Sygn. akt: KIO 2293/21

WYROK

z dnia 3 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 lipca 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Racibórz,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących postanowień punktu 14 str. 10 załącznika 5 do SWZ oraz punktu G str. 11-14 załącznika 5 do SWZ;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

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 2021 r. poz. 1129) 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:

Zamawiający - Miasto Racibórz - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Odbieranie odpadów komunalnych powstających

na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na których powstają odpady komunalne na terenie miasta Racibórz. Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

20 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 138-367485.

W dniu 30 lipca 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „EMPOL"

Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając

Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 16 ust. 1 i 3 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez rażące zaniżenie warunków udziału w postępowaniu, posługiwanie się nieprecyzyjną i niejednoznaczną terminologią przy opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy, a także stosowanie niedozwolonych lub nieadekwatnych postanowień umowy;

2) art. 112 ust 1 w zw. z art. 16 ust 1 i 3 oraz art. 17 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

3) art. 99 ust 1 w zw. z art. 16 ust 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem niejednoznacznych, niewyczerpujących zwrotów i terminów oraz za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

4) art. 437 i art 447 w zw. z art. 16 ust 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zapisów i obowiązków nakładanych dla wykonawców realizujących roboty budowlane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- zaniechania naruszania przepisów ustawy Pzp,

- prowadzenia postępowania z zachowaniem naczelnych zasad systemu zamówień publicznych - w szczególności zaś zasady równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności, zasady efektywności zamówienia i legalizmu,

- wprowadzenia do SWZ postępowania, warunków proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiających ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności warunków odnoszących się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy i warunków dotyczących doświadczenia i potencjału technicznego wykonawcy,

- usunięcia z wzoru umowy obowiązków i zapisów odnoszących się do umów na roboty budowlane, zapisów kształtujących jednostronnie uprawnienia i obowiązki stron, nadmiernych kar umownych oraz niejasnych zapisów umowy.

Ad 1

Zdaniem Odwołującego, przygotowując postępowanie, Zamawiający naruszył szereg przepisów ustawy i podstawowe zasady systemu zamówień, poprzez m.in. zaniżanie lub całkowitą rezygnację z jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu, posługiwanie się nieprecyzyjną i niejednoznaczną terminologią przy opisie przedmiotu zamówienia i we Wzorze Umowy oraz sformułowanie tegoż Wzoru Umowy w sposób naruszający równowagę obu jej stron i z zastosowaniem niedozwolonych lub nieadekwatnych zapisów.

Odwołujący podniósł, że brak jakichkolwiek warunków w obszarze np. doświadczenia świadczyć może, o tym, że pragnie wprowadzić na rynek np. podmiot, który w ogóle nie dysponuje doświadczeniem, a zakreślenie w SWZ warunku doświadczenia, w znacznym stopniu mogłoby mu to utrudnić. Takie postępowanie w ocenie Odwołującego narusza zasadę uczciwej konkurencji i proporcjonalności, podobnie jak kształtowanie warunków postępowania z naruszeniem art. 112 ust 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego kolejnym elementem świadczącym o naruszeniu omawianych zasad jest wprowadzenie do Wzoru Umowy nadmiernych obowiązków i obciążeń, przewidzianych m.in. ustawą Pzp dla zamówień o roboty budowlane (np. § 13 ust 3, 4, 5, 6, 8, 9, 17, 18, 19, 20, 21 i 22), a także stosowanie jednostronnych zapisów umownych (§ 9 wzoru Umowy), kar umownych właściwych dla robót budowlanych (§ 11 ust 1 pkt 15, 16 lit a, b, c, d), a także jednostronnego ukształtowania treści Wzoru Umowy.

Ad 2

Odwołujący stwierdził, że znane jest mu stanowisko Izby i doktryny, wedle którego Zamawiający nie ma obowiązku posługiwania się wszystkimi wymienionymi w ustawie Pzp warunkami w każdym prowadzonym przez siebie postępowaniu. Niemniej określenie warunków powinno być dokonane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia. Aktualnie prowadzone postępowanie - zgodnie z § 4 ust 1 SWZ Zamawiający rozpisał na okres od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2024 r. (36 miesięcy). Jak wynika z załącznika nr 5 do SWZ (Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia) miasto Racibórz wedle różnych szacunków zamieszkuje 44.108 do 49.138 mieszkańców. W roku 2020 jak stwierdza się w pkt 1.3. załącznika nr 5 do SWZ, odebrano w Raciborzu łącznie przeszło 20.000 Mg odpadów komunalnych. Wykonawca zobligowany będzie także m.in. do dostarczenia ok 750.000 sztuk worków do selektywnej zbiórki odpadów (str. 6 lit B pkt 1 Szczegółowego Opisu przedmiotu Zamówienia), specjalistycznych pojemników (przykładowo str. 10 lit F pkt 1), czy też obsługiwać będzie musiał różne konkursy organizowane w ramach akcji selektywnej zbiórki odpadów (str. 11 lit G pkt 1 i 2, str. 12 pkt 3). Szereg innych obowiązków zawiera Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia. W świetle tego oraz zapisów wzoru Umowy (§ 16 ust. 1) wykonawca będzie zobowiązany do ubezpieczenia od wszelkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy na kwotę nie niższą niż 300.000 zł, wątpliwości budzi zatem fakt, że Zamawiający nie wymaga od wykonawców żadnego doświadczenia ani wykazania się odpowiednią sytuacją ekonomiczną lub finansową, ani też potencjału technicznego, w tym bazy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w postępowaniu pn. „Odbieranie odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie miasta Racibórz" (Nr ZP.271.66.2019) dla okresu znacząco krótszego niż ten obecny (dla 8 miesięcy) określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Podobnie warunek doświadczania na wysokim poziomie ukształtowano w latach 2016 i 2020.

Odwołujący stwierdził, że przy interpretacji art. 112 ust. 1 ustawy Pzp należy uwzględnić art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej „[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia". Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie uczynił zadość dyspozycji art. 112 ust 1 ustawy Pzp, a brak opisania w obszarze np. doświadczenia jakichkolwiek - nawet minimalnych warunków - uznać należy za rażące naruszenie przepisów - zwłaszcza że historycznie wymóg taki stawiano każdorazowo organizując

analogiczne postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do:

- doświadczenia w realizowaniu usług odbierania odpadów komunalnych z miasta o liczbie mieszkańców nie mniejszej niż miasto Racibórz, nieprzerwanie przez okres 36

miesięcy, podczas której to realizacji odebrano nie mniej niż 60.000 Mg odpadów komunalnych różnych frakcji,

- posiadania odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w wysokości nie mniejszej niż ta wskazana w § 16 ust 1 Wzoru Umowy,

- potencjału technicznego, tj. posiadania bazy w Gminie, z której terenu Wykonawca odbiera odpady komunalne, lub położonej w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy.

Ad 3

Odwołujący podniósł, że Załącznik nr 5 do SWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu

Zamówienia nie czyni zadość dyspozycji art. 99 ust 1 ustawy Pzp i zawiera szereg zapisów niejasnych, nieprecyzyjnych, utrudniających identyfikację intencji Zamawiającego, a w konsekwencji ustalenie ceny oferty, jej złożenie, a także mogących wpływać na potencjalne straty wykonawcy, który nie otrzymawszy pełnego i jednoznacznego opisu

przedmiotu zamówienia, będzie ponosił straty realizując zamówienie.

Jako przykłady nieprecyzyjnych zapisów Odwołujący wskazał:

- pkt 8 ze str. 4 OPZ, gdzie stwierdza się „Odbieranie odpadów musi odbywać się co najmniej..." bez wskazania maksymalnej ilości odbiorów, która może wpływać na cenę usługi,

- pkt 11 str. 5 OPZ, gdzie stwierdza się „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów.." nie wskazując jednak, jak taka zmiana miałaby wyglądać, jaki byłby jej tryb wprowadzenia i w jaki sposób operacyjnie zwiększałoby to pracę wykonawcy, co ma wpływ na cenę oferty,

- pkt 12 str. 5 OPZ, gdzie wskazuje się, że „Wykonawca ma obowiązek odbierania od właścicieli nieruchomości zamieszkałych każdej ilości zebranych zmieszanych i segregowanych odpadów komunalnych..",

- pkt 13 str. 5 OPZ „Wykonawca ma obowiązek odbierania odpadów komunalnych z nowopowstałych nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych (każda zmiana liczby tych nieruchomości nie będzie powodowała zmian zapisów Umowy, ani zmieniać wartości Zamówienia)", co uniemożliwia poczynienie założeń do kalkulacji ceny oferty i naraża na niemal nieograniczone rozszerzanie zakresu usługi „bez zmiany wartości Zamówienia",
pkt 14, 15 ze str. 6 OPZ, nakładający na wykonawcę czynności spoza zakresu przedmiotu zamówienia, którym jest odbiór odpadów komunalnych, nie zaś „utrzymywanie czystości" w mieście niejako przy okazji odbioru odpadów,

pkt 23 str. 6 OPZ dopuszcza „zwiększenie lub zmniejszenie liczby obsługiwanych nieruchomości (miejsc odbioru odpadów) w zakresie odbioru odpadów komunalnych", bez zmiany wartości zamówienia, co nie pozwala na ocenę takiego ryzyka, gdyż nie wiadomo w jakim zakresie zamówienie może zostać ograniczone,

pkt 4 str. 8 OPZ nakazuje „w uzasadnionych przypadkach" wydawać mieszkańcom worki, bez zakreślenia co owe przypadki oznaczają, co z kolei utrudnia wycenę takiej operacji i wliczenie jej w cenę oferty.

lit. C str. 8 OPZ przewiduje możliwość dzierżawy i zakupu pojemników - wydaje się, że zapis winien zawierać alternatywę „dzierżawę lub zakup pojemników",

lit. C pkt 1 str. 8 OPZ, gdzie Zamawiający wskazuje, że wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia mieszkańcom „wszystkich" dopuszczonych regulaminem pojemników. Zapis taki jest zbyt ogólny, mało konkretny, gdyż nie wiadomo co się kryje pod zwrotem „wszystkich", np. czy są tam pojemniki duże i kosztowne, jednakże nie dedykowane dla odbiorcy indywidualnego, np. KP - 7 lub „dzwony",

lit. D pkt 1-5 str. 8 OPZ: Zamawiający nakłada na wykonawcę szereg obowiązków niezwiązanych z przedmiotem umowy, trudno wycenianych np. „sprzątanie terenu po

aktach wandalizmu" (pkt 5),

pkt 7 str. 9 OPZ wskazuje konieczność magazynowania pojemników i dzwonów „w ilości maksymalnej 600 sztuk", co oznacza, że może to być 1 pojemnik lub 600, co istotnie wpływa on na cenę oferty,

lit E pkt 1 str. 9 OPZ: „Utworzenie przez Wykonawcę na terenie Gminy Racibórz przynajmniej jednego punktu co oznacza, że punktów takich może być więcej,

pkt 6 str. 10 OPZ: Zamawiający wskazuje - w stosunku do pracownika PSZOKu - że ma to być osoba „kompetentna", nie dookreślając co przez to rozumie,

pkt 14 str. 10 OPZ, powinien zawierać opis oczekiwanego sposobu działania, częstotliwość (jest „wg potrzeb"), zakreślenie miejsc, w których „mini punkty" będą się znajdować, wskazanie kto je organizuje,

pkt 3 str. 11 OPZ przenosi w sposób nieuprawniony obowiązek uzyskania zgody na posadowienie pojemnika na wykonawcę,

- w zakresie lit G pkt 1-5 str. 11-14 OPZ: brak jest konkretnej liczby placówek, konkretnych wskazań skąd odbierany będzie odpad (np. w pkt 1 wskazuje się, że nastąpi to z „miejsc gromadzenia odpadów"), termin odbioru jest niekonkretny

i pozwala na zabiegi interpretacyjne (pkt 1 „Termin odbioru .....nie mniejszej niż

1 w miesiącu", co oznacza, że może to być ilość niemal nieograniczona).

Odwołujący podniósł, że również zapisy wzoru Umowy zawierają zapisy naruszające art. 99 ust 1 ustawy Pzp. Tytułem przykładu podał § 12 ust 1, gdzie wskazuje się, że „wyznaczy się odpowiedni termin" wykonawcy, bez wskazania jaki to termin.

Zdaniem Odwołującego, ww. dokumenty wymagają korekty i zmian, tak by zawarte tam zapisy nie mogły budzić żadnych wątpliwości i stać się polem do zabiegów interpretacyjnych, ale i sporów pomiędzy Stronami Umowy. Odwołujący zaznaczył, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny przekłada się na zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Ad 4

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy zarzut jest wynikiem wprowadzenia przez Zamawiającego do Wzoru Umowy nadmiernych obowiązków i obciążeń - przewidzianych m.in. ustawą Pzp dla zamówień o roboty budowlane (np. § 13 ust 3, 4, 5, 6, 8, 9, 17, 18, 19, 20, 21 i 22), a także stosowania jednostronnych zapisów umownych (§ 9 Wzoru Umowy), kar umownych właściwych dla robót budowlanych (§ 11 ust 1 pkt 15, 16 lit a, b, c, d).

Odwołujący powołał się na art. 431 ustawy Pzp, nakazujący Zamawiającemu i wykonawcy współdziałanie przy wykonywaniu umowy i podniósł, że niezgodnie z tym przepisem § 9 wzoru Umowy nakłada w każdym z ustępów obowiązki tylko na wykonawcę, a nie strony Umowy. Trudno również zdaniem Odwołującego się zaakceptować większą część § 13 m. in. ust 3, 4, 5, 6, 8, 9, 17, 18, 19, 20, 21 i 22, gdyż idea jaka przyświecała wprowadzeniu tychże zapisów związana była ściśle z robotami, a nie usługami, co potwierdza brzmienie art. 437 i 447 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wprowadzanie do wzoru Umowy na usługi, zapisów, obowiązków i kar umownych dedykowanych dla umów na roboty budowlane wydaje się niczym nieuzasadnione, a w niektórych przypadkach np. § 13 ust 6, 9, 18 namacalnie widać, że Zamawiający przenosząc wprost zapisy ustawy, pozostawił w treści Wzoru Umowy na usługi nieadekwatny zwrot roboty budowlane. Inne z kwestionowanych zapisów Wzoru Umowy odnoszą się z kolei do kodeksu cywilnego i jego regulacji robót budowlanych. Przykładowo można wskazać na § 13 ust 17 i 18 Wzoru Umowy, który nawiązuje wprost do art. 647(1) Kc.

Odwołujący wskazał na § 11 wzoru Umowy i występujące w ust. 16 kary umowne, które wprost przeniesiono z art. 437 ust 1 pkt 7 lit a-d ustawy Pzp, albowiem dla robót budowlanych mają one stanowić element obligatoryjny Umowy.

Zdaniem Odwołującego na nadmiernie wysokim poziomie została zakreślona kara umowna z § 11 ust 1 pkt 2 wzoru Umowy. Można bowiem sobie wyobrazić, że nie odebranie np. odpadów z 1000 punktów przez 7 dni skutkować będzie naliczeniem kary na poziomie 350.000 złotych, co może pochłaniać całe miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy przysługujące mu za odbiór odpadów komunalnych wszelkich frakcji z terenu całego miasta. Inna z kar umownych, zawarta w § 11 ust 1 pkt 7 Wzoru Umowy, jest nieprecyzyjna. Nie wiadomo bowiem, w jaki sposób ustalane będzie „nie powiadomienie mieszkańców o harmonogramie w terminie".

W ocenie Odwołującego, w sytuacji drastycznych zmian cen na rynku odbioru odpadów komunalnych, konieczne staje się wprowadzenie szerszego zakresu możliwości waloryzacji i zmian Umowy, zwłaszcza w kontekście deklaracji Zamawiającego, o których mowa była w kontekście zapisów OPZ, że ten nie przewiduje „zmiany wartości wynagrodzenia".

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, poprzez ukształtowanie zaskarżonych postanowień, naruszył art. 437 i art 447 w zw. z art. 16 ust 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż niezasadnie obciążył wykonawcę pewnymi obowiązkami i karami umownymi (podczas gdy te przewidziane są dla robót budowlanych), zawarł we wzorze Umowy jednostronne zapisy, nadmiernie wysokie kary umowne i posługiwał się terminologią i zwrotami niejednoznacznymi. Wszystko to wpływa na fakt, że Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i proporcjonalności, a także równego traktowania wykonawców, podobnie jak pozostałe przepisy Pzp, o których mowa w niniejszym zarzucie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących postanowień punktu 14 str. 10 załącznika 5 do SWZ oraz punktu G str. 11-14 załącznika 5 do SWZ, z uwagi na fakt, że zarzuty te zostały przez Odwołującego wycofane w związku z dokonaną zmianą SWZ.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, odnosząc się ogólnie do sformułowanych w odwołaniu zarzutów, Izba podkreśla, że odwołania dotyczące postanowień dokumentów zamówienia, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność tych postanowień z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści dokumentów zamówienia, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu Izba ustaliła, że Zamawiający określił w SWZ warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (§ 5 pkt 2.2 SWZ) oraz dysponowania pojazdami służącymi do realizacji zamówienia (§ 5 pkt 2.4 SWZ). Zamawiający nie sformułował warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz dysponowania bazą, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 w związku z art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazane przez Odwołującego przepisy stanowią:

Art. 112 ust. 1: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 16 ust. 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (...)
3) proporcjonalny.

Art. 17 ust. 1 pkt 1: Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą

jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Izba stwierdziła, że Zamawiający, nie opisując wskazanych w odwołaniu warunków udziału w postępowaniu, nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Należy bowiem mieć na uwadze - co Odwołujący zdaje się pomijać - że w świetle przepisów ustawy zamawiający ma prawo, a nie obowiązek, sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że ustawa pozostawia zamawiającemu decyzję, czy w danym postępowaniu określić warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc jednocześnie, że jeśli takie warunki zamawiający zdecyduje się określić, muszą być one - zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp - proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Art. 112 ust. 1 ustawy Pzp nie może być więc interpretowany tak, jak to robi Odwołujący, jako statuujący obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w każdej sytuacji, w której ze względu na przedmiot jest to zasadne. Powyższy przepis wyznacza granicę swobody zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiając ich opisywanie w sposób nadmierny i niezwiązany z celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. W żadnej mierze jednak nie wprowadza on obowiązku określania warunków udziału w postępowaniu. Obowiązku takiego nie sposób też wywodzić z przepisów ogólnych, określających zasady udzielania zamówień publicznych (art. 16 i 17 ustawy Pzp), w tym z zasady proporcjonalności. Nie można bowiem z ogólnych zasad nakazujących prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, wywodzić obowiązku opisania określonych warunków udziału w postępowaniu i uzasadniać tego stopniem skomplikowania zamówienia w sytuacji, gdy inny przepis ustawy, odnoszący się wprost do warunków udziału w postępowaniu (art. 57 pkt 2 ustawy Pzp) wyraźnie stanowi, że Zamawiający może, ale nie musi warunków udziału w postępowaniu określać.

Chybiona jest przedstawiona przez Odwołującego podczas rozprawy argumentacja, jakoby obowiązek określenia warunku dysponowania bazą magazynowo-transportową wynikał z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wskazać należy, że zgodnie z art. 9d ust. 1 pkt 4 tej ustawy podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. Podkreślenia wymaga jednak - co

Odwołujący pomija - że jest to obowiązek, który musi być spełniony podczas wykonywania usług, czego nie można utożsamiać z obowiązkiem dysponowania bazą już na etapie ofertowania, w ramach warunków udziału w postępowaniu. Ze stanowiska Odwołującego wynika natomiast, że pomija on różnicę między obowiązkami ciążącymi na wykonawcy podczas wykonywania zamówienia a warunkami udziału w postępowaniu.

Skoro określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, to nie można w drodze środków ochrony prawnej skutecznie domagać się ani formułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w określonym zakresie, ani „zaostrzenia" warunków, które zamawiający określił. Zarówno bowiem nieokreślenie warunków jak i określenie ich na poziomie niższym niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i w konsekwencji nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Izba podziela tym samym pogląd przedstawiony w publikacji Urzędu Zamówień

Publicznych z 2021 r. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, gdzie wskazano: Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym bezprzedmiotowe dla oceny zasadności niniejszych zarzutów pozostają twierdzenia Odwołującego i przedstawione przez niego dowody dotyczące stopnia skomplikowania obecnie udzielanego zamówienia i jego porównania do zamówień wcześniej udzielanych. Należy bowiem stwierdzić, że nawet gdyby obecnie udzielane zamówienie rzeczywiście charakteryzowało się znacznym stopniem skomplikowania, to mogłoby to jedynie prowadzić do wniosku, że określenie warunków

udziału w postępowaniu byłoby celowe, nie mogłoby natomiast prowadzić do stwierdzenia, że ich nieokreślenie stanowiło naruszenie ustawy Pzp.

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący nieprawidłowo sformułował zarzuty w tym zakresie, podnosząc brak precyzji opisu przedmiotu zamówienia i wskazując konkretne postanowienia tego opisu jako przykłady. Wskazać należy, że zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane poprzez jednoznaczne wskazanie zaskarżonych czynności (w tym przypadku - zaskarżonych postanowień dokumentów zamówienia) oraz określenie podstaw faktycznych zarzutów. Tym samym Izba nie może potraktować zarzutów sformułowanych przez Odwołującego, jako odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia w ogólności, a przedmiotem oceny mogą być wyłącznie skonkretyzowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, które Odwołujący nieprawidłowo określił jako „przykłady" naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Oceniając te skonkretyzowane w odwołaniu postanowienia opisu przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że nie naruszają one przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego co do tych postanowień nie mają oparcia w treści załącznika 5 do SWZ lub wynikają z nieuprawnionej interpretacji jego postanowień.

Odnosząc się kolejno do tych postanowień Izba zważyła, co następuje:

- pkt 8 str. 4 SOPZ: Odbieranie odpadów musi odbywać się, co najmniej, z częstotliwością określoną w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Racibórz oraz Uchwale Rady Miasta Racibórz w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właścicieli nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, która na dzień zawarcia umowy wynosi (...)

Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób ww. postanowienie narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, że częstotliwość odbioru odpadów została precyzyjnie określona we wskazanych przez Zamawiającego uchwałach Rady Miasta Racibórz, ponadto SOPZ określa szacowane ilości poszczególnych rodzajów odpadów oraz wskazuje liczbę mieszkańców oraz liczbę poszczególnych rodzajów nieruchomości. Są to dane, które należy uznać za wystarczające do skalkulowania ceny oferty. Nie wiadomo, z czego miałoby wynikać podnoszone przez Odwołującego ryzyko nieporównywalności ofert.

- pkt 11 str. 5 SOPZ: Zmawiający zastrzega sobie możliwość zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów w okresie 7 dni poprzedzających przypadające dni świąteczne i 7 dni następujących po tym dniu, tj.: Rok 2022: 1 stycznia, 6 stycznia, 18 kwietnia, 1 maja, 3 maja, 16 czerwca, 15 sierpnia, 1 listopada, 11 listopada, 25-26 grudnia, Rok 2023: 1 stycznia, 6 stycznia, 10 kwietnia, 1 maja, 3 maja, 8 czerwca, 15 sierpnia, 1 listopada, 11 listopada, 25-26 grudnia, Rok 2024: 1 stycznia, 6 stycznia, 1 kwietnia, 1 maja, 3 maja, 30 maja, 15 sierpnia, 1 listopada, 11 listopada, 25-26 grudnia.

W ocenie Izby powyższe postanowienie jest precyzyjne, jasno określa, w jakich terminach może nastąpić zwiększenie odbioru odpadów. Są to wyłącznie dni okołoświąteczne, w których - jak wyjaśnił Zamawiający - następuje znaczny wzrost wytwarzanych odpadów. Nie jest wiadome, w czym Odwołujący upatruje problemów ze skalkulowaniem ceny oferty, przedstawione przez Zamawiającego informacje należy uznać za wystarczające do oszacowania zwiększenia ilości pracy wykonawcy.

- pkt 12 str. 5 SOPZ: Wykonawca ma obowiązek odbierania od właścicieli nieruchomości zamieszkałych każdej ilości zebranych zmieszanych i segregowanych odpadów komunalnych, a z nieruchomości niezamieszkałych zgodnie danymi przekazanymi przez Zamawiającego.

Zauważenia wymaga, że odwołaniu nie wskazano, na czym polega zarzucana niezgodność ww. postanowienia z przepisami ustawy Pzp. Nie wiadomo, w jakim zakresie i dlaczego postanowienie to nie spełnia wymagań z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut jest zatem pozbawiony uzasadnienia. Niezależnie jednak od tego za trafną należy

uznać argumentację Zamawiającego, który wskazał, że w świetle z art. 6 c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gmina zobowiązana jest do odbierania od właścicieli nieruchomości zamieszkałych każdej ilości odpadów zmieszanych oraz selektywnie gromadzonych wymienionych w lit. A pkt 4 załącznika nr 5 do SWZ. Oczywistą konsekwencją tego obowiązku jest zobowiązanie wykonawcy do odbierania każdej ilości zebranych odpadów. Zaznaczenia wymaga przy tym, że wynagrodzenie wykonawcy jest zależne od ilości odebranych odpadów. Zgodnie bowiem z art. 6f ust. 3 ustawy o utrzymaniu czynności i porządku w gminach podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych, co znalazło swoje odzwierciedlenie w postanowieniach wzoru umowy. Nie występuje zatem ryzyko konieczności odbierania zwiększonej ilości odpadów bez otrzymania wynagrodzenia za ten zwiększony zakres.

- pkt 13 str. 5 SOPZ: Wykonawca ma obowiązek odbierania odpadów komunalnych z nowopowstałych nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych (każda zmiana liczby tych nieruchomości nie będzie powodowała zmian zapisów Umowy, ani zmieniać wartości Zamówienia).

Niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby ww. postanowienie uniemożliwiało poczynienie założeń do kalkulacji ceny i narażało na nieograniczone rozszerzanie zakresu usługi. Odwołujący zdaje się nie zauważać, że wykonawca otrzymywać będzie wynagrodzenie zależne od ilości odebranych odpadów (art. 6f ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Zwiększenie liczby obsługiwanych nieruchomości będzie się wiązać ze zwiększeniem ilości odbieranych odpadów,

a w konsekwencji - z wynagrodzeniem należnym wykonawcy za zwiększony zakres usług.

Ponadto, jak słusznie wskazał Zamawiający, zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zadaniem gminy jest objęcie wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi. Dotyczy wszystkich nieruchomości, także powstałych w trakcie trwania umowy. Zamawiający miał więc obowiązek zapewnić, że również nowo powstałe nieruchomości zostaną objęte systemem odbioru odpadów.

- pkt 14, 15 str. 6 SOPZ: Wykonawca zobowiązany jest do uprzątnięcia miejsc wokół pojemników po odbiorze odpadów komunalnych (pkt 14); Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania w należytym stanie terenów, na których znajdują się pojemniki na odpady segregowane i odzież w odległości do 2 m od pojemników. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia odpadów i zanieczyszczeń (pkt 15).

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że powyższe postanowienia nakładają na wykonawcę obowiązek wykonywania czynności spoza zakresu przedmiotu zamówienia, którym jest odbiór odpadów komunalnych, nie zaś utrzymywanie czystości w mieście niejako przy okazji odbioru odpadów. Postanowienia te w żadnej mierze nie zobowiązują do wykonywania czynności z zakresu utrzymywania czynności w mieście, a jedynie do utrzymania należytego stanu miejsc, w których zlokalizowane są pojemniki na odpady i ich otoczenia. Brak określenia takich obowiązków stwarzałby ryzyko pozostawiania tych miejsc przez wykonawcę w nieodpowiednim stanie, np. zaśmieconych. Wprowadzenie tych postanowień jest więc nie tylko dopuszczalne, ale też celowe. Izba nie dopatrzyła się w tym żadnej niezgodności z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

- pkt 23 str. 6 SOPZ: Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia lub zmniejszenia liczby obsługiwanych nieruchomości (miejsc odbioru odpadów) w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Zmiana liczby obsługiwanych nieruchomości nie będzie powodować zmiany zapisów Umowy ani zmiany wartości zamówienia.

W odniesieniu do ww. postanowienia aktualna pozostaje argumentacja dotycząca zarzutów związanych z pkt. 12 i 13 str. 5 OPZ.

- pkt 4 str. 8 SOPZ: Wykonawca zobowiązany jest do posiadania w Punkcie Obsługi Klienta worków, które w uzasadnionych przypadkach na bieżąco wydawane będą mieszkańcom gminy. Wykonawca ma obowiązek dostarczać na bieżąco do siedziby Zamawiającego worki do selektywnej zbiórki odpadów dla właścicieli nowopowstałych nieruchomości składających deklarację o wysokości opłaty oraz właścicieli nieruchomości składających interwencje w sprawie braku dostarczenia przez

Wykonawcę należnych worków.

W ocenie Izby użyte w powyższym postanowieniu określenie „w uzasadnionych przypadkach" nie powinno powodować żadnych trudności interpretacyjnych i w konsekwencji trudności w kalkulacji ceny oferty. Z kontekstu, w jakim zostało użyte, należy wnioskować, że uzasadnione przypadki należy rozumieć jako wystąpienie usprawiedliwionej potrzeby. Jak wskazał Zamawiający, worki do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych wydawane będą w Punkcie Obsługi Klienta po przedstawieniu przez mieszkańca uzasadnienia potrzeby ich wydania (np. zaginięcie, uszkodzenie). Jest to zdaniem Izby jedyna rozsądna interpretacja tego postanowienia, która nie powinna rodzić żadnych problemów. Zauważenia wymaga przy tym, że Zamawiający wskazał w SOPZ szacowaną ilość worków, co pozwala skalkulować ofertę.

- lit. C str. 8 SOPZ: Zapewnienie w ramach systemu możliwość dzierżawy i zakupu pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych.

Odwołujący stwierdził: wydaje się, iż zapis winien zawierać alternatywę „dzierżawę lub zakup pojemników". Nie wyjaśnił jednak, dlaczego tak twierdzi i na czym polega niezgodność powyższego postanowienia z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Nie wiadomo dlaczego Zamawiający nie może zobowiązać wykonawcy do tego, aby zapewnił mieszkańcom możliwość zarówno zakupu, jak i dzierżawy pojemników, bez pozostawienia wyboru w tym zakresie wykonawcy. Tym samym zarzut należy uznać za pozbawiony uzasadnienia.

- lit. C pkt 1 str. 8 SOPZ: Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia mieszkańcom możliwości dzierżawy i zakupu wszystkich dopuszczonych regulaminem pojemników służących do gromadzenia zmieszanych odpadów komunalnych oraz bioodpadów.

Niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby ww. postanowienie było zbyt ogólne, gdyż nie wiadomo, co kryje się pod określeniem „wszystkie". Uszło uwadze Odwołującego, że SOPZ odsyła m.in. do Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Racibórz, w którym wymienione są wszystkie rodzaje pojemników - lit. H pkt. 6.18 SOPZ.

- lit. D pkt 1-5 str. 8 SOPZ:

1) Konserwacja i utrzymywanie w odpowiednim stanie technicznym

i higienicznym dzwonów i pojemników do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów, w tym przynajmniej dezynfekcja ok. 150 gniazd segregacyjnych w czasie trwania umowy (potwierdzona protokołem z wykonanej czynności podpisanym przez Zamawiającego i Wykonawcę).

2) Porządkowanie terenu wokół pojemników do segregacji odpadów.

3) Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania w należytym stanie terenów, na których znajdują się pojemniki na odpady segregowane w odległości do 2 m od pojemników. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia odpadów i zanieczyszczeń.

4) Informowanie na bieżąco Zamawiającego o ewentualnych dewastacjach pojemników do segregacji odpadów. Dopuszcza się informowanie drogą mailową.

5) Usuwanie pozostałości pojemników i sprzątanie terenu po ewentualnych aktach wandalizmu.

Odwołujący nie uzasadnił, na czym polega niezgodność ww. postanowień z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdził jedynie, że są to obowiązki niezwiązane z przedmiotem umowy, z czym nie można się zgodzić. W ocenie Izby związek ww. czynności z przedmiotem umowy jest bezpośredni i nie budzi wątpliwości. Nie wiadomo też, na czym ma polegać trudność w wycenie tych czynności, zarzut przedstawiony w odwołaniu jest de facto pozbawiony uzasadnienia. Nie sposób też zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego przedstawionymi na rozprawie, jakoby istniała potrzeba zdefiniowania pojęcia „akt wandalizmu". Jest to bowiem pojęcie powszechnie używane i niebudzące wątpliwości interpretacyjnych.

- pkt 7 str. 9 SOPZ: Magazynowanie pojemników oraz dzwonów przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w ilości maksymalnej 600 sztuk.

Odwołujący nie wykazał, aby określenie maksymalnej liczby pojemników podlegających magazynowaniu, miało istotny wpływ na kalkulację ceny. Skoro wykonawca zna maksymalny zakres nałożonego na siebie obowiązku, to nie ma przeszkód aby prawidłowo skalkulował cenę oferty.

- lit. E pkt 1 str. 9 SOPZ: Utworzenie przez Wykonawcę na terenie gminy Racibórz przynajmniej jednego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, zlokalizowanego zgodnie z planem zagospodarowania przestrzennego na terenie utwardzonym, objętym monitoringiem ogrodzonym, oświetlonym oraz dozorowanym z widocznym oznakowaniem dni i godzin otwarcia oraz rodzaju przyjmowanych odpadów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego, że dla ustalenia ceny oferty konieczne jest konkretne wskazanie ilości bez posługiwania się zwrotami nieostrymi,

w zaskarżonym postanowieniu trudno bowiem dopatrzeć się jakichkolwiek nieostrych zwrotów. Jasno wynika z niego, że wykonawca ma obowiązek utworzyć jeden PSZOK, a może utworzyć ich więcej, jeśli z jakichś powodów (chociażby ze względów logistycznych) uzna to za potrzebne. Zakres obowiązku wykonawcy nie budzi więc najmniejszych wątpliwości.

- pkt 6 str. 10 SOPZ: Wykonawca zapewnia kompetentną obsługę przebywającą w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w godzinach jego otwarcia.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że znaczenie słowa „kompetentny" jest powszechnie znane i wydaje się, że w związku z tym Zamawiający nie ma obowiązku jego tłumaczenia. Idąc za słownikiem języka polskiego wskazać należy na jednoznaczną rozumienie tego zwrotu - „kompetentny - mający odpowiednie kompetencje do pełnienia swoich obowiązków, wypowiadania się w określonych sprawach i podejmowania właściwych decyzji". W ocenie Izby powyższa argumentacja jest wyczerpująca w odniesieniu do tak postanowionego zarzutu.

- pkt 3 str. 11 SOPZ: Wykonawca ma obowiązek uzyskania zgody właściciela terenu, na posadowienie pojemnika.

Z uzasadnienia odwołania nie wynika, dlaczego Odwołujący uważa, że jest to nieuprawnione przeniesienie na wykonawcę obowiązku uzyskania zgody na posadowienie pojemników. Nie wskazano żadnych regulacji, z których wynikałaby niedopuszczalność takiego postanowienia. Co więcej, biorąc pod uwagę, że pojemniki nie będą własnością Zamawiającego, obciążenie takim obowiązkiem wykonawcy wydaje się celowe.

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące projektowanych postanowień umowy. Odnosząc się do tych zarzutów należy podkreślić, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w SWZ projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, a swoboda zamawiającego w tym zakresie ograniczona jest przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 433 ustawy, a także przepisami Kc dotyczącymi zobowiązań umownych. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie może stanowić sam w sobie o naruszeniu przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w tym zakresie naruszenie przepisów art. 437 i art. 447 ustawy Pzp, określających wymagane postanowienia umowy na roboty budowlane.

Zaskarżone postanowienia § 13 wzoru umowy, po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego, stanowią:

3. Przedstawiony przez Wykonawcę Zamawiającemu do akceptacji projekt umowy lub

umowa z podwykonawcą musi zawierać regulacje zbieżne i niesprzeczne z postanowieniami niniejszej Umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą oraz określać w szczególności:

a) zakres przedmiotu umowy powierzony podwykonawcy,

b) zasady odbiorów częściowych i odbioru końcowego przedmiotu umowy wykonywanego przez podwykonawcę,

c) wysokość i zasady zapłaty przez Wykonawcę wynagrodzenia dla podwykonawcy,

d) termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy,

e) zasady zawierania umów z dalszymi podwykonawcami,

f) podstawy zapłaty wynagrodzenia dalszym podwykonawcom,

g) wymaganą treść umowy zawieranej z dalszymi podwykonawcami.

W razie wprowadzenia do umowy Wykonawcy z podwykonawcą klauzuli zakazującej dalszego podwykonawstwa postanowień wymienionych w pkt. e) * g) nie stosuje się.

4. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy usługi.

5. Zamawiający, w terminie 7 dni od daty otrzymania projektu umowy o podwykonawstwo zgłasza w formie pisemnej pod rygorem nieważności zastrzeżenia, do projektu umowy o podwykonawstwo w przypadku gdy:

a) nie spełnia ona wymagań określonych w dokumentach zamówienia,

b) przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w ust. 4 niniejszego paragrafu.

c) zawiera ona postanowienia niezgodne z art. 463 ustawy Pzp.

6. Niezgłoszenie zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, w terminie określonym w ust. 5 niniejszego paragrafu, uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego.

8. Zamawiający w terminie 7 dni zgłasza w formie pisemnej pod rygorem nieważności sprzeciw do umowy o podwykonawstwo w przypadkach, o których mowa w ust. 5 niniejszego paragrafu.

9. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi, w terminie określonym w ust. 8 niniejszego paragrafu, uważa się za akceptację umowy przez Zamawiającego.

17. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

18. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 17, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są usługi lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii

umowy o podwykonawstwo.

19. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

20. Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić

wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo.

21. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 20, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:

1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo

2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy,

albo

3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

22. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Odwołujący zakwestionował powyższe postanowienia, stwierdzając, że są one przewidziane przepisami dla umów na roboty budowlane.

Odnosząc się do tego stanowiska należy stwierdzić, że w przypadku zamówień na roboty budowlane zamawiający ma obowiązek zawrzeć w umowie elementy określone w art. art. 437 i art. 447 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak zakazu wykorzystania analogicznych regulacji w umowie na usługi - zakaz taki nie wynika z żadnego przepisu ustawy. Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, aby zaskarżone postanowienia były niedopuszczalne. Z całą pewności ich zastosowanie nie stanowi naruszenia art. 437 i art. 447 ustawy Pzp, gdyż z naruszeniem tych przepisów mielibyśmy do czynienia w sytuacji, gdyby w umowie na roboty budowlane zamawiający, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, nie zamieścił regulacji w nich wskazanych.

Niezasadny jest zarzut dotyczący nadmiernej wysokości kary umownej określonej w § 11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za każdy potwierdzony przypadek niedokonania odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości lub odbierania odpadów po terminie określonym w zatwierdzonym harmonogramie, w wysokości 50 zł za każdy dzień zwłoki).

Po pierwsze należy stwierdzić, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, na czym polega w tym przypadku naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego, nie wskazał z jakim przepisem ww. kara umowna miałaby być niezgodna.

Niezależnie od powyższego, zauważenia wymaga, że klauzule niedozwolone w zakresie kar umownych określone zostały w art. 433 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zaskarżone postanowienie nie narusza ww. przepisów. Po pierwsze, nie odnosi się ono do odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, a jedynie za zwłokę. Po drugie, nie określa ono sankcji za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio

z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, ale pozostaje z przedmiotem umowy w ścisłym związku. Po trzecie, nie określa odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego - wręcz przeciwnie, wyraźnie odwołuje się do okoliczności przez wykonawcę zawinionych (zwłoka).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby poziom kary umownej był na tyle rażąco wygórowany, że zakłóca lub uniemożliwia konkurencję w postępowaniu. Kwotę 50 zł kary za każdy dzień zwłoki w wykonaniu podstawowych obowiązków umownych należy uznać za adekwatną. Trzeba bowiem wziąć pod uwagę, że funkcją kar umownych jest nie tylko naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu (co wynika z art. 480 § 1 Kc), kary te pełnią również funkcję prewencyjną, motywując wykonawcę do należytego wykonania przedmiotu umowy i minimalizując ryzyko niedotrzymania jej postanowień. W ocenie Izby określona przez Zamawiającego kara pozwala zrealizować te funkcje.

Powyższe argumenty pozostają aktualne również w odniesieniu do zakwestionowanych kar umownych określonych w § 11 ust 1 pkt 15, 16 lit a, b, c, d, co do których Odwołujący podniósł, że są to kary umowne właściwe dla robót budowlanych. Odwołujący w najmniejszym nawet stopniu nie wykazał, aby kary te w jakimkolwiek aspekcie (rodzajowym czy kwotowym) były niezgodne ze wskazanymi wyżej przepisami ustawowymi. Ponadto, skoro Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązki związane z podwykonawstwem (co - jak wyżej wskazano - było dopuszczalne), to logiczną konsekwencją tego jest obwarowanie tych obowiązków karami umownymi.

W odniesieniu do kary umownej określonej w § 11 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy (za nie powiadomienie mieszkańców o harmonogramie w terminie, o którym mowa w § 2 ust. 4 - w wysokości 50 zł za każdy dzień zwłoki) Izba nie podziela stanowiska o niejednoznaczności podstaw do naliczenia tej kary. Odwołujący nie wykazał, na czym mogą polegać trudności interpretacyjne w ustaleniu, że wykonawca nie powiadomił terminowo mieszkańców o harmonogramie. Ustalenie braku takiego powiadomienia nie powinno, zdaniem Izby, powodować żadnych problemów.

Niezrozumiały jest zarzut dotyczący § 9 wzoru umowy, który określa obowiązki wykonawcy związane z przetwarzaniem danych osobowych.

1. Wykonawca zapewnia przestrzeganie zasad przetwarzania i ochrony danych osobowych zgodnie z przepisami Ustawy o ochronie danych osobowych.

2. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za ewentualne skutki działania niezgodnego z przepisami o których mowa w ust. 1.

3. Wykonawca oświadcza, że systemy wykorzystywane w procesie przetwarzania danych osobowych spełniają wymogi określone w Ustawie o ochronie danych osobowych oraz rozporządzeniach wykonawczych do Ustawy.

4. Wykonawca zapewnia, że przetwarzane dane osobowe będą wykorzystywane wyłącznie w celu realizacji umowy.

5. Wykonawca jest zobowiązany do natychmiastowego powiadamiania Zamawiającego o stwierdzeniu próby lub faktu naruszenia poufności danych osobowych przetwarzanych w wyniku realizacji umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w tym zakresie stosowanie jednostronnych zapisów umownych, nie przedstawił jednak żadnego uzasadnienia, co powoduje oczywistą bezzasadność zarzuty.

Odnosząc się do zarzutu, że w sytuacji drastycznych zmian cen na rynku odbioru odpadów komunalnych, konieczne staje się wprowadzenie szerszego zakresu możliwości waloryzacji i zmian Umowy, zwłaszcza w kontekście deklaracji Zamawiającego - o których mowa była w kontekście zapisów OPZ - iż ten nie przewiduje „zmiany wartości wynagrodzenia”, Odwołujący w żaden sposób nie wskazał na naruszenie jakichkolwiek przepisów, co powoduje, że zarzut jest niezasadny. Zarzut ten należy odczytywać wyłącznie jako dążenie do korzystniejszego dla wykonawcy ukształtowania postanowień przyszłej umowy, bez jakiegokolwiek ich powiązania z kwestią legalności.

W związku z tym, że wszystkie opisane wyżej zarzuty okazały się niezasadne, brak jest również podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego zasady udzielania zamówień publicznych. Skoro - jak wykazano powyżej - czynności Zamawiającego w zaskarżonym zakresie pozostawały zgodne z przepisami ustawy odnoszącymi się bezpośrednio do kwestii będących przedmiotem zarzutów, to nie może być również mowy o naruszeniu przepisów ogólnych, określających zasady udzielania zamówień publicznych.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie w zakresie zarzutów niewycofanych podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2

2020 r.
poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....