadku, gdy organy publiczne kupują aktywa, towary i usługi, wszelkie warunki szczegółowe dotyczące przetargu powinny być niedyskryminacyjne oraz ściśle i obiektywnie związane z przedmiotem i

konkretnym celem ekonomicznym zamówienia. Powinny one umożliwiać wybranie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, która odpowiada wartości rynkowej. Kryteria należy zatem określić w taki sposób, aby umożliwić faktycznie konkurencyjne postępowanie o udzielenie zamówienia, które zapewni zwycięskiemu oferentowi normalną stopę zwrotu, ale nic więcej [...] (Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 262, punkt 96).

Zauważył również, że w punkcie 92 ww. Zawiadomienia stwierdza się także „Niedyskryminujące traktowanie wszystkich oferentów na wszystkich etapach procedury oraz obiektywne kryteria wyboru i udzielenia zamówienia określone z wyprzedzeniem przed rozpoczęciem procedury stanowią niezbędny warunek zapewnienia zgodności przeprowadzonej w jej wyniku transakcji z warunkami rynkowymi. Aby zapewnić równe traktowanie, kryteria udzielenia zamówienia powinny umożliwiać porównanie i obiektywną ocenę ofert.”.

Zaznaczył przy tym, że Komisja stwierdziła następnie, że procedura przetargowa jest uważana za konkurencyjną, przejrzystą, niedyskryminacyjne i bezwarunkowe, jeżeli spełnione są następujące warunki (decyzja Komisji 2013/435 / UE z dnia 2 maja 2013 r. w sprawie pomocy państwa SA.22843, pkt 42):

a)W procesie mogą uczestniczyć wszyscy zainteresowani i uprawnieni oferenci.

b)Procedura jest przejrzysta, aby wszyscy zainteresowani oferenci byli jednakowo i należycie poinformowani na każdym etapie postępowania

przetargowego. Informacje są dostępne i zapewniono wystarczającą ilość czasu zainteresowanych oferentów, kryteria wyboru i udzielenia zamówienia są jasne, a oferta wystarczająca dobrze upubliczniona, aby wszyscy potencjalni oferenci mogli ją zauważyć.

c)Niedyskryminacyjne traktowanie wszystkich oferentów na wszystkich etapach procedury i selekcji, a kryteria udzielenia zamówienia są obiektywne i określone przed rozpoczęciem procesu.

d)Oferta jest bezwarunkowa, na przykład potencjalny nabywca nie powinien być zobowiązany do przejęcia szczególnych obowiązków na korzyść władz publicznych lub w ogólnym interesie publicznym, których prywatny sprzedawca by nie zażądał - inne niż te wynikające z ogólnych zasad prawa krajowego lub decyzja organów.

Powyższe doprowadziło Odwołującego do wniosku, że ustalenie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej lub innych warunków zamówienia, w sposób który nie pozwala na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i odpowiadającej wartości rynkowej zamawianej usługi, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, stanowi o naruszeniu zasad konkurencyjności, a jednocześnie może skutkować przyjęciem, że wsparcie, jakie wykonawca zamówienia uzyskuje na skutek niekonkurencyjnego sposobu ukształtowania postępowania (tu: zwolnienie z kosztów transportu odpadów), jest de facto niedozwoloną pomocą publiczną.

Dodał również, że również fakt, iż środek nie jest skierowany do określonych odbiorców z góry i jest sformułowany w sposób ogólny i obiektywny nie wyklucza uznania go za środek selektywny (Confederación Espahola de Transporte de Mercancias (CETM) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, T- 55/99):

„Fakt, że pomoc nie jest skierowana do jednego lub kilku określonych z góry określonych odbiorców, ale podlega serii obiektywnych kryteriów, zgodnie z którymi może zostać przyznana w terminie w ramach z góry określonego ogólnego przydziału środków budżetowych na nieokreśloną liczbę beneficjentów, którzy nie zostali początkowo indywidualnie zidentyfikowani, nie może wystarczyć do zakwestionowania selektywnego charakteru środka i w związku z tym jego kwalifikacji jako pomocy państwa w rozumieniu art. 92(1) [obecnie 107 ust. 1] Traktatu. Okoliczność ta oznacza co najwyżej, że przedmiotowy środek nie stanowi pomocy indywidualnej. Nie wyklucza jednak, że środek publiczny należy uznać za system pomocy stanowiący środek selektywny, a zatem szczególny, jeżeli dzięki kryteriom regulującym jego stosowanie zapewnia korzyść niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów z wyłączeniem innych”.

W związku z tym – według Odwołującego - ocena selektywności wydaje się mieć szeroki zakres, ponieważ obejmuje nawet sytuacje, które nie wprowadzają rozróżnienia między przedsiębiorstwami. W tym względzie TSUE konsekwentnie orzekał, że należy selektywność środka oceniać na podstawie rzeczywistych skutków spowodowanych przez środek w przeciwieństwie do zamiarów za tym środkiem idących. TSUE stosuje formułę „opartą na skutkach", która była sformułowane po raz pierwszy w wyroku Republika Włoska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, sprawa 173-73, par. 13, gdzie TSUE orzekł, że:

„Celem artykułu 92 [obecnie 107] Traktatu jest zapobieganie wpływowi na handel między państwami członkowskimi korzyści przyznawanych przez władze publiczne, które w różnych formach zakłócają łub grożą

zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom łub produkcji niektórych towarów.

W związku z tym art. 92 [obecnie 107] Traktatu nie wprowadza rozróżnienia między przedmiotowymi środkami interwencji państwa w odniesieniu do ich przyczyn lub celów, aie definiuje je w odniesieniu do ich skutków (...)".

Zdaniem Odwołującego - uniknięcie kosztów stanowi przy tym formę pomocy publicznej. Każdy środek państwowy, który skutkuje przyznaniem korzyści ekonomicznych przedsiębiorstwu i poprawą jego sytuacji finansowej, wchodzi w zakres art. 107 ust. 1 TFUE (Ladbroke Racing Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, T-67/94). W związku z tym w celu ustalenia, czy środek państwa stanowi pomoc, konieczne jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo będące beneficjentem otrzymuje korzyść gospodarczą (Syndicat francais de PExpress international (SFEI) i inni przeciwko La Poste i in., C-39/94).

Wyjaśnił, że pojęcie korzyści zdefiniowane w orzecznictwie TSUE obejmuje nie tylko przyznawanie pozytywnych korzyści ekonomicznych, ale także zwolnienie z obciążeń ekonomicznych w szerszym znaczeniu: w sprawie Steenkolenmijnen (sprawa 30-59), gdzie TSUE po raz pierwszy zdefiniował również pojęcia „dotacja" i „pomoc", wskazano:

„Dotacja jest zwykłe definiowana jako płatność w gotówce lub w naturze dokonana na rzecz przedsiębiorstwa, inna niż zapłata przez kupującego lub konsumenta za towary lub usługi, które produkuje. Pomoc jest bardzo podobną koncepcją, która jednak kładzie nacisk na jej cel i wydaje się być specjalnie opracowana dla określonego celu, którego normalnie nie można osiągnąć bez pomocy z zewnątrz. Pojęcie pomocy jest jednak szersze niż pojęcie dotacji, ponieważ obejmuje nie tylko korzyści pozytywne, takie jak same dotacje, ale także interwencje, które w różnych formach zmniejszają obciążenia, które normalnie obciążają budżet przedsiębiorstwa i które: nie będąc zatem dotacjami w ścisłym tego słowa znaczeniu, mają podobny charakter i ten sam skutek".

Wskazał, że z powyższego wyroku TSUE wynika, że definicja „pomocy" ma szeroki zakres i obejmuje zarówno korzyści pozytywne, jak i środki zwalniające beneficjenta z kosztów, które zwykle ujęte są w budżecie przedsiębiorstwa. Ponadto pojęcie pomocy pociąga za sobą sytuacje, w których przedmiotowy środek skutkuje złagodzeniem istniejących obciążeń zwykle ujęte w budżecie przedsiębiorstwa.

Argumentował, że w niniejszej sprawie koszty transportu odpadów są zazwyczaj kosztami składającymi się na szeroko rozumiane koszty zagospodarowania i co do zasady - pośrednio lub bezpośrednio - obciążają podmiot zagospodarowujący odpady, bowiem w sytuacji, gdy koszt transportu na podstawie zawartej umowy obciąża dostawcę, jest on istotny dla wyboru podmiotu zagospodarowującego odpady, a więc jego wystąpienie ma wpływ na sposób konkurowania przez podmiot zagospodarowujący na rynku.

Wyeliminowanie tego czynnika wpływa na sytuację rynkową zagospodarowującego odpady, co daje mu dodatkowe benefity i zakłóca konkurencję.

Również więc ze względów tu opisanych zakwestionowany opis przedmiotu zamówienia i brak kryteriów, które prowadziłby do wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej ekonomicznie i środowiskowo, prowadzi – zdaniem Odwołującego - do naruszenia art. 7 Pzp.

Stwierdził, że skonstruował żądania niniejszego odwołania w sposób alternatywny, tj. oczekuje albo wprowadzenia dodatkowego kryterium oceny ofert, uwzględniającego możliwość przyznania dodatkowych punktów wykonawcom, którzy zakładają wykorzystanie do realizacji zamówienia instalacji zlokalizowanych najbliżej Miasta Stołecznego Warszawy, albo wprowadzenia dla potrzeb porównania ofert współczynnika korygującego, zależnego od wysokości kosztów transportu, albo zmiany opisu przedmiotu zamówienia polegającej na nałożeniu na wszystkich wykonawców obowiązku posiadania (korzystania) ze stacji przeładunkowej zlokalizowanej na terenie województwa mazowieckiego.

Według Odwołującego - realizacja każdego z tych żądań przyniesie podobny efekt, tj. pozwoli wykonawcom na konkurowanie w niniejszym postępowaniu na zasadach rynkowych, a Zamawiającemu na wybór oferty, która w istocie (w ujęciu całościowym) będzie najkorzystniejsza. Odwołujący wskazał przy tym, że zastosowanie choćby jednego z żądań, pozwoli na zaspokojenie interesu Odwołującego.

Odnośnie żądania pierwszego i drugiego - dodatkowe kryterium oceny ofert lub zastosowanie współczynnika korygującego - wskazał, że ich zrealizowanie pozwoli na uwzględnienie w pełni wpływu, jaki na rynek zagospodarowania odpadów mają koszty transportu odpadów do instalacji. Same żądane zapisy SIWZ są jasne i niedyskryminujące, w szczególności pozwalają wykonawcy na ocenę, jaki wpływ na uzyskanie przez niego zamówienia (na ostateczną ocenę jego oferty) będą miały koszty transportu. Zapewniają one przy tym pełną porównywalność ofert, nie ograniczając

konkurencji między wykonawcami. Poza efektem ekonomicznym, ich zastosowanie pozwoli na uwzględnienie w niniejszym postępowaniu aspektów środowiskowych (zasady bliskości). Odnośnie efektu ekonomicznego wskazał, że przyznanie temu kryterium wagi 40% i ustalenie ilości przyznawanych punktów w kryterium w sposób powiązany z kosztami, jakie będą ponoszone w razie ewentualnego transportu odpadów, pozwoli na odtworzenie warunków rynkowych i zagwarantuje możliwość realnej konkurencji pomiędzy instalacjami, które nie ponoszą kosztów transportu i tymi, które je ponoszą. Jednocześnie kryterium to spowoduje, że w postępowaniu będą promowani ci wykonawcy, którzy w sposób najpełniejszy gwarantują realizację zasady bliskości. Warto przy tym odnotować, że kryterium odległości jest stosowane w tego typu postępowaniach od lat, a dopuszczalność jego zastosowania nie budzi większych wątpliwości.

Zaznaczył, że oba żądania nawiązują do odpadów zmieszanych, bowiem strumień tych odpadów jest największy, a uwzględniając dodatkowo rynkowe koszty ich zagospodarowania, nie budzi większych wątpliwości, że to koszty zagospodarowania tych odpadów (ujmowane całościowo) są decydującym koszem dla ustalenia ceny ofertowej w tym postępowaniu, jak i dla kosztów całego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi.

Odnośnie żądania opisanego jako trzecie - zmiana opisu przedmiotu zamówienia polegająca na konieczności posiadania (korzystania) ze stacji przeładunkowej zlokalizowanej na terenie województwa mazowieckiego - wskazał, że zmiana ta będzie miała ten skutek, że wykonawcy korzystający z instalacji oddalonych od Warszawy będą ponosili koszty transportu odpadów do swoich instalacji (na trasie stacja przeładunkowa - instalacja), co niejako odtworzy warunki, jakie panują na rynku.

Odwołujący podkreślił, że wymóg dysponowania stacjami przeładunkowymi zlokalizowanymi na terenie województwa mazowieckiego istniał w poprzednio organizowanych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie tego samego zamówienia i nie był przez wykonawców kwestionowany.

Ostatecznie dodał, że konieczność korzystania ze stacji przeładunkowej istotnie nie podraża kosztów zagospodarowania odpadów, a wręcz przeciwnie - poprzez umożliwienie przeładunku odpadów z małych pojazdów odbierających odpady na pojazdy o większej ładowności, istotnie zmniejsza koszty transportu odpadów, powodując zmniejszenie kosztów całkowitych. Pozwala także na zachowanie odpowiedniego poziomu kontroli nad odpadami zwłaszcza w sytuacji, gdy każdy transport odpadów (transport odpadów na każdym etapie) jest obecnie ściśle ewidencjonowany (karty przekazania odpadów zawierają obecnie informacje odnośnie nie tylko daty transportu, podmiotów go wykonującego i ilości odpadów, ale i dane o godzinie wyjazdu/przyjazdu pojazdów oraz środkach transportu wykonujących transport).

W dniu 19 stycznia 2021 r. w powyższych dwóch postępowaniach odwoławczych po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawca J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka oraz wykonawca PN-WMS sp. z o.o. z siedzibą w Poświętne.

KIO 165/21,168/21

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawa sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 502 500 Mg" (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 165/21).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2020r. pod numerem 641353-2020-PL, w tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 165/21).

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 86 000 Mg", numer referencyjny: DZA.ZOZ.27.66.2020.LK (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 168/21).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 255-641348, w tej samej dacie na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ (Sygn. akt postępowania odwoławczego: KIO 168/21).

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka w dniu 11 stycznia 2021 r. wniósł dwa odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści

Ogłoszenia o Zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (oraz załączników do niej) w powyższych przetargach.

Odwołujący czynnościom Zamawiającego zarzucił:

a.naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 wraz z późn. zmianami - dalej jako „ustawa Pzp" lub „PZP") poprzez ukształtowanie warunków udziału w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez brak zachowania zasady proporcjonalności, przez:

i.naruszenie w pkt. 7.3.2.1. SIWZ zasad uczciwej konkurencji, przez brak uwzględnienia zasady bliskości w gospodarce odpadami, której wyrazem jest art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zmianami), i brak sformułowania wymogu, by:

1)instalacja komunalna, z której korzysta wykonawca na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia (w przypadku gdy do zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca będzie wykorzystywał instalacje własne) była instalacją położoną na ternie województwa mazowieckiego lub wpisaną na listę instalacji komunalnych prowadzoną przez Marszałka Województwa Mazowieckiego, oraz

2)stacja przeładunkowa (z której będzie korzystał Wykonawca na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia) była położona na terenie województwa mazowieckiego,

ii.nieproporcjonalny wymóg w pkt. 7.3.2.1. (w szczególności pkt. 7.3.2.1.1.- 7.3.2.1.4.) SIWZ, gdyż Zamawiający - w przypadkach opisanych w pkt. 7.3.2.1.1. - 7.3.2.1.4. SIWZ - wymaga, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane / pozwolenie wydane na podstawie ustawy Prawo Ochrony Środowiska - podczas gdy sam Zamawiający, w takich samych przetargach w przeszłości, nie wymagał załączania takich decyzji,

iii.nieproporcjonalne wymogi dotyczące eksportu odpadów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia (pkt. 7.3.2.1.5 i inne SIWZ),

b.naruszenie art. 43 ust. 2 oraz ust. 2b pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu złożenia ofert, uniemożliwiającego Wykonawcy złożenie prawidłowo przygotowanej oferty,

c.naruszenie art. 91 ust. 2a PZP w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, przez przyjęcie jedynie jednego kryterium - „Cena oferty brutto" o wadze 100% - podczas gdy środki wydatkowane w ramach przedmiotowego Postępowania, jeśli miałyby zostać wydatkowane przez faktycznego dysponenta (m. st. Warszawa), musiałyby być wydatkowane w procedurze z obowiązkowym kryterium poza-cenowym o wadze minimum 40%,

d.naruszenie art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 PZP oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 PZP, przez sformułowanie (wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania) zapisów Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz Wzoru Umowy w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, jak również prowadzący do ułożenia stosunku prawnego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą lub zasadami współżycia społecznego,

e.naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 PZP, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części przypisane do poszczególnych dzielnicy/dzielnic, tj. z zastosowaniem kryterium geograficznego (takiego samego, jak zastosowany przez Zamawiającego w przetargu ZP/GP/271/TV-172/18), i dokonanie niezasadnego podziału ilościowego, a tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, co gwarantowałoby Wykonawcy otrzymanie całości strumienia odpadów z danego obszaru, a tym samym na minimalizację ryzyka otrzymania frakcji odpadów o wartości wyższej lub niższej niż średnia wartość,

f.naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 36aa ust. 1 PZP poprzez zaniechanie podzielenia zamówienia na części w sposób określony w pkt poprzedzającym - pomimo obiektywnego braku podstaw do nie podzielenia zamówienia na takie części (w analogicznych przetargach Zamawiający przyjął odmienną praktykę niż przyjęta w przedmiotowym Postępowaniu).

Jednocześnie wnosił o:

a.uwzględnienie odwołania w całości, a tym samym żąda dokonania zmian treści SIWZ oraz treści Ogłoszenia o Zamówieniu:

1) zmianę pkt. 7.3.2.1. SIWZ oraz III. I.I. Ogłoszenia o Zamówieniu - w ten sposób, iż:

o w przypadku posiadania i prowadzenia przez Wykonawcę stacji przeładunkowej (lub korzystania z takiej stacji,

w ramach podwykonawca (w zakresie dopuszczonym SIWZ) Zamawiający:

■nie będzie wymagać, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualne decyzje na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane/ pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska, oraz

■zobowiąże wykonawcę, na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, aby ten posiadał:

•(w odniesieniu do stacji przeładunkowej Wykonawcy, która powinna być położona na terenie województwa mazowieckiego) aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane/ pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska, lub

•(w przypadku korzystania przez Wykonawcę ze stacji przeładunkowej w ramach instalacji komunalnej Wykonawcy, która powinna być instalacją położoną na terenie województwa mazowieckiego lub instalacją wpisaną na listę instalacji komunalnych prowadzoną przez Marszałka Województwa Mazowieckiego):

o posiadał instalację komunalną objętą aktualną decyzją na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane/ pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska, ewentualnie

o posiadał instalację komunalną wymienioną na liście instalacji komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego

■wykreślenie treści objętych pkt. 7.3.2.1.5 SIWZ (i odpowiednie zmiany z tym związane w Ogłoszeniu o Zamówieniu, OPZ oraz wzorze umowy)

o w przypadku gdy do zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca będzie wykorzystywał instalacje własne, Zamawiający:

■nie będzie wymagać, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualne decyzje na zbieranie i przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane/ pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska, oraz

■zobowiąże wykonawcę, na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, aby ten posiadał:

•aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub pozwolenie zintegrowane/ pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska, dotyczące instalacji komunalnej położonej na terenie województwa mazowieckiego, lub

•instalację komunalną wymienioną na liście instalacji komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego.

3)zmianę pkt 18.1 SIWZ oraz IV.2.7) Ogłoszenia o Zamówieniu, przez przedłużenie terminu złożenia oferty do dnia 27 stycznia 2021 r.,

4)zmianę pkt. 20.1. SIWZ oraz 11.2.5) Ogłoszenia o Zamówieniu w ten sposób, iż ustanowione zostaną dwa kryteria oceny ofert:

1)„Cena oferty brutto" - waga 60%,

2)Odległość pomiędzy punktem odbioru odpadów oraz punktem przeładunkowym lub miejscem położenia instalacji przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych - waga 40%.

5)zmianę pkt. 2 OPZ oraz II.2.4) Ogłoszenia o Zamówieniu przez wykreślenie części dotyczącej eksportu odpadów,

6)zmianę pkt. 4 OPZ oraz pkt. II.1.4) oraz II.I.6) Ogłoszenia o Zamówieniu, przez podzielenie przedmiot zamówienia na dwa zadania - Zadanie 1 obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnicy Bielany-Żoliborz oraz Zadanie 2 obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnicy Mokotów, Zadanie 3 obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnicy Praga Północ-Praga Południe, Zadanie 4 obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnicy Wawer-Rembertów- Wesoła

7)zmianę pkt. 5 zd. 2 OPZ przez nadanie następującej treści: „Zamawiający dopuszcza możliwość przetworzenia zmagazynowanych (także w procesach R13 i DI5) odpadów nie później niż w terminie 1 (jednego) roku po terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy".

8)zmianę pkt. 6 OPZ przez wskazanie minimalnych i maksymalnych dziennych ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Bielany-Żoliborz Mokotów, Praga Północ-Praga Południe, Wawer-Rembertów-Wesoła,

9)zmianę pkt. 14 OPZ przez wskazanie minimalnych i maksymalnych poziomów poszczególnych frakcji odpadów

wytworzonych przez mieszkańców w/w dzielnic i dostarczonych do Wykonawcy.

10)zmianę pkt. 15 OPZ przez usunięcie drugiego akapitu dotyczącego exportu odpadów,

11)zmianę pkt. 17 OPZ przez usunięcie trzeciego akapitu dotyczącego exportu odpadów,

12)zmianę pkt. 18 OPZ przez wprowadzenie wymogu, by instalacja dla odpadów „bio" ma mieć przepustowość nie mniejszą niż 1484 Mg rocznie,

13)zmianę pkt. 19 ppkt 1 a OPZ przez zastąpienie wymogu wpisem na listę instalacji komunalnych właściwego Marszałka Województwa,

14)zmianę pkt. 19 OPZ przez usunięcie części dotyczącej exportu odpadów,

15)zmianę pkt. 22 OPZ przez usunięcie wymogu podpisywania kwitów Wagowych,

16)zmianę pkt. 24 OPZ przez dopisanie „z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy i świątecznych",

17)zmianę pkt. 30 OPZ przez wprowadzenie określonego (wymaganego i określonego kwotowo) poziomu recyklingu lub wprowadzenie kryterium cenowego dotyczącego poziomów recyklingu w zakresie pomiędzy min i max podanym przez Zamawiającego,

18)zmianę pkt. 32 OPZ w ten sposób, by wybór sposobu obliczania poziomów był w gestii Wykonawcy, jeśli przepisy ulegną zmianie w czasie trwania umowy,

19)zmianę pkt. 35. pkt 1 OPZ przez usunięcie wymogu dotyczącego przekazania KEOK, gdyż system BDO uniemożliwia wygenerowanie KEOK gdzie jest zbyt dużo KPOK duża liczba KPOK (system przy próbie wydruku do PDF zawiesza się),

20)zmianę pkt. 39 OPZ przez usunięcie tego zapisu,

21)zmianę pkt. § 4 pkt 1 Wzoru Umowy przez obniżenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 1 (jeden) % z 3 (trzy) %,

22)zmianę pkt. § 6 pkt 3 ppkt. 1) Wzoru Umowy przez usunięcie treści tego zapisu i zniesienie zawartej w nim kary umownej.

b.jak również o dokonanie analogicznych zmian treści SIWZ, Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu - w zakresie, w jakim wynikają pośrednio ze zmian postulowanych przez Wykonawcę w niniejszym odwołaniu,

c.zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego — według właściwych przepisów.

Odwołujący na wstępie uzasadnienia odwołania zapowiedział, że pragnie wykazać, między innymi, iż zapisy SIWZ oraz Ogłoszenia o Zamówieniu powodują znaczące ograniczenie kręgu potencjalnych oferentów — z potencjalna szkodą nie tylko dla interesu prawnego Wykonawcy, ale z potencjalną szkodą interesu publicznego w postaci (spodziewanych) wyższych cen, jakie zostaną zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący w odniesieniu do pkt. 7.3.2.I. SIWZ podkreślił, iż:

•mamy do czynienia z precedensową sytuacją - Zamawiający do tej pory (w takich samych postępowaniach) nie żądał tego rodzaju dokumentów od wykonawców,

•wymóg ten nie jest niezbędny dla zapewnienia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia - w szczególności Zamawiający ogranicza konkurencję, eliminując rozwiązania dopuszczone przez przepisy,

•wymóg ten nie jest proporcjonalny - Zamawiający - w przypadku posiadania i prowadzenia przez Wykonawcę stacji przeładunkowej - wymaga, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia - gdy tymczasem orzecznictwo sądów administracyjnych uznaje art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach za wyjątek w stosunku do art. 41 tejże ustawy (ustanawiającej obowiązek uzyskiwania zezwolenia na zbieranie odpadów).

Zdaniem Odwołującego - powyższy wymóg znajduje potwierdzenie we wzorze Oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, zgodnie z którym Wykonawca składa następujące oświadczenie:

Zgodnie z zapisami SIWZ do niniejszego oświadczenia dołączamy aktualne decyzje, o których mowa w pkt 7.3.2 Części I SIWZ.

Odnośnie pkt. 7.3.2.1 SIWZ Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą „Oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów" (stanowiące Załącznik nr 2 do SIWZ) wraz z dołączonymi do niego aktualnymi decyzjami na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia dla instalacji Wykonawcy i/lub

na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia dla instalacji podwykonawcy lub podwykonawców oraz w przypadku posiadania i prowadzenia stacji przeładunkowej decyzji Wykonawcy i/lub podwykonawcy/podwykonawców na zbieranie odpadów.

Według Odwołującego - wymóg ten należy odczytywać w kontekście cytowanego już pkt. 4.12. SIWZ, w myśl z kolei którego: „Zamawiający wprowadza zastrzeżenie wskazujące na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Pod pojęciem kluczowe części zamówienia Zamawiający rozumie prowadzenie i eksploatację instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych. Jednocześnie w przypadku, gdy Wykonawca zadeklaruje korzystanie ze stacji przeładunkowej dla zmieszanych odpadów komunalnych bądź w sytuacji wskazania instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych mieszczącej się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, kluczową częścią zamówienia jest również posiadanie i prowadzenie stacji przeładunkowej dla tych odpadów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom wyłącznie w pozostałym zakresie.”.

W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, że rozumie powyższe zapisy SIWZ w ten sposób, iż wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie zmieszanych odpadów komunalnych wymaga osobistej realizacji w ramach:

a)albo instalacji wykonawcy do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych,

b)albo - w przypadku, gdy wykonawca zadeklaruje korzystanie ze stacji przeładunkowej dla zmieszanych odpadów komunalnych - posiadania i prowadzenia stacji przeładunkowej dla tych odpadów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Idąc dalej, zauważył w zakresie pkt. 7.3.2.1.1. - 7.3.2.1.5. SIWZ, że Zamawiający doprecyzował wyżej opisany wymóg dołączenia aktualnych decyzji na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w szczególności:

• w przypadku posiadania i prowadzenia przez Wykonawcę stacji przeładunkowej Zamawiający wymaga, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj.:

a. zezwolenie na zbieranie odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zmianami)

lub

b. pozwolenie zintegrowane/pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1219 ze zmianami) uwzględniające warunki zezwolenia na zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia, przy czym w przypadku decyzji wydanych zgodnie z art. 43 ustawy o odpadach w brzmieniu zmienionym ustawą z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2018 r., poz. 1592 ze zmianami) decyzję z dopuszczonymi do zbierania rocznymi ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia:

w zakresie Zadań 1-4, o których mowa w pkt 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ), dla każdego zadania na poziomie nie mniejszym niż określone w treści SIWZ.

Dodatkowo w przypadku prowadzenia stacji przeładunkowej dla odpadów klasyfikowanych pod kodem 20 01 08 (odpady „bio” - dop. mój) Wykonawca zobowiązany jest dysponować aktualną decyzją na przetwarzanie tych odpadów, tj.:

•zezwoleniem na przetwarzanie wydanym na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zmianami)

lub

•pozwoleniem zintegrowanym/ pozwoleniem, wydanym na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1219 ze zmianami) uwzględniającym warunki zezwolenia na przetwarzanie tych odpadów.

• W przypadku gdy do zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca będzie wykorzystywał instalacje własne, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualną decyzję na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj.:

a)zezwolenie na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zmianami)

lub

b)pozwolenie zintegrowane/pozwolenie, wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1219 ze zmianami) uwzględniające warunki zezwolenia na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, z dopuszczonymi do przetwarzania ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia:

w zakresie Zadań 1-4, o których mowa w pkt 4 OPZ, dla każdego zadania na poziomie nie mniejszym niż określone w treści SIWZ.

W związku z powyższymi uregulowaniami SIWZ Odwołujący zwrócił uwagę, że dotychczasowych w przetargach Zamawiający nie stawiał takiego warunku - w analogicznym przetargu na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy" (ogłoszenie z dnia 07.02.2020 r., numer postępowania: DZA.ZOZ.27.9.2020.LK), Zamawiający - w przypadku posiadania i prowadzenia przez wykonawcę stacji przeładunkowej - nie wymagał dołączenia do oferty aktualnej decyzji na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Jedynie w pkt. 16 OPZ tamtego postępowania Zamawiający zobowiązał jedynie wykonawcę do posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach.

Zauważył również, że wymogu takiego nie zastosowano w przypadku umowy nr 392/FDA/ZOZ/ZDS/022/2020 z dnia 04.12.2020 r. na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 23 000 Mg", zawartej z FBSerwis Wrocław Spółka z o.o., co potwierdza SIWZ (ogłoszenie z dnia 07.02.2020 r., numer postępowania: DZA.ZOZ.27.9.2020.LK), umowa nr 392/FDA/ZOZ/ZDS/022/202 z dnia 04.12,2020 r.

W ocenie Odwołującego - warunek powyższy jest zbędny i nadmiernie ogranicza krąg wykonawców - w stosunku do tego, co dopuszczają przepisy prawa.

Odnośnie zarzutu związanego z posiadaniem i prowadzeniem przez wykonawcę stacji przeładunkowej zaznaczył, że zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt. 5 i 6) ustawy o odpadach, zakazuje się zbierania poza miejscem wytwarzania:

5)niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;

6)bioodpadów stanowiących odpady komunalne.

Podniósł przy tym, że w myśl art. 23 ust. 10 cyt. ustawy, powyższego zakazu 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.

Wskazał również, że myśl art. 23 ust. 11 cyt. ustawy, powyższego zakazu nie stosuje się do zbierania bioodpadów stanowiących odpady komunalne przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a zgodnie zaś z art. 9e ust. 1 pkt. 2) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. Nr 132, poz. 622 ze zm.), podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości - niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej.

Wywodził, że jednakże, w myśl ust. 1c tego artykułu, dopuszcza się przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

W konsekwencji zatem, ustawodawca nie nakłada obowiązku, by przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnej następowało zawsze za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art, 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, nakładając jednak taki obowiązek w przedmiotowym postępowaniu, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców — z góry wykluczając rozwiązanie dopuszczone przez przepisy.

Dodatkowo, wymóg, by wykonawca - w przypadku posiadania i prowadzenia przez wykonawcę stacji przeładunkowej - załączał do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj.:

1) zezwolenie na zbieranie odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, lub

2) pozwolenie zintegrowane/pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska, jest – w przekonaniu Odwołującego - nieproporcjonalny i narzuca wykonawcom konieczność posiadania

jednego z wymienionych zezwoleń/pozwoleń-gdy tymczasem w orzecznictwie sądów administracyjnych wyrażono pogląd, iż art. 9e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisów ustawy o odpadach, stąd podmiot, który odbiera odpady komunalne od właścicieli nieruchomości nie ma obowiązku posiadania pozwolenia na zbieranie odpadów.

W związku z powyższym powołał się na tezę orzeczniczą Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi, że z cyt. wyżej przepisów tych wynika w sposób oczywisty, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest uprawniony do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych w posiadanej przez siebie stacji przeładunkowej.

Według Odwołującego - podmiot, który odbiera odpady komunalne od właścicieli nieruchomości może mieć ograniczoną możliwość w przedstawieniu stosownych pozwoleń przez podmioty prowadzące instalacje przetwarzania odpadów komunalnych.

Powołał się przy tym na pogląd prawny, że sama także instalacja RIPOK działa na podstawie odpowiednich zezwoleń i decyzji, zatem wykonawca i zamawiający musza działać w pewnym zaufaniu do nich.

Ponadto wykonawca nie ma możliwości wpłynięcia na podmiot prowadzący instalacje, aby ten przekazywał mu tego rodzaju dokumenty, bowiem jedynym jego ustawowym obowiązkiem jest zawarcie umowy z podmiotem odbierającym odpady z danego terenu.

W konsekwencji ten obowiązek jest – w ocenie Odwołującego - niemożliwy do wypełnienia przez wykonawców, a także preferuje w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji te podmioty które same prowadzą instalacje, choć w rzeczywistości nie ma to żadnego przełożenia na jakość świadczonej usługi.

W części dotyczącej zarzutu gdy do zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia Wykonawca będzie wykorzystywał instalacje własne podniósł, że jest podobnie - wymogi Zamawiającego, by do oświadczenia załączone zostały aktualne zezwolenie/pozwolenie - ogranicza niepotrzebnie krąg potencjalnych oferentów.

Wyjaśnił, że dotychczasowa wieloletnia praktyka opierała się na rozwiązaniu, gdzie za wystarczające zamawiający uznawali fakt, iż instalacja jest wskazana na liście instalacji komunalnych właściwego Marszałka Województwa.

Stwierdził, że nie jest mu znany powód, dlaczego Zamawiający odstąpił od swojej wieloletniej praktyki.

Podkreślił, że w tym zakresie zastosowanie znajdują również odwołania do wyżej wskazanych przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

W odniesieniu do pkt. 7.3.2.1.5 SIWZ Odwołujący zwrócił uwagę, że postanowienie to stanowi nowość w stosunku do dotychczasowej praktyki Zamawiającego - a ponadto naraża Zamawiającego na ryzyko, iż wybrany wykonawca, który w ten sposób „legitymował się" zezwoleniem/pozwoleniem na zbieranie i zagospodarowanie odpadów w rzeczywistości nie będzie spełniał wymogów SIWZ na etapie realizacji umowy.

Argumentował przy tym, że skoro bowiem termin rozpoczęcia realizacji będzie możliwy nie wcześniej niż po otrzymaniu ostatecznej decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska (której GIOŚ nie ma obowiązku wydać) zezwalającej na wywóz odpadów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (o ile jest wymagana) — istnieje poważne ryzyko, że podmiot, który wygra postępowanie, ostatecznie nie uzyska wymaganej decyzji GIOŚ, co przekreśli (nie z winy takiego wykonawcy) możliwość terminowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, stwierdził, że Zamawiający wprowadził szereg obostrzeń w sytuacji, w której instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania pozostałych odpadów objętych przedmiotem zamówienia (własne lub podwykonawców) będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej Zamawiający, tj. obowiązki przedstawienia:

- dokumentów w języku polskim dot. uprawnienia podmiotu prowadzącego instalację do przetwarzania odpadów, które potwierdzą możliwość przetwarzania odpadu, dla którego w oświadczeniu wskazano tą instalację, zgodnie z przepisami kraju, w którym instalacja jest prowadzona,

- pisemnej umowy pomiędzy podmiotem, który organizuje przemieszczanie (wysyłający) a odbiorcą odpadów, o której mowa w załączniku nr VII do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1013/2006 w sprawie przemieszczania odpadów oraz otrzymania ostatecznej decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zezwalającej na wywóz odpadów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (o ile jest wymagana)

- ostatecznej decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zezwalającej na wywóz odpadów poza terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej (o ile taka decyzja jest wymagana).

Zwrócił również uwagę, że we wzorze Umowy został sformułowany § 6 ust. 10, zgodnie z którym Zamawiający może odstąpić od umowy w całości lub w części ze skutkiem natychmiastowym lub ze skutkiem w terminie przez siebie wskazanym, jeżeli - w przypadku gdy instalacje wskazane przez Wykonawcę w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej - Wykonawca w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy nie uzyska ostatecznej decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zezwalającej na wywóz odpadów poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej (o ile jest wymagana). Odstąpienie od umowy, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym stanowi odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (kwestia ta została również poruszona w rozdziale dotyczącym terminu i warunków realizacji Umowy - § 2 Umowy).

Analogicznie Odwołujący uznał, iż powinny ulec zmianie pozostałe zapisy SIWZ oraz Ogłoszenia o Zamówieniu - poprzez wykluczenie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w drodze eksportu odpadów poza granice RP.

W zakresie pkt. 18.1 SIWZ zwrócił uwagę, że zgodnie z przedmiotowym punktem SIWZ (po zmianie), ofertę należy wczytać na Platformie Zamawiającego do dnia 15.01.2021 r. do godz. 13:00.

Zdaniem Odwołującego - termin złożenia ofert jest jednak zbyt krótki - za czym przemawia fakt, iż:

a)Postępowanie dotyczy skomplikowanego postępowania o bardzo dużej wartości, przy czym przygotowanie oferty wymaga szeregu dokumentów (części których, co warto podkreślić, Zamawiający nie żądał we wcześniejszych postępowaniach),

b)W okresie do dnia 15 stycznia 2021 r. występuje szereg dni wolnych od pracy (związanych z okresem Świąt Bożego Narodzenia, Nowego Roku oraz Święta Trzech Króli), w czasie których działalność Wykonawcy jest utrudniona, jak również nie funkcjonują instytucje, w których należy pozyskać część dokumentów wymaganych przez Zamawiającego,

c)tak krótki termin złożenia ofert jest niezasadny — jeśli uwzględnić, iż realizacja przedmiotu zamówienia miałaby się rozpocząć dopiero od dnia 1 kwietnia 2021 r.,

d)w 2020 r. Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie realizacja przedmiotu zamówienia miała następować od dnia 01 kwietnia 2020 r., przy czym Zamawiający opublikował ogłoszenie 07 lutego 2020 r. i nie stosował skróconej procedury - mimo to postępowanie zostało rozstrzygnięte przed terminem zamierzonej realizacji przedmiotu zamówienia.

Z powyższych względów Wykonawca wnosił o przedłużenie terminu złożenia oferty do dnia 27 stycznia 2021 r.

W zakresie pkt. 20.1. SIWZ zauważył, że w ramach przedmiotowego punktu SIWZ, Zamawiający przyjął jedynie jedne kryterium „Cena oferty brutto" o wadze 100%.

Takie rozwiązanie – w opinii Odwołującego - jest sprzeczne zarówno z obowiązującą praktyką systemu zamówień publicznych w Polsce i ogólnymi założeniami ustawodawcy — co jednak ważniejsze, takie rozwiązanie stanowi obejście art. 91 ust. 2a PZP, bowiem zgodnie z tym przepisem, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 PZP.

Podniósł, że Zamawiający de facto w ramach przedmiotowego postępowania dysponuje środkami pochodzącymi od m. st. Warszawa, które spełnia kryteria podmiotu z art. 3 ust. 1 pkt. 1 PZP i których wydatkowanie przez m. st. Warszawa musiałoby następować z zastosowaniem art. 91 ust. 2a PZP, a zgodnie z art. 58 § 1 k.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

W związku z powyższym Wykonawca wnosił o zmianę pkt. 20.1. SIWZ w ten sposób, iż ustanowione zostaną dwa kryteria oceny ofert:

3)„Cena oferty brutto" - waga 60%,

4)Odległość pomiędzy punktem odbioru odpadów oraz punktem przeładunkowym lub miejscem położenia instalacji przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych- waga 40%.

Przy czym – w ocenie Odwołującego - zastosowanie drugiego kryterium znajduje uzasadnienie w fundamentalnej

zasadzie dotyczącej przetwarzania odpadów komunalnych - tj. zasadzie bliskości, której wyrazem są, m.in. art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach.

Ustawodawca posługując się terminem „najbliżej położonej instalacji" wskazuje na konieczność odnoszenia przedmiotowego wymogu do odległości pomiędzy miejscem wytworzenia odpadów a miejscem ich unieszkodliwiania. Przy czym zasada bliskości zostanie spełniona w odniesieniu do miejsca, w którym będą unieszkodliwiane odpady, pozostającego w najmniejszej odległości od miejsca ich wytwarzania.

Zauważył, iż w niektórych wcześniejszych przetargach organizowanych przez Zamawiającego - na analogiczny przedmiot zamówienia - co prawda Zamawiający stosował kryterium „Cena" — waga 100%, ale wymogiem przedmiotowym było korzystanie z instalacji komunalnej znajdującej się na terenie województwa mazowieckiego - stąd kwestia odległości pomiędzy punktem odbioru odpadów oraz punktem przeładunkowym lub miejscem położenia instalacji przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych nie miała takiego znaczenia jak w przedmiotowym postępowaniu.

W części dotyczącej zarzutów związanych z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ) Odwołujący wskazał, iż zmianie powinny ulec następujące zapisy OPZ:

- pkt2

Z uwagi na sygnalizowany już brak pewności, że podmiot uzyska te zgody (stąd może wygrać przetarg nie spełniając wymogów Postępowania) wnosił o wykreślenie części dotyczącej eksportu odpadów.

- pkt 4

Wykonawca wskazał, iż dotychczasową, ugruntowana, praktyką Zamawiającego było dzielenie przedmiotu zamówienia (w sytuacji analogicznej do sytuacji w przedmiotowym Postępowaniu) na zadania obejmujące całość odpadów z wybranej dzielnicy lub dzielnic m. st. Warszawy. Tytułem przykładu w postępowaniu DZA.ZOZ.27.9.2020.LK (ogłoszenie z 07.02.2020 r.) zadanie 1 obejmowało zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnic Bielany i Żoliborz, a Zadanie 2 obejmowało zagospodarowanie odpadów komunalnych z dzielnic Białołęka i Targówek.

Było to racjonalne rozwiązanie - wykonawca miał w takim wypadku faktycznie cały strumień z danej dzielnicy (obszaru). W przypadku podziału danych zadań na podzadania, co uczynił Zamawiający, Wykonawca nie ma żadnej gwarancji jakie poszczególne frakcje odpadów trafią do niego od Odbiorcy odpadów (podmiotu odbierającego odpady wyłonionego na podstawie innego przetargu przez m.st. Warszawę i nie będącego stroną niniejszego postępowania czy ew. przyszłej umowy). I tak dostawca może w ramach jednego podzadania dostarczyć jedynie odpady zmieszane (najdroższe w zagospodarowaniu) a w ogóle szkła (najtańszego w zagospodarowaniu odpadu) co całkowicie zmienia ekonomikę przedmiotu zamówienia i koszty jego realizacji.

Z niezrozumiałych dla Odwołującego powodów – jak stwierdził, Zamawiający porzucił w tym postępowaniu dotychczasową praktykę i wyodrębnił zadania „ilościowe", gdzie zadania są wyznaczone maksymalną planowaną ilością odpadów komunalnych do zagospodarowania, a nie obszarem geograficznym, z którego będą pochodzić takie odpady. W sposób zupełnie nieuzasadniony Zamawiający dokonał podziału zamówienia na podzadania w ramach każdej dzielnicy, przyjmując jako kryterium maksymalną planowaną ilość odpadów komunalnych do zagospodarowania.

W konsekwencji, Odwołujący wskazał, że ma utrudnioną możliwość prawidłowego skalkulowania oferty (a tym samym treść SIWZ jest sprzeczna z zasadą wynikającą z art. 29 ust 1 i 2 PZP), a zarzut jest tym bardziej zasadny, iż Zamawiający zaniechał również podania ilości minimalnych i maksymalnych dziennych ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców poszczególnych dzielnic, jak również zaniechał określenia ilości minimalnych i maksymalnych poszczególnych frakcji.

Wykonawca wnosił o to, by Zamawiający w punkcie 4 OPZ podzielił przedmiot zamówienia na zadania obejmujące zagospodarowanie odpadów komunalnych z poszczególnych dzielnic, tj. na 4 zadania, zbieżne z podziałem określonym w przetargu na odbiór odpadów, obejmujące dzielnice:

•Bielany-Żoliborz,

•Mokotów,

•Praga Północ-Praga Południe,

•Wawer-Rembertów-Wesoła.

Według Odwołującego Zamawiający nie ma pełnej dowolności w podziale zadania na części w sposób przez siebie przyjęty, który powinien być racjonalny i zgodny z zasadą wyrażonych w przepisie art. 7 ust, i ustawy Pzp tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców. Swoboda zatem zamawiającego o podziale zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji.

- pkt 5

Zwrócił uwagę, że w przedmiotowym punkcie OPZ, Zamawiający wymaga, by Wykonawca był zobowiązany do przetworzenia odpadów komunalnych w terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2. 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, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy.

Za odpady przetworzone po terminie wskazanym w zdaniu poprzedzającym Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia.

Tymczasem, Odwołujący wskazał, że przepisy dopuszczają magazynowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w okresie 1 (jednego) roku. Zgodnie bowiem z art. 25 ust. 4 oraz ust. 5 ustawy o odpadach:

1)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:

a.1 rok - w przypadku magazynowania odpadów niebezpiecznych, odpadów palnych, niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów pochodzących z przetworzenia odpadów komunalnych;

b.3 lata - w przypadku magazynowania pozostałych odpadów,

2)odpady przeznaczone do składowania mogą być magazynowane wyłącznie w celu zebrania odpowiedniej ilości tych odpadów do transportu na składowisko odpadów, nie dłużej jednak niż przez rok.

Poza tym, zaznaczył, że przetworzenie odpadów dostarczonych ostatniego dnia miesiąca w ciągu 30 dni może być problematyczne - np. wysortuje się jakiś odpad, ale w ciągu 30 dni nie zbierze się ilości transportowalnej (na przykład dla odpadów pod kodem 15 01 05).

Wykonawca wnosił zatem o zmianę, poprzez wydłużenie terminu i nadanie następującej treści: „Zamawiający dopuszcza możliwość przetworzenia zmagazynowanych (także w procesach R13 i D15) odpadów nie później niż w terminie 1 (jednego) roku po terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy".

- pkt 6

Odwołujący wskazał, że zgodnie z tym punktem, odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców poszczególnych dzielnic.

Zarzucił, że Zamawiający zaniechał podania ilości minimalnych i maksymalnych dziennych ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Bielany-Żoliborz**,** Mokotów, Praga Północ-Praga Południe, Wawer-Rembertów-Wesoła - co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty i jest tym samym sprzeczne z zasadą wynikającą z art. 29 ust 1 i 2 PZP.

Wobec tego wykonawca wnosił o to, by Zamawiający w tym punkcie OPZ wskazał minimalne i maksymalne dzienne ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic Bielany-Żoliborz, Mokotów, Praga Północ-Praga Południe, Wawer-Rembertów- Wesoła, bowiem z pewnością Zamawiający posiada takie informacje.

- pkt. 14

Zastrzegł, że powyższe uwagi dotyczą również tego punktu OPZ - „Szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań kształtuje się następująco: ...".

W ocenie Odwołującego - w treści tego zapisu nie doszło do określenia ilości minimalnych i maksymalnych poszczególnych frakcji, a tymczasem każdy odpad ma inny koszt zagospodarowania -0 nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty bez podania ilości min i max.

Wykonawca wnosił o to, by Zamawiający w tym punkcie OPZ wskazał minimalne i maksymalne poziomy poszczególnych frakcji odpadów wytworzonych przez mieszkańców poszczególnych dzielnic. Z pewnością Zamawiający posiada takie informacje.

- pkt 15

Wykonawca wnosił o usunięcie drugiego akapitu dotyczącego exportu odpadów (argumentacja jak powyżej w odniesieniu do pkt. 7.3.2.1.5. SIWZ).

Wykonawca wnosił o wprowadzenie obostrzenia (dla odpadów zmieszanych) - tożsamego jak w pkt 17 dla odpadów „bio" - tj. by instalacja komunalna była położona na terenie województwa mazowieckiego, gdyż to odpad

zmieszany stanowi główną część zamówienia, zgodnie z pkt 14 - 69,10%.

-pkt 17

Wykonawca wnosił o usunięcie trzeciego akapitu dotyczącego exportu odpadów (argumentacja jak powyżej w odniesieniu do pkt. 7.3.2.I.5. SIWZ).

- pkt 18

Wykonawca podniósł, że skoro dla zbierania odpadów „bio" Zamawiający sformułował wymóg posiadania decyzji na limit minimum 1484 Mg odpadów „bib" - taki sam wymóg przepustowości powinien być dla instalacji „bio" tj. musi mieć przepustowość nie mniej niż 1484 Mg rocznie.

Wykonawca wnosił zatem o wprowadzenie wymogu, by instalacja dla odpadów „bio" miała przepustowość nie mniej niż 1484 Mg rocznie.

- pkt 19 ppkt 1 a

Wykonawca wnosił o zastąpienie wymogu wpisem na listę instalacji komunalnych (argumentacja jak w zarzucie dotyczącym pkt. 7.3.2.1. SIWZ).

- pkt 19

Wykonawca wnosił o usunięcie części dotyczącej exportu odpadów (argumentacja jak powyżej w odniesieniu do pkt. 7.3.2.I.5. SIWZ).

- pkt 22

Z uwagi na zagrożenie pandemiczne Wykonawca wnosił o zniesienie wymogu podpisywania kwitów wagowych.

- pkt 24

Wykonawca wnosił o dopisek „z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy i świątecznych".

-pkt 30

Wykonawca wnosił o wprowadzenie określonego (wymaganego i określonego kwotowo) poziomu recyklingu lub wprowadzenie kryterium cenowego dotyczącego poziomów recyklingu w zakresie pomiędzy min i max podanym przez Zamawiającego.

- pkt 32

Wykonawca wnosił zmianę treści tego zapisu - tak, by wybór był w gestii Wykonawcy, jeśli przepisy ulegną zmianie w czasie trwania umowy.

- pkt. 35. pkt 1

Wykonawca wnosił o zniesienie wymogu dotyczącego przekazania KEOK, gdyż system BDO uniemożliwia wygenerowanie KEOK gdzie jest zbyt dużo KPOK.

- pkt 39

Wykonawca wnosił o usunięcie tego zapisu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących Wzoru Umowy:

- § 4 pkt 1

Wykonawca wnosił o zmianę tego zapisu oraz obniżenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 1 (jeden) % z 3 (trzy) %, gdyż w chwili obecnej jest ono zbyt wysokie z uwagi na przedmiot (ceny) i czas trwania umowy.

- § 6 pkt 3 ppkt. 1)

Wykonawca wnosił o wykreślenie treści tego zapisu i zniesienie zawartej w nim kary umownej, gdyż Wykonawca - w przypadku objętym tym zapisem - i tak zostanie ukarany finansowo, poprzez brak zapłaty (gdyż Zamawiający nie zaakceptuje takiego przetworzenia w weryfikacji sprawozdaniach miesięcznych i kwartalnych, będących podstawą obliczenia wynagrodzenia Wykonawcy). W konsekwencji, Wykonawca zostanie podwójnie „ukarany" (brak zapłaty i kara umowna).

Sygn. akt: KIO 142/21,143/21, 161/21, 162/21, 165/21, 168/21

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszeń i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanych dalej SIWZ, złożonych odwołań, odpowiedzi Zamawiającego na powyższe odwołania z dnia 19 lutego 2021 r., z dnia 24 lutego 2021 r., z dnia 26 lutego 2021 r. z wnioskiem o ich oddalenie w całości, pisma procesowego wykonawcy REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 24 lutego 2021 r., pism procesowych wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B.z dnia 19 lutego 2021 r., z dnia 24 lutego 2021 r. i z dnia 4 marca 2021 r., pisma procesowego

wykonawcy J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J. Z. Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianka z dnia 24 lutego 2021 r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu/rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła oddalić wszystkie odwołania.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowych spraw o sygn. akt KIO 142/21, 143/21 w zakresie zarzutów odwołań, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 29 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub Pzp w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp, art.353[1] oraz art.487§ 2 Kodeksu cywilnego w związku z art.7 ust.1, art.14 ust.1, art.139 ust.1 ustawy Pzp.

Podobnie w sprawach o sygn. akt KIO 161/21, 162/21 Skład Orzekający Izby nie uznał zarzutów odwołań opartych o przepis art.29 ust.1 i ust.2 w związku z art.7 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 Pzp oraz w związku z art. 44 ustawy z dnia 29 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. z 2019r., poz. 869) oraz motyw 2 i 90 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz. Urz. UE L Nr 94), art. 9 ust. 1 i 2 pkt. 3 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumenta (tj. Dz. U. z 2020r., poz. 1076), a także art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020, poz. 1913).

Ostatecznie, za równie bezzasadne należało uznać zarzuty odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 165/21, 168/21, które jako podstawę ich sformułowania wskazywały naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, art. 43 ust. 2 oraz ust. 2b pkt 2) w zw. z art. 7 ust., 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 353[1] Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, art. 96 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowych sprawach była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do opisania przedmiotu zamówienia w sposób objęty zaskarżonymi odwołaniami.

KIO 142/21,143/21

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowania przetargowe zostały wszczęte w dniu 31 grudnia 2021 r., zaś postępowania odwoławcze o powyższych sygnaturach zostały wszczęte wskutek wniesionych odwołań w dniu 11 stycznia 2021 r.

*W związku z tym wymaga wskazania, że stosownie do art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) d*o postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. *(tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.).*

*Natomiast w myśl przepisu art. 92 ust. 2 cytowanych wyżej przepisów intertemporalnych d*o postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, *wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021* r., *stosuje się przepisy ustawy*, *o której mowa w art. 1.* (tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.), zwana dalej nową ustawą Pzp.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu odwołania zgłoszonego na zasadzie przepisu art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp z rozbudowaną przez Odwołującego podstawą faktyczną o okoliczności wskazane zarówno przy samych zarzutach, jak również przy wnioskach zawierających konkretną treść normatywną, Izba uznała go za bezzasadny.

Stosownie do przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jednocześnie ust. 2 powołanego wyżej przepisu stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów prawa.

Izba ustaliła w zakresie objętym zaskarżeniem, że Zamawiający w pkt 5 część II SIWZ postanowił, że

Wykonawca jest zobowiązany do przetworzenia odpadów komunalnych w terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2. 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, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy. Za odpady przetworzone po terminie wskazanym w zdaniu poprzedzającym Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy) w § 2 ust. 3 opisującym termin i warunki realizacji umowy ustanowił analogiczną jak wyżej regulację, że Wykonawca jest zobowiązany do przetworzenia opadów komunalnych w terminie realizacji zamówienia określonym w ust. 2. 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 ust. 2, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy. Za odpady przetworzone po tym terminie Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia.

Mając na powyższe uwadze Izba uznała, że Odwołujący nie ma racji co najmniej z dwóch powodów.

Po pierwsze, w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. dokonał modyfikacji żądania określonego w pkt IV ppkt 1 lit.a) odwołania z dnia 11 stycznia 2021 r. wnioskując o zmianę terminu z 1 roku do 60 dni, co już samo w sobie czyni ten zarzut za mało wiarygodny z tego powodu, że pierwotnie Odwołujący zadeklarował gotowość przetworzenia zmagazynowanych odpadów przez okres do 1 roku, a następnie drastycznie ten termin zmienił do 60 dni.

Izba nie dostrzegła również, iżby zapłata Odwołującemu przez Zamawiającego jedynie za przetworzone odpady mogła naruszać cyt. wyżej przepisy prawa.

Nadto, Skład Orzekający Izby doszedł do wniosku, że w tym przypadku modyfikacja Odwołującego żądania odwołania jest pozorna, bowiem w przekonaniu Izby, jeżeli Odwołujący zgłosił zarzut z argumentacją faktyczną, że tylko brzmienie SIWZ o określonej treści nie będzie naruszać powołanych na wstępie przepisów prawa, to należało przyjąć, że jest to treść zarzutu będąca jednocześnie żądaniem (jest w nim zawarta zarówno podstawa faktyczna, jak i merytoryczna treść zarzutu odwołania).

Po drugie, Odwołujący pominął zupełnie okoliczność zmiany ustawy Pzp poprzez wejście w życie ustawy z dnia 11 września 2019 r., gdzie ustawodawca w art.554 ust. 6 nowej ustawy Pzp bezwzględnie zadecydował, że Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Jeżeli zatem, postanowienie opisujące przedmiot zamówienia mieści się w treści umowy, to działanie przepisu art.554 ust.6 nowej ustawy Pzp obejmuje również postanowienia części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że Zamawiający w § 9 ust. 9 w części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy) w postanowieniach końcowych przesądził, że załączniki do umowy stanowią jej integralną część oraz jako pierwszy z tych załączników wskazał Opis przedmiotu zamówienia.

Z powyższych względów Izba nie mogła zatem przypisać sobie kognicji do orzeczenia nakazu wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści. Wniosek ten dotyczy zatem wszystkich postanowień SIWZ, zarówno tych określonych w części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy), jak i tych z części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, jako, że one również stanowią integralną część umowy.

Dalej, Izba ustaliła, że w pkt 6 części II SIWZ Zamawiający przyjął, że odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców.

W tym przypadku Odwołujący jednak nie podał jakiegokolwiek zapisu, który mógłby stanowić materiał do rozważania.

Wydaje się, że w powyższym zakresie wystarczającym wyjaśnieniem do zastosowania spornego postanowienia była udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 7 z wyjaśnień do SIWZ z dnia 7 stycznia 2021 r., że będzie przekazywał odpady proporcjonalnie i równocześnie do wszystkich wykonawców, z którymi zostaną zawarte umowy.

W dalszej części, Izba przyjęła, że Odwołujący nie wykazał, że na etapie przygotowania umowy możliwe jest określenie przez Zamawiającego limitów dobowych minimalnych i maksymalnych ilości przekazywanych do zagospodarowania odpadów, skoro ilości te są uzależnione od wielu czynników, jak choćby samych ich wytwórców (mieszkańców) w danej lokalizacji, a także innych takich migracje mieszkańców.

Następnie, Izba ustaliła, że Zamawiający pkt 14 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia unormował w ten sposób, że szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań kształtuje się następująco:

udział poszczególnych frakcji:

„odpady zmieszane" – (…) %

„metale i tworzywa sztuczne" – (…)%

„papier" – (…)%

„szkło"- (…) %

„bio" – ex 20 01 08 (…)%

„bio" – 20 01 08 – (…) %

Zamawiający zastrzega, że procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania, wskazany powyżej, stanowi jedynie dane szacunkowe i nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy.

Dodatkowo w postępowaniu na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 502 500 Mg" przewidziany został również procentowy udział dla odpadów wielogabarytowych i odpadów zielonych.

W tym przypadku Odwołujący również dokonał modyfikacji żądania, a w konsekwencji również zarzutu, którego natura została wyżej omówiona, bowiem w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. oświadczył, że modyfikuje żądanie (zdaniem Izby jest to również zmiana zarzutu) określone w pkt IV ppkt 1 lit.c) odwołania między innymi domagając się, aby Zamawiający zmienił SIWZ w pkt 14 postanawiając, że szacunkowy procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań może odbiegać +/-10% w stosunku do wartości podanych dla każdej frakcji w tym punkcie i będzie weryfikowany w okresach kwartalnych przez cały okres realizacji umowy.(…).

Powyższe również świadczy o tym, że sformułowany przez Odwołującego zarzut odwołania w tym zakresie został przez niego rozszerzony dopiero na etapie prowadzonego już postępowania odwoławczego.

W tym miejscu wymaga wskazania, że stosownie do art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że informacja o danych szacunkowych i braku możliwości dochodzenia roszczeń w przypadku zmiany struktury ilości odpadów w poszczególnych frakcjach nie jest niejednoznaczna i stanowi jedną z wielu okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, że wartości przyjęte przez Zamawiającego w 2018 r., były prognozą na rok 2019 i nie miały odniesienia do rzeczywistych udziałów odpadów w strumieniu. Wymaga wskazania, że w tej sytuacji Zamawiający był pozbawiony możliwości posłużenia się danymi historycznymi z uwagi na zmianę od 1 stycznia 2019 r. systemu odbioru odpadów. Wobec tego Zamawiający opracował powyższe informacje między innymi na podstawie Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2022 z wykorzystaniem podziału na określone frakcje.

Z tego powodu Izba uznała dowody Odwołującego (zestaw nr 1 i nr 2) oraz tabela nr 1 za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że w pkt 17 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby Wykonawca przyjmował „odpady zmieszane" bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Zamawiający dopuścił w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuścił możliwość korzystania ze stacji przeładunkowej/stacji przeładunkowych. Wymogu realizacji zamówienia przy użyciu instalacji komunalnej nie stosuje się dla instalacji znajdujących się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. W sytuacji, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca zobowiązany jest do posiadania stacji przeładunkowej zlokalizowanej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Koszt transportu odpadów ze stacji przeładunkowej do instalacji będzie pokrywany przez Wykonawcę. Lokalizacja stacji nie może ulec zmianie w trakcie obowiązywania umowy. Ilości i rodzaje odpadów, które będą dostarczane do poszczególnych instalacji i/lub stacji przeładunkowych zostaną uzgodnione w trybie roboczym przez koordynatorów realizacji umowy. W przypadku gdy stacja przeładunkowa dla danego rodzaju odpadów zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż instalacja do przetwarzania odpadów tego rodzaju, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do

stacji przeładunkowej Numer Postępowania: (…) (odległość liczona będzie od granic dzielnic (…) po najkrótszej drodze w linii prostej). W przypadku gdy instalacja do przetwarzania odpadów danego rodzaju zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż stacja przeładunkowa dla tego rodzaju odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do tej instalacji (odległość liczona będzie od granic dzielnic (…) po najkrótszej drodze w linii prostej).

Zdaniem Izby – będąca przedmiotem sporu pomiędzy stronami definicja odległości liczonej od granicy dzielnicy do instalacji została przez Zamawiającego opisana w sposób jednoznaczny – będzie ona liczona po najkrótszej drodze w linii prostej.

Dodatkowo, wymaga wskazania, że Zamawiający w zaskarżonym postanowieniu wymagał od wykonawców jedynie zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do stacji przeładunkowej, bez użycia sformułowania będzie zobowiązany do przyjęcia odpadów bez ograniczeń.

Należy również zwrócić uwagę, że w § 2 ust.31 zd.1 umowy Zamawiający przewidział, że Koordynatorzy, o których mowa w ust. 29 i 30 zostają powołani celem ustalenia wszelkich szczegółów związanych z realizacją umowy.

Analiza tych postanowień SIWZ doprowadziła Izbę do wniosku, że kwestie te będą regulowane szczegółowo pomiędzy tymi osobami z ramienia Wykonawcy, jak i Zamawiającego podczas realizacji przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do kolejnego zaskarżonego pkt 20 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział, że w przypadku wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów, Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia zagospodarowania odpadów w innej instalacji na własny koszt. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest w trybie natychmiastowym do poinformowania Zamawiającego o zaistniałej sytuacji, złożenia wyczerpujących wyjaśnień, złożenia zaktualizowanego oświadczenia o miejscu zagospodarowania odpadów, oświadczenia o tym, że nowa instalacja spełnia wymagania prawa umożliwiające przyjmowanie przez nią odpadów do zagospodarowania oraz przedłożenia nie później niż w terminie do 2 dni roboczych od powiadomienia kompletnych dokumentów potwierdzających uprawnienie nowej instalacji do zagospodarowania odpadów zgodnie z wymaganiami prawa. Odpady będą dostarczane do pierwotnie wskazanej lokalizacji (instalacji lub stacji przeładunkowej) przez okres 30 dni od dnia akceptacji nowej instalacji. Wskazany okres może ulec zmianie, o czym Zamawiający poinformuje Wykonawcę pisemnie. Przekazanie odpadów do nowej instalacji nie może powodować zwiększenia kosztów dla Zamawiającego oraz musi być realizowane z udziałem instalacji działających na podstawie odpowiednich i aktualnych zezwoleń. Zamawiający w terminie do 2 dni roboczych od otrzymania kompletnych dokumentów dokona ich weryfikacji i poinformuje Wykonawcę o akceptacji lub braku akceptacji dla danej instalacji. W przypadku otrzymania niekompletnych dokumentów Zamawiający wezwie Wykonawcę do przedłożenia kompletu dokumentów. Odpady przekazane do instalacji, która nie została zaakceptowana przez Zamawiającego, uznaje się za zagospodarowane niezgodnie z umową i nie przysługuje za nie wynagrodzenie.

W tym przypadku Odwołujący również dokonał modyfikacji (zdaniem Izby rozszerzenia zarzutu) w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. w ten sposób, aby Zamawiający wprowadził zapis, że w przypadku wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów, odpady będą dostarczane do stacji przeładunkowej lub innej instalacji wskazanej przez wykonawcę w ofercie przez okres 30 dni od dnia akceptacji nowej instalacji. W przypadku, gdy wykonawca nie podał innej instalacji w ofercie, odpady będą trafiały do stacji przeładunkowej.

Wobec tego Izba nie mogła uwzględnić nowego, proponowanego przez Odwołującego brzmienia SIWZ. Nadto, nie mogło ujść uwadze Izby, że analogiczne uregulowanie zostało zawarte w treści § 2 ust.8 w części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy), co powoduje, że nie ma możliwości nakazania wnioskowanej treści postanowienia umownego i związanego z nim opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego integralną część umowy na zasadzie przepisu art.554 ust. 6 ustawy Pzp.

Ostatecznie Izba przyjęła, że określenie pierwotnie wskazana lokalizacja oznacza instalację lub stację przeładunkową wskazaną w ofercie, które to pojęcie jest dostatecznie precyzyjne.

Podobnie za nieznajdujący uzasadnienia Izba potraktowała zarzut Odwołującego zmierzający do wykreślenia wymogu z pkt 22 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, aby kwit wagowy zawierał każdorazowo czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby odbierającej odpady.

W tym przypadku również odpowiednie uregulowanie znajduje się w § 2 ust. 10 w części V SIWZ – istotne

postanowienia umowy (wzór umowy), zgodnie z którym, Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo potwierdzić przyjęcie odpadów kwitem wagowym z legalizowanej wagi Wykonawcy znajdującej się na terenie instalacji do przetwarzania odpadów lub stacji przeładunkowej. Kwit wagowy powinien zawierać między innymi datę, godzinę wjazdu i wyjazdu pojazdu, nr rejestracyjny pojazdu, rodzaj dostarczonych odpadów, nazwę podmiotu dostarczającego odpady objęte przedmiotem zamówienia, wagę brutto, wagę tarę, wagę netto tj. ilość dostarczonych odpadów, nr kwitu wagowego, nr zadania, czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby przekazującej odpady itp.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że żądanie Zamawiającego złożenia czytelnego podpisu osoby przyjmującej odpady i czytelnego podpisu osoby przekazującej odpady nie jest wymaganiem nadmiernym i mieści się ono w uzasadnionym interesie Zamawiającego, który to podmiot jest kontrolowany przez Miasto st. Warszawa w zakresie zagospodarowania odpadów.

Izba również stwierdziła, że Odwołujący w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. złożył oświadczenie, że w związku z faktycznym uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu podniesionego w pkt III ppkt 1 lit. g) odwołania wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Wobec powyższego, Izba uznała, że pomiędzy stronami nie występuje już przedmiot sporu, a okoliczności związane z tym zarzutem należało potraktować jako bezprzedmiotowe i nie mające wpływu na rozstrzygnięcie sprawy.

Odnośnie pkt.28 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia zawierającego deklarację Zamawiającego w zakresie minimalnej ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania [Mg], które będą dostarczane przy realizacji zamówienia, Izba uznała to postanowienie za pomocnicze przy szacowaniu kosztów oferty przez wykonawców.

W ocenie Izby – postanowienie to nie powinno być interpretowane, jako tworzące prawo Odwołującego do kary umownej czy dodatkowego wynagrodzenia umownego.

Przechodząc do kolejnego zaskarżonego pkt 35 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia należy wskazać, że Zamawiający sprecyzował, że integralną część sprawozdań kwartalnych stanowią:

1) karty ewidencji odpadów komunalnych (KEOK) przekazane na nośniku danych w formie elektronicznej w formacie „pdf" dla odpadów przyjętych przez stację przeładunkową lub instalację; z zastrzeżeniem, że informacje zawarte w KEOK nie mogą być zanonimizowane. Nazwa pliku „pdf" powinna odpowiadać numerowi KEOK nadanemu przez system BDO;

2) potwierdzone za zgodność z oryginałem dokumenty transgranicznego przesyłania/przemieszczania odpadów do instalacji poza granice terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z zastrzeżeniem, że informacje zawarte w tych dokumentach nie mogą być zanonimizowane;

3) potwierdzone za zgodność z oryginałem oświadczenie podmiotu eksploatującego instalację o wytworzonych odpadach z odpadów przyjętych do przetworzenia, przekazanych do przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz przekazanych do składowania albo do termicznego przekształcania. Oświadczenie powinno zawierać: kod i rodzaj odpadów wytworzonych, masę wytworzonych odpadów (Mg), ostateczny proces zagospodarowania odpadów, tj. proces odzysku i unieszkodliwiania, o których mowa w załącznikach nr 1 i 2 do ustawy o odpadach, oraz nazwę instalacji, do której przekazano wytworzone odpady.

UWAGA: w przypadku gdy odpady wytworzone przez Wykonawcę, są przez niego przekazane do dalszego zagospodarowania w procesie R12 lub przekazane podmiotowi prowadzącemu zbieranie, wówczas Wykonawca obowiązany jest do przedłożenia potwierdzonych za zgodność z oryginałem oświadczeń podmiotów posiadających uprawnienia w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów lub oświadczeń własnych w imieniu podmiotów posiadających uprawnienia w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów o przekazaniu odpadów do ostatecznego procesu zagospodarowania. Przez ostateczny proces zagospodarowania odpadów należy rozumieć proces odzysku (R) i unieszkodliwiania (D), o których mowa w załącznikach nr 1 i 2 do ustawy o odpadach, z wyjątkiem procesów R12, R13, D14 i D15.

Analogiczne postanowienia znalazły się w § 2 ust.19 części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy).

Wobec powyższego, w świetle przepisu art. 554 ust. 6 nowej ustawy Pzp za niedopuszczalne można byłoby uznać nadanie powyższym postanowieniom SIWZ zmodyfikowanego brzmienia poprzez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany przedstawić Zamawiającemu sprawozdanie kwartalne obejmujące informacje określone w art. 9oa ust. 1 i ust.2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania zgłoszonego przez Odwołującego na zasadzie przepisu art. 353^1

oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 starej ustawy Pzp, art. 14 ust.1 starej ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 starej ustawy Pzp, Izba uznała go za nieuzasadniony.

Zgodnie z przepisem art. 353^1 kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Natomiast przepis art. 487 §2 Kodeksu cywilnego stanowi, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Izba dokonując analizy tego zarzutu i związanych z nim zgłoszonych przez Odwołującego okoliczności faktycznych opisanych zarówno w samym odwołaniu, jak i w SIWZ, doszła do przekonania, że zasada swobody umów działa erga omnes, co oznacza, że do zawarcia umowy konieczne jest oświadczenie woli dwóch stron stosunku prawnego.

Zasada ta doznaje jedynie ograniczenia w razie stwierdzenia, że umowa pozostaje w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku, ustawą czy zasadami współżycia społecznego.

W ocenie Izby – Odwołujący nie wykazał, że wola Zamawiającego wyrażona na grunciecześci V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy) narusza właściwość (naturę) stosunku, ustawę czy zasady współżycia społecznego.

To samo dotyczy stwierdzenia Odwołującego o braku wzajemności umownej, gdzie Odwołujący w odniesieniu do § 1 ust.4 oraz ust.5 nie wykazał, że sporne świadczenie (prawo do kontroli wykonania zamówienia) ma charakter symetryczny, to znaczy, że podobnej kontroli musi być poddany Zamawiający z racji ciążącego na Odwołującym obowiązku wobec osoby trzeciej poddania kontroli Zamawiającego.

Przede wszystkim należy zauważyć, że powyższa instytucja kontroli ma to znaczenie, że Zamawiający jest związany z treścią 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 na podstawie, której to uchwały powierzono mu powyższe zadanie własne Miasta.

Jednocześnie Zamawiający jest stroną umowy wykonawczej z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów zawartą z Miastem st. Warszawa, która w § 3 ust.2 pkt 9 przewiduje, że w ramach świadczenia Usług Publicznych MPO odpowiada również za kontrolowanie sposobu zagospodarowania Odpadów w instalacjach nieprowadzonych przez MPO, a wykorzystywanych do świadczenia Usług Publicznych – w tym zapewnienie zgodności tych instalacji z zasadami i regulacjami prawnymi zgodnie z wymogami określonymi w dokumentacji o zamówienie publiczne oraz postanowieniami ust.1 pkt 6.

Podobnego zobowiązania po stronie Odwołującego Izba nie dostrzegła, a wobec tego trudno doszukiwać się odpowiednika świadczenia, który mogły świadczyć o braku wzajemności umownej.

Ostatecznie – zdaniem Izby - nie potwierdził się również ten zarzut dotyczący pozostałych postanowień umownych.

Izba stanęła na stanowisku, że miarkowanie zarówno wysokości kary umownej, jak limitu odpowiedzialności kontraktowej z tego tytułu, a także wykreślenie określonej treści z wzoru umowy byłoby działaniem naruszającym przepis art.554 ust. 6 nowej ustawy Pzp, który zabrania nakazania wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

KIO 161/21,162/21

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowania przetargowego zostały wszczęte w dniu 31 grudnia 2021 r., zaś postępowania odwoławcze o powyższych sygnaturach zostały wszczęte wskutek wniesionych odwołań w dniu 11 stycznia 2021 r.

*W związku z tym wymaga wskazania, że stosownie do art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) d*o postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. *(tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.).*

*Natomiast w myśl przepisu art. 92 ust. 2 cytowanych wyżej przepisów intertemporalnych d*o postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, *wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021* r., *stosuje się przepisy ustawy*, *o której mowa w art. 1.* (tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.), zwanej dalej nową ustawą Pzp.

Odnosząc się do czterech pierwszych zarzutów odwołania zgłoszonych na zasadzie przepisu art. 29 ust.1 i art.29 ust.2 ustawy Pzp w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp Izba uznała je za bezzasadne.

Stosownie do przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jednocześnie ust. 2 powołanego wyżej przepisu stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów prawa, a także nie wykazał działania sprzecznego z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 Pzp.

Według Izby – Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń opisał w pkt 20 część I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców Kryteria oceny ofert, gdzie w pkt 20.1. postanowił, że przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami: cena oferty brutto z wagą – 100%.

Zamawiający postanowił, że ocena ofert dokonana zostanie w następujący sposób:

W zakresie kryterium „cena oferty brutto" zostaną przyznane punkty wg następującego wzoru: C = C min : C of x 100 x 100 % gdzie:

C- wartość punktowa kryterium ceny dla danego zadania

C min – najniższa cena spośród wszystkich ofert złożonych na dane zadanie

C of – cena podana w badanej ofercie dla danego zadania

W kolejnych postanowieniach również dokonał precyzyjnego opisu w kryterium oceny ofert:

20.2. Dla celów porównania ofert w zakresie kryterium oceny ofert „Cena oferty brutto" w ramach danego zadania brana będzie pod uwagę całkowita wartość brutto zamówienia dla danego zadania, z zastrzeżeniem, że:

20.2.1. jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

20.2.2. w przypadku złożenia oferty przez podmiot zagraniczny z państw trzecich, Zamawiający doliczy do ceny ofertowej Wykonawcy różnicę w kwocie należnego podatku VAT, obciążającego Zamawiającego z tytułu realizacji umowy oraz cło. Cena oferty brutto Waga – 100% Numer Postępowania: (…) SIWZ w postępowaniu na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej (…) Mg"

20.3. Jeżeli Zamawiający nie będzie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach danego zadania ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, Zamawiający wezwie Wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez Zamawiającego ofert dodatkowych.

20.4. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe w ramach danego zadania, nie mogą zaoferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach w ramach danego zadania.

20.5. Za najkorzystniejszą w ramach danego zadania zostanie uznana oferta z największą liczbą punktów.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast, stosownie do ust.2 powołanego wyżej przepisu kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Mając na uwadze, że Zamawiający nie jest spółką prawa handlowego i nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związkiem, a zatem mógł on zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert (vide: art.91 ust.2a ustawy Pzp).

Izba również dostrzegła, że zgodnie z art. 91 ust.3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Należy zauważyć, że cała argumentacji Odwołującego i przedstawione przez niego dowody zmierzały do wykazania okoliczności, że jego sytuacja ekonomiczna, techniczna i finansowa będzie go dyskwalifikować, w sytuacji zastosowania jedynego kryterium oceny ofert jakim jest cena.

Dla zniwelowania tego efektu Odwołujący zażądał zmiany w powyższym kryterium oceny ofert i wprowadzenia dodatkowego kryterium oceny ofert o nazwie „Odległość instalacji od miejsca wytworzenia odpadów" o wadze 40%, lub wprowadzenia współczynnika korygującego, lub wymogu korzystania przez wykonawców przy realizacji zamówienia ze stacji przeładunkowej zlokalizowanej na terenie województwa mazowieckiego.

W przekonaniu Izby – propozycje te pozostają w kolizji z cytowanym wyżej przepisem art.91 ust.3 ustawy Pzp, bowiem dotyczą one w istocie specyficznej sytuacji Odwołującego polegającej na tym, że ma on instalację własną w Warszawie na obszarze na którym świadczone są usługi odbioru odpadów. Ten stan rzeczy oznacza zatem, że wnioskowane przez Odwołującego kryterium oceny ofert odnosi się do jego właściwości, w szczególności do jego potencjału technicznego zlokalizowanego w pobliżu miejsca świadczenia usługi odbioru odpadów, a także jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W związku z tym, wszystkie dowody złożone w tym postępowaniu złożone przez Odwołującego na wykazanie następujących okoliczności:

1)wyższych kosztów wynagrodzenia na terenie województwa mazowieckiego co umożliwia konkurowanie ceną za zagospodarowanie odpadów, gdyż koszty składowe są wyższe (tabela 14 przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto z informacji statystycznej),

2)kosztów zagospodarowania odpadów na składowiskach na terenie województwa mazowieckiego oraz kosztów zagospodarowania w innych częściach (wyciąg z planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 – str.245-248),

3)kosztów zagospodarowania odpadów na składowiskach na terenie województwa mazowieckiego oraz kosztów zagospodarowania w innych częściach (wykaz załączników - instalacji na terenie województwa mazowieckiego, załączniki od 1a do 1 k),

4)kosztów zagospodarowania odpadów na składowiskach na terenie województwa mazowieckiego oraz kosztów zagospodarowania w innych częściach (wykaz załączników - instalacji na terenie województwa mazowieckiego, załączniki od 1a do 1 g),

należało uznać za nieprzydatne dla oceny naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust.1 i art.29 ust.2 ustawy Pzp w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Izba uznała również dowody Odwołującego nr 1 – 7 (wyciągi z SIWZ z innych postępowań, wyciąg z umowy tabele kosztowe nr 1 i 2, wykaz innych postępowań) złożone przy piśmie z dnia 24 lutego 2021 r., a także dowody złożone przy piśmie z dnia 6 marca 2021 r. (wyciągi z OPZ, SIWZ z innych postępowań, Wykaz instalacji komunalnych, porównanie łącznego kosztu odbioru i zagospodarowania odpadów, lista instalacji, Wykaz instalacji, wyciągi z ofert, lista postępowań, wniosek z dnia 25 listopada 2020 r. i zgoda Zamawiającego) za nie związane bezpośrednio ze sprawą, bowiem dotyczyły one innych postępowań i nie przesądzają one – według zapatrywania Izby, że okoliczności wynikające z tych kopii dokumentów wpłyną na sytuację cenową w tym postępowaniu, a wobec tego koniecznym jest takie ukształtowanie kryterium oceny ofert jak wnioskuje Odwołujący.

Należy również zauważyć, że przepis art.91 ust.3 ustawy Pzp wymienia jedynie przykładowe okoliczności związane z właściwościami wykonawców.

Dodatkowo, Odwołujący w swoim piśmie procesowym z dnia 19 lutego 2021 r. oświadczył, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustanowienia ceny jako jedynego kryterium oceny ofert o wadze 100% (vide: str.10) - , co w zasadzie potwierdza powyższe wnioskowanie Izby.

Dalej, zdaniem Izby – określona sytuacja biznesowa wykonawcy nie może gwarantować mu takiego

ukształtowania kryterium oceny ofert, które stawiałoby go w uprzywilejowanej pozycji wobec wykonawców posiadających swój potencjał techniczny w innych lokalizacjach oddalonych od miejsca świadczenia usługi odbioru odpadów.

Izba uznała również, że Odwołujący nie wykazał w ramach tego zamówienia okoliczności dopłaty do cen innych wykonawców określonej kwoty wynikającej z różnic kosztów transportu.

W związku z tym istotne jest, że inny podmiot prawny Miasto Stołeczne Warszawa ma uregulowaną już odrębną od przedmiotowego zamówienia umowę na usługę odbioru odpadów oraz transport do miejsc ich zagospodarowania, działającą od dnia 1 stycznia 2019 r., w której przewidziano rozliczenie kosztów transportu do stacji przeładunkowej lub instalacji podmiotu realizującego zagospodarowanie odpadów w ramach innej umowy.

W ocenie Izby – taka sytuacja prawna może wpłynąć na ceny ofert, jednak ma ona charakter obiektywny wynikający z okoliczności wykonywania umów na odbiór odpadów w Warszawie przez Miasto Stołeczne Warszawa, zaś umowy na zagospodarowanie tych odbieranych odpadów będą realizowane przez Zamawiającego, to jest inny podmiot prawny, a ocena tego stanu rzeczy będzie możliwa – w przekonaniu Izby - jedynie po złożeniu ofert przez wykonawców.

Jednakże – zdaniem Izby – Odwołujący nie przedstawił żadnego twardego dowodu, który potwierdzałby, że nie będzie w stanie złożyć oferty, a także tego, że inni oferenci uniemożliwią mu złożenie ważnej oferty w warunkach ograniczających konkurencję.

Poza tym Izba stanęła na stanowisku, że nie jest rolą wykonawcy dokonywanie analizy kosztowej i oceny zasadności określonych wydatków innego podmiotu (Miasta Stołecznego Warszawy) nie będącego uczestnikiem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy powołanie się przez Odwołującego na przepis art.44 ustawy o finansach publicznych nie jest właściwe.

Nie jest również adekwatne opacie się Odwołującego o motyw 2 i 90 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE z następujących powodów.

Wymaga wskazania, że motyw 2 Dyrektywy dotyczy implementacji przepisów Dyrektywy do prawa krajowego w taki sposób, aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, jednak w szczególności w odniesieniu do małych i średnich przedsiębiorców.

Natomiast motyw 90 Dyrektywy odnosi się między innymi do osiągnięcia celu, aby ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny, co zawsze powinno obejmować element cenowy lub kosztowy.

Motywy te dotyczą zatem tych podmiotów, które mają mniej znaczącą sytuację na rynku, a także tego, by unikać sytuacji takiego opisu kryterium oceny ofert, na podstawie którego zostałby wybrany wykonawca, który wprawdzie złożył najkorzystniejszą ofert, jednak jakość świadczenia nie byłaby odpowiednia i wystarczająca.

W rozpoznawanej sprawie sprawa jakości świadczenia w ogóle nie była podnoszona przez Odwołującego.

Idąc dalej, za bezzasadne Izba potraktowała wszelkie argumenty Odwołującego przywołujące określone dane historyczne. Według zapatrywania Izby – nowa formuła SIWZ ma na celu najpełniejsze zaspokojenie potrzeb Zamawiającego poprzez dopuszczenie do udziału w rynku, również podmiotów posiadających instalacje i stacje przeładunkowe poza województwem mazowieckim.

Zebrany w sprawie materiał dokumentacyjny wskazuje, że takie podmioty poprzednio nie były uczestnikami rynku zagospodarowania odpadów, z uwagi właśnie na znaczne koszty transportu odpadów.

W związku z tym, Izba wzięła również pod uwagę raport UOKIK „Badanie rynku usług związanych z zagospodarowaniem odpadów komunalnych w latach 2014-2019”, z którego wynikało, że istniała ograniczona ilość instalacji w dawnym regionie warszawskim, co powodowało zamknięcie rynku, instalacje te nie musiały zabiegać o klienta i np. konkurować ceną. Jednocześnie nie ukształtowały się warunki pozwalające na długotrwałą stabilizację cen, co umożliwiło uzyskiwanie przez instalacje ponadprzeciętnych zysków, którym towarzyszył nadzwyczajny wzrost wydatków po stronie gmin woj. Mazowieckiego i w efekcie opłat płaconych przez mieszkańców Mazowsza do poziomów wyróżniających się w skali całego kraju (patrz str.38 raportu).

Za mało przekonywujące Izba uznała argumenty Odwołującego odnoszące się do kryterium związanego z ochroną środowiska, wobec okoliczności, że on sam wykonuje transporty odpadów na długie odległości.

Nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty odwołania pkt 5 i 6.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że przepis art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej nową ustawa Pzp stanowi, że

odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Natomiast art. 1 nowej ustawy Pzp przyjmuje, że ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej „zamówieniami", oraz konkursy, w tym określa:

1) podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy;

2) zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy;

3) zasady udzielania zamówień;

4) etapy przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia;

5) tryby udzielania zamówień oraz szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień;

6) wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych;

7) organy właściwe w sprawach zamówień;

8) środki ochrony prawnej;

9) pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego;

10) kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.

Izba w przypadku postanowień SIWZ może orzekać jedynie o niezgodności przepisów ustawy Pzp, a nie innych przepisów materialnych określonych w innych ustawach.

Dodatkowo, Izba nie ma podstawy do badania i oceny SIWZ w zakresie do ustawy ochronie konkurencji i konsumenta i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec tego ocena zgodności treści SIWZ z ustawą o ochronie konkurencji i konsumenta i z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozostaje we właściwości UOKIK.

Powołany przy okazji przez Odwołującego przepis art.58 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy nie ma w ogóle zastosowania w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Izby – przepis art. 513 nowej ustawy w związku z art.1 nowej ustawy Pzp stanowi lex specialis wobec art.58 § 1 kodeksu cywilnego, bowiem adresatem tego pierwszego jest Krajowa Izba Odwoławcza. Natomiast, treść przepisu art.58 § 1 kodeksu cywilnego stanowiącego klauzulę salwatoryjną, która może się zmaterializować dopiero w postępowaniu sądowym o ustalenie w trybie przepisu art.189 kodeksu postępowania cywilnego.

Mając powyższe na uwadze należało przyjąć, że zarzuty opisane w pkt 5 i 6 odwołania są chybione.

KIO 165/21,168/21

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowania przetargowe zostały wszczęte w dniu 31 grudnia 2021 r., zaś postępowania odwoławcze o powyższych sygnaturach zostały wszczęte wskutek wniesionych odwołań w dniu 11 stycznia 2021 r.

*W związku z tym wymaga wskazania, że stosownie do art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) d*o postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. *(tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.).*

*Natomiast w myśl przepisu art. 92 ust. 2 cytowanych wyżej przepisów intertemporalnych d*o postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, *wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021* r., *stosuje się przepisy ustawy*, *o której mowa w art. 1.* (tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.), zwanej dalej nową ustawą Pzp.

W zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu jako pkt II lit. a Izba ustaliła, że w Wykazie oświadczeń lub

dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, ten w pkt 7.3.2.1. części I SIWZ - instrukcja dla wykonawców wymagał on złożenia na wezwanie oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów (stanowiące Załącznik nr 2 do SIWZ) wraz z dołączonymi do niego aktualnymi decyzjami na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia dla instalacji Wykonawcy i/lub na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia dla instalacji podwykonawcy lub podwykonawców oraz w przypadku posiadania i prowadzenia stacji przeładunkowej decyzji Wykonawcy i/lub podwykonawcy/podwykonawców na zbieranie odpadów.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt 7.3.2.1.1. części I SIWZ - instrukcja dla wykonawców postanowił, że w przypadku posiadania i prowadzenia przez Wykonawcę stacji przeładunkowej Zamawiający wymaga, aby Wykonawca załączył do oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów, aktualną decyzję na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj.:

a) zezwolenie na zbieranie odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zmianami) lub

b) pozwolenie zintegrowane/pozwolenie wydane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo Ochrony Środowiska (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1219 ze zmianami) uwzględniające warunki zezwolenia na zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia.

Ten samym wymóg dotyczył również sytuacji wykorzystywania przez wykonawcę instalacji własnej przy czym aktualna decyzja miała dotyczyć zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

Odwołujący w swojej argumentacji przede wszystkim podniósł, że powyższe wymogi mają charakter precedensowy, dotychczas takich wymagań nie było, nie są on niezbędne do zapewnienia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia i nie są one proporcjonalne.

Należy wskazać, że Odwołujący oparł swój zarzut o przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,

2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W ocenie Izby – cyt. wyżej wymaganie Zamawiającego wynika z treści art.41 ust.1 ustawy o odpadach, zgodnie z którym prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia.

Z tego powodu należało przyjąć, że wymóg jest adekwatny i związany z przedmiotem zamówienia, dając Zamawiającemu informację czy wybrany podmiot będzie w stanie realizować przedmiot zamówienia stosownie do wymogu posiadania odpowiedniego zezwolenia.

Faktu tego nie mogą zmienić okoliczności, że we wcześniejszych przetargach podobnego wymagania nie było.

Podobnie na niezasługujące na uwzględnienie Izba uznała pretensje Odwołującego odnoszące się do pkt 7.3.2.1.1-7.3.2.1.4. z tych samych przyczyn.

Izba ustaliła również, że w 7.3.2.1.5. części I SIWZ - instrukcja dla wykonawców Zamawiający postanowił, że w przypadku gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów o kodzie 15 01 01; 15 01 06 i 15 01 07 (własne lub podwykonawców) będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca ma obowiązek przedłożyć następujące dokumenty w języku polskim:

− uprawnienia podmiotu prowadzącego instalację do przetwarzania odpadów potwierdzające możliwość przetwarzania odpadu, dla którego w oświadczeniu wskazano tą instalację, zgodnie z przepisami kraju, w którym instalacja jest prowadzona, oraz

− pisemną umowę pomiędzy podmiotem, który organizuje przemieszczanie (wysyłający) a odbiorcą odpadów, o której mowa w załączniku nr VII do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1013/2006 w sprawie przemieszczania odpadów.

Dalej, Zamawiający uregulował, że w przypadku gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania pozostałych odpadów objętych przedmiotem zamówienia (własne lub podwykonawców) będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej Zamawiający informuje, że termin rozpoczęcia realizacji

będzie możliwy nie wcześniej niż po otrzymaniu ostatecznej decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zezwalającej na wywóz odpadów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (o ile jest wymagana).

Również w tym przypadku, Izba doszła do przekonania, że powyższe wymaganie jest niezbędne i wymusza na wykonawcy dokładne przygotowanie dokumentacji umożliwiającej otrzymanie stosownej decyzji GIOŚ, co dopiero umożliwia przemieszczenie odpadów do zagospodarowania poza granicami RP. Powyższa argumentacja dotyczy również zaskarżonego przez Odwołującego wymogu z pkt 2 Część II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający między innymi postanowił, że w przypadku, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, termin rozpoczęcia realizacji umowy będzie możliwy: - nie wcześniej niż po otrzymaniu ostatecznej decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zezwalającej na wywóz odpadów poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej (o ile jest wymagana), jednak nie później niż w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy; lub - po przeprowadzeniu skutecznie procedury informowania na podstawie art. 18 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1013/2006 w sprawie przemieszczania odpadów, jednak nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Terminy, o których mowa w zdaniu poprzedzającym mogą ulec wydłużeniu jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy na skutek okoliczności nieleżących po stronie Wykonawcy nie jest możliwe ich dotrzymanie. Decyzja w tym zakresie należy wyłącznie do Zamawiającego, a Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu.

Dodatkowo, nie uszło uwadze Izby, że mocą ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw ustawodawca w art. 29a ust.1 postanowił, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4.

Z powyższego brzmienia ustawy należy wnioskować, że w chwili obecnej wykonawcy mają prawo wyboru instalacji komunalnej na terenie całego kraju i nie są ograniczeni regionalnie, które to wcześniejsze rozwiązanie prawne preferowało nieliczne RIPOK.

W części dotyczącej zarzutu II lit. b (pkt 18.1. SIWZ) - wyznaczenia zbyt krótkiego terminu złożenia ofert uniemożliwiającego wykonawcy prawidłowe jej przygotowanie, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny, bowiem wskutek prowadzonego postępowania odwoławczego zyskał on dodatkowe 60 dni.

Kolejny zarzut II lit. c (pkt 20.1. SIWZ) był skierowany przeciwko opisanemu przez Zamawiającego kryterium oceny ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający opisał w pkt 20 część I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców kryteria oceny ofert, gdzie w pkt 20.1. postanowił, że przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami: cena oferty brutto z wagą – 100%.

Zamawiający postanowił, że ocena ofert dokonana zostanie w następujący sposób: W zakresie kryterium „cena oferty brutto" zostaną przyznane punkty wg następującego wzoru: C = C min : C of x 100 x 100 % gdzie:

C- wartość punktowa kryterium ceny dla danego zadania

C min – najniższa cena spośród wszystkich ofert złożonych na dane zadanie

C of – cena podana w badanej ofercie dla danego zadania

W kolejnych postanowieniach Zamawiający również dokonał precyzyjnego opisu w kryterium oceny ofert:

20.2. Dla celów porównania ofert w zakresie kryterium oceny ofert „Cena oferty brutto" w ramach danego zadania brana będzie pod uwagę całkowita wartość brutto zamówienia dla danego zadania, z zastrzeżeniem, że:

20.2.1. jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

20.2.2. w przypadku złożenia oferty przez podmiot zagraniczny z państw trzecich, Zamawiający doliczy do ceny ofertowej Wykonawcy różnicę w kwocie należnego podatku VAT, obciążającego Zamawiającego z tytułu realizacji umowy oraz cło. Cena oferty brutto Waga – 100% Numer Postępowania: DZA.ZOZ.27.66.2020.LK 29/86 SIWZ w postępowani na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej

ilości maksymalnej 86 000 Mg”

20.3. Jeżeli Zamawiający nie będzie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach danego zadania ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, Zamawiający wezwie Wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez Zamawiającego ofert dodatkowych.

20.4. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe w ramach danego zadania, nie mogą zaoferować cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w złożonych ofertach w ramach danego zadania.

20.5. Za najkorzystniejszą w ramach danego zadania zostanie uznana oferta z największą liczbą punktów.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast, stosownie do ust.2 powołanego wyżej przepisu kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Mając na uwadze, że Zamawiający nie jest spółką prawa handlowego i nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związkiem, a zatem mógł on zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert (vide: art.91 ust.2a ustawy Pzp).

Izba również dostrzegła, że zgodnie z art. 91 ust.3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Komentując dalszą argumentację Odwołującego, Izba zwróciła uwagę, że zasada bliskości, o której mowa w art.20 ust.1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach *przewiduje, że* odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania.

Jednocześnie w myśl ust. 2 cyt. wyżej przepisu ustawy odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone.

W myśl ust.3 powołanego wyżej przepisu zakazuje się:

1) stosowania komunalnych osadów ściekowych,

2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych

- poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone.

Nadto w ust. 4 omawianego przepisu ustawodawca unormował, że zakazuje się przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3.

Z zestawienia powyższych przepisów wynika, że zakaz przywozu odpadów wytworzonych poza obszar województwa dotyczy jedynie komunalnych osadów ściekowych oraz zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych.

Natomiast przepis art.20 ust.1 i 2 ma charakter jedynie postulatywny i instrukcyjny, a zatem postulat Odwołującego wprowadzenia dodatkowego kryterium premiującego podmioty mające instalację w Warszawie lub w okolicach nie znajduje uzasadnienia.

Jeżeli chodzi, o zarzuty opisane przez Odwołującego w pkt II lit. d, e, f skierowane przeciwko opisowi przedmiotu zamówienia Izba uznała je za nieuzasadnione z przyczyn opisanych poniżej.

Odnosząc się do propozycji Odwołującego dotyczących pkt 4 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, Izba uznała, że podział zamówienia na części związane z zastosowaniem kryterium geograficznego jest dogodny dla Odwołującego, jednak nie uwzględnia on uwarunkowań podmiotów mających mniejszy potencjał, którzy mogą być

zainteresowani realizacją zamówień w postaci zagospodarowania odpadów w mniejszej ilości - do maksymalnej planowanej ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania [Mg] opisanej w SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5 część II SIWZ postanowił, że Wykonawca jest zobowiązany do przetworzenia odpadów komunalnych w terminie realizacji zamówienia określonym w pkt. 2. 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, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy. Za odpady przetworzone po terminie wskazanym w zdaniu poprzedzającym Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy) w § 2 ust. 3 opisującym termin i warunki realizacji umowy ustanowił analogiczną jak wyżej regulację, że Wykonawca jest zobowiązany do przetworzenia opadów komunalnych w terminie realizacji zamówienia określonym w ust. 2. 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 ust. 2, co pozostanie bez wpływu na cenę jednostkową określoną w formularzu ofertowym, zawartym w załączniku nr 2 do Umowy. Za odpady przetworzone po tym terminie Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie ma racji z tego powodu, że rozliczenie zagospodarowania odpadów będących przedmiotem umowy musi być dokonane w okresie obowiązywania umowy. Tym samym nie ma możliwości otrzymania zapłaty za odpady jedynie zmagazynowane.

Zaproponowane przez Odwołującego przedłużenie okresu magazynowania odpadów jest niczym innym jak korzystną dla niego jednostronnie propozycją kontraktową, której bezzasadność potwierdzona została przy analogicznym zarzucie sformułowanym przez Remondis, który zaproponował wydłużenie terminu umownego jedynie do 60 dni, rezygnując z wcześniej zgłoszonego terminu 1 roku.

Poza tym, Odwołujący pominął zupełnie okoliczność zmiany ustawy Pzp, gdzie ustawodawca w art.554 ust. 6 nowej ustawy Pzp zadecydował bezwzględnie, że Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Jeżeli zatem, postanowienie opisujące przedmiot zamówienia mieści się w treści umowy, to działanie przepisu art.554 ust.6 nowej ustawy Pzp obejmuje również postanowienia części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia.

Dalej, Izba ustaliła, że w pkt 6 część II SIWZ Zamawiający przyjął, że odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców.

W tym przypadku Odwołujący jednak nie podał jakiegokolwiek zapisu, który mógłby stanowić materiał do rozważania.

Wydaje się, że w powyższym zakresie wystarczającym wyjaśnieniem do zastosowania spornego postanowienia była udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 7 z wyjaśnień do SIWZ z dnia 7 stycznia 2021 r., gdzie ten oświadczył, że będzie przekazywał odpady proporcjonalnie i równocześnie do wszystkich wykonawców, z którymi zostaną zawarte umowy.

Odwołujący nie wykazał, że na etapie przygotowania umowy możliwe jest określenie limitów dobowych minimalnych i maksymalnych ilości przekazywanych do zagospodarowania odpadów, skoro ilości te są uzależnione od ich wytwórców (mieszkańców) w danej lokalizacji.

Jednocześnie Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający posiada informacje o dziennych minimalnych i maksymalnych ilościach odpadów dla danych dzielnic.

Następnie, Izba ustaliła, że Zamawiający pkt 14 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia unormował w ten sposób, że szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia w każdym z zadań kształtuje się następująco:

udział poszczególnych frakcji:

„odpady zmieszane” – (…) %

„metale i tworzywa sztuczne” – (…)%

„papier” – (…)%

„szkło”- (…) %

„bio” – ex 20 01 08 (…)%

„bio” – 20 01 08 – (…) %

Zamawiający zastrzega, że procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania, wskazany powyżej, stanowi jedynie dane szacunkowe i nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy.

Dodatkowo w postępowaniu na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 502 500 Mg" przewidziany został również procentowy udział dla odpadów wielogabarytowych i odpadów zielonych.

W tym przypadku Izba uznała, że informacja o danych szacunkowych i braku możliwości dochodzenia roszczeń w przypadku zmiany struktury ilości odpadów w poszczególnych frakcjach nie jest niejednoznaczna i stanowi jedną z wielu okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby – Odwołujący jako podmiot profesjonalny na podstawie przedstawionych przez Zamawiającego danych szacunkowych co do ilości minimalnych i maksymalnych strumienia odpadów, a także udziału procentowego poszczególnych frakcji odpadów w danej części zamówienia będzie w stanie skalkulować koszty oferty.

Dalej, Izba ustaliła, że w pkt 15 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie „odpadów zmieszanych" przy użyciu instalacji komunalnej, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt. 1 ustawy o odpadach i/lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach, prowadzonej przez Wykonawcę. Wymogu realizacji zamówienia przy użyciu instalacji komunalnej nie stosuje się dla instalacji znajdujących się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że w pkt 17 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby Wykonawca przyjmował „odpady zmieszane" bezpośrednio do instalacji komunalnych i/lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Zamawiający dopuścił w tym zakresie możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej spełniającej wymagania określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) ustawy o odpadach. W zakresie pozostałych odpadów Zamawiający również dopuścił możliwość korzystania ze stacji przeładunkowej/stacji przeładunkowych. Wymogu realizacji zamówienia przy użyciu instalacji komunalnej nie stosuje się dla instalacji znajdujących się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. W sytuacji, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca zobowiązany jest do posiadania stacji przeładunkowej zlokalizowanej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Koszt transportu odpadów ze stacji przeładunkowej do instalacji będzie pokrywany przez Wykonawcę. Lokalizacja stacji nie może ulec zmianie w trakcie obowiązywania umowy. Ilości i rodzaje odpadów, które będą dostarczane do poszczególnych instalacji i/lub stacji przeładunkowych zostaną uzgodnione w trybie roboczym przez koordynatorów realizacji umowy. W przypadku gdy stacja przeładunkowa dla danego rodzaju odpadów zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż instalacja do przetwarzania odpadów tego rodzaju, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do stacji przeładunkowej Numer Postępowania: (…) (odległość liczona będzie od granic dzielnic (…) po najkrótszej drodze w linii prostej). W przypadku gdy instalacja do przetwarzania odpadów danego rodzaju zlokalizowana będzie w mniejszej odległości niż stacja przeładunkowa dla tego rodzaju odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia możliwości przyjęcia odpadów do tej instalacji (odległość liczona będzie od granic dzielnic (…) po najkrótszej drodze w linii prostej).

W ocenie Izby – zarówno odstąpienie przez Zamawiającego od obowiązku posiadania instalacji, jak i ustanowienie obowiązku posiadania stacji przeładunkowej na terenie RP przy przemieszczaniu odpadów jest uzasadnione i nie pozostaje w kolizji z art.29 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp.

Odnośnie pkt 18, pkt 19 lit a ppkt 1, pkt 19 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia Izba uznała uzasadnienie w tym zakresie za zbyt lakoniczne, aby mogło być uznane za przekonywujące i wystarczające do uwzględnienia jego treści.

Podobnie Izba za nieznajdujący uzasadnienia Izba potraktowała zarzut Odwołującego zmierzający do wykreślenia wymogu z pkt 22 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, aby kwit wagowy zawierał każdorazowo czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby odbierającej odpady.

W tym przypadku również odpowiednie uregulowanie znajduje się w § 2 ust. 10 w części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy), zgodnie z którym, Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo potwierdzić przyjęcie odpadów kwitem wagowym z legalizowanej wagi Wykonawcy znajdującej się na terenie instalacji do

przetwarzania odpadów lub stacji przeładunkowej. Kwit wagowy powinien zawierać między innymi datę, godzinę wjazdu i wyjazdu pojazdu, nr rejestracyjny pojazdu, rodzaj dostarczonych odpadów, nazwę podmiotu dostarczającego odpady objęte przedmiotem zamówienia, wagę brutto, wagę tarę, wagę netto tj. ilość dostarczonych odpadów, nr kwitu wagowego, nr zadania, czytelny podpis osoby przyjmującej odpady i czytelny podpis osoby przekazującej odpady itp.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że żądanie Zamawiającego złożenia czytelnego podpisu osoby przyjmującej odpady i czytelnego podpisu osoby przekazującej odpady nie jest wymaganiem nadmiernym i mieści się ono w uzasadnionym interesie Zamawiającego, który jest kontrolowany przez Miasto st. Warszawa w zakresie zagospodarowania odpadów.

Izba również stwierdziła, że Odwołujący w piśmie z dnia 24 lutego 2021 r. złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego punktu 24 OPZ – na skutek uwzględnienia odwołania, czego przejawem była zmiana dokonana przez Zamawiającego w dniu 18 lutego 2021 r.

Skład Orzekający dostrzegł, że doszło do powyższej modyfikacji SIWZ w spornym zakresie w powyższej dacie, jednak Zamawiający nie złożył oświadczenia w postępowaniu odwoławczym o uwzględnieniu odwołania w tej mierze.

Niemniej jednak, wobec powyższego, Izba uznała, że pomiędzy stronami nie występuje już przedmiot sporu, a okoliczności związane z tym zarzutem należało potraktować jako bezprzedmiotowe i nie mające wpływu na rozstrzygnięcie sprawy.

W odniesieniu do pkt 30, 32 i 39 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia Izba zauważyła, że Odwołujący nie przedstawił żadnego szerszego uzasadnienia dla swojego stanowiska, co powoduje, że nie mogło ono zostać przyjęte do rozstrzygnięcia sprawy.

Za chybione Izba uznała argumenty Odwołującego dotyczące pkt 35 ppkt 1 części II SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, gdzie powołując się na ryzyko wynikające z wadliwego działania BDO pominął on treść § 6 ust.3 pkt 8) części V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy), gdzie Zamawiający może naliczyć kary umowne za niedotrzymanie terminów składania sprawozdań, o których mowa w § 2 ust. 17 pkt 4) zawierających informacje i dokumenty, o których jest mowa w § 2 ust. 18 i 19 – w wysokości 250,00 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

W powyższym postanowieniu umownym zastrzeżona kara umowna jest na zasadzie winy i tylko w takim wypadku wykonawca może ponosić odpowiedzialność. Złożony przez pełnomocnika Odwołującego dowód na okoliczność wystąpienia błędu w działaniu sytemu informatycznego jest okolicznością notoryjną nie wymagającą dowodzenia, bowiem jest powszechnie wiadome, że nie ma takich rozwiązań informatycznych, które nie pociągają za sobą ryzyka wystąpienia błędu, co nie oznacza, że należy z nich zrezygnować i korzystać z tradycyjnych sposobów gromadzenia i przetwarzania danych.

Nie potwierdziły się również pozostałe zarzuty odwołania dotyczące zastrzeżonych kar umownych i ich limitu.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że przepis art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej nową ustawa Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Natomiast art. 1 nowej ustawy Pzp przyjmuje, że ustawa reguluje zamówienia publiczne, zwane dalej „zamówieniami”, oraz konkursy, w tym określa:

1) podmioty obowiązane do stosowania przepisów ustawy;

2) zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy;

3) zasady udzielania zamówień;

4) etapy przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia;

5) tryby udzielania zamówień oraz szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień;

6) wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych;

7) organy właściwe w sprawach zamówień;

8) środki ochrony prawnej;

9) pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego;

10) kontrolę udzielania zamówień oraz kary pieniężne.

Izba w przypadku postanowień SIWZ może orzekać jedynie o niezgodności przepisów ustawy Pzp, a nie innych przepisów materialnych określonych w innych ustawach.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania zgłoszonego przez Odwołującego na zasadzie przepisu art. 353^1 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 7 ust. 1 starej ustawy Pzp, art. 14 ust.1 starej ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 starej ustawy Pzp, Izba uznała go za nieuzasadniony.

Zgodnie z przepisem art. 353^1 kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Izba dokonując analizy tego zarzutu i związanych z nim zgłoszonych przez Odwołującego okoliczności faktycznych opisanych zarówno w samym odwołaniu, jak i w SIWZ, doszła do przekonania, że zasada swobody umów działa erga omnes, co oznacza, że do zawarcia umowy konieczne jest oświadczenie woli dwóch stron stosunku prawnego. Zasada ta doznaje jedynie ograniczenia w razie stwierdzenia, że umowa pozostaje w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku, ustawą czy zasadami współżycia społecznego.

W ocenie Izby – Odwołujący nie wykazał, że wola Zamawiającego wyrażona na gruncieczęści V SIWZ – istotne postanowienia umowy (wzór umowy) narusza właściwość (naturę) stosunku, ustawę czy zasady współżycia społecznego. Izba stanęła na stanowisku, że miarkowanie zarówno wysokości kary umownej, jak limitu odpowiedzialności kontraktowej z tego tytułu, a także wykreślenie określonej treści z wzoru umowy byłoby działaniem naruszającym przepis art.554 ust. 6 ustawy Pzp, który zabrania nakazania wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

KIO 142/21,143/21, 161/21, 162/21, 165/21, 168/21

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:……

……..

……..