

Sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22

WYROK

z dnia 10 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Emil Kuriata
Anna Kurowska

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 30 września, 4 października 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2022 r.

przez wykonawców:

A. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą

we Wrocławiu [„Odwołujący I”] - sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22

B. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich [„Odwołujący II”] - sygn. akt KIO 2440/22

C. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu [„Odwołujący III”] - sygn. akt: KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22

w postępowaniach pn.:

A. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących

z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście (nr referencyjny 7/2022) - sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2444/22

B. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II - Krzyki (nr referencyjny 8/2022) - sygn. akt: KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2445/22,

C. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna (nr referencyjny 9/2022) -

sygn. akt: KIO 2443/22, KIO 2446/22

D. Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole (nr referencyjny 10/2022) -

KIO 2442/22, KIO 2447/22

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wrocław [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

A. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą

we Wrocławiu - sygn. akt: KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, po stronie Odwołujących

B. FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich - sygn. akt KIO 2441/22, KIO 2445/22, po stronie Odwołujących

C. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu - sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22, po

stronie Odwołujących

D. ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku - sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22 - po stronie Odwołującego, oraz KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22 - po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych tj. nr 1, 3

lit. a) i nr 5 petitum odwołań Odwołującego I oraz postępowanie odwoławcze w

zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego tj. zarzutu nr 1 pkt b ppkt i) i ii) z odwołania Odwołującego II, a także postępowania odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu nr 3 z odwołania Odwołującego III,

2. Uwzględnia odwołania Odwołującego I w zakresie zarzutu nr 3 i Odwołującego III w zakresie zarzutu nr 13 i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień

umowy przewidujących waloryzację wynagrodzenia wykonawcy w taki sposób

aby waloryzacja następowała po upływie minimum 6 miesięcy od zawarcia umowy i dalej po upływie każdego kwartału, wg wskaźnika uprawniającego do

zmiany wynagrodzenia tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS liczonego odpowiednio do tych okresów, oraz podwyższenie maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu

waloryzacji do wysokości +/- 8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołania

4. Kosztami postępowań o sygn. akt KIO 2439/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22 obciąża Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego I w części 2/3 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego I tytułem wpisu od odwołania i oraz kwotę 14 400 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego I oraz kwotę 14 400 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego I kwotę 15 200 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów.

5. Kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2440/22 obciąża Odwołującego II i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego II tytułem wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

5.2. zasądza od Odwołującego II na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu poniesionych kosztów.

6. Kosztami postępowań o sygn. akt KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22 obciąża Zamawiającego w części 1/14 oraz Odwołującego III w części 13/14 i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego III tytułem wpisu od odwołania, kwotę 14 400 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego III, kwotę 2 072,35 zł (słownie: dwa tysiące siedemdziesiąt dwa złote groszy) stanowiącą uzasadnione koszty dojazdu i noclegu pełnomocnika Odwołującego III oraz kwotę 14 400 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

6.2. zasądza od Odwołującego III na rzecz Zamawiającego kwotę 7 909 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dziewięćset dziewięć złotych zero groszy), tytułem zwrotu poniesionych kosztów.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710) 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:

Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa jako jej pełnomocnik Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Zamawiający”), prowadzi na podstawie ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1170 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego równoległe cztery postępowania o udzielenie zamówienia na usługi pod pn.:

- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących

z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście (nr referencyjny 7/2022),

- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II - Krzyki (nr referencyjny 8/2022),

- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna (nr referencyjny 9/2022),

- Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole (nr referencyjny 10/2022).

Ogłoszenia o tych zamówieniach w dniu 6 września 2022 r. zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_171 odpowiednio pod poz. 484738, 484740, 484737, 484741.

Wartość każdego z tych zamówień przekracza progi unijne.

16 września 2022 r. Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Chemeko” lub „Odwołujący I”) z uwagi na fakt, że postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) i dokumentacji Postępowania są analogiczne w zaskarżanym zakresie, wniósł w jednym piśmie analogiczne odwołania wobec postanowień SWZ w każdym z powyżej wymienionych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

W każdym z tych odwołań Odwołujący Chemeko zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1) art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1

ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 77 § 1 ustawy z dnia 23

kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.” w zw. z art. 78 § 1 k.c. i art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez

zastrzeżenie w § 1 ust. 4 Projektu umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia publicznego (i związanego z tym pomniejszenia wynagrodzenia wykonawcy) w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, który nie może być uznany za postanowienie wskazujące minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron, co uniemożliwia wykonawcy należyte skalkulowanie ceny ofertowej, a nadto stanowi w istocie możliwość jednostronnej zmiany umowy przez Zamawiającego w sposób niezgodny z Pzp, a także zasadami współżycia społecznego wynikającymi z k.c.;

2) art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu i odzysku na poziomie zbyt wygórowanym, z pominięciem faktu, że odpowiedzialność wykonawcy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana. Z uwagi na znany Zamawiającemu problem słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” i zmiany zasad obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych na bardziej restrykcyjne (wprowadzonych rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, Dz.U. 2021 poz. 1530), należy uznać, że ustalenie kary umownej, jak to uczynił Zamawiający w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) oraz r) Projektu umowy (jedyna istotna odmiennosc w numeracji Projektu umowy to § 15 ust. 2 pkt 14 lit. „q) oraz r)” w Sektorze I i III oraz § 15 ust. 2 pkt 14 lit. „p) oraz q)” w Sektorze II i IV - ich treść jest taka sama. Dalej w odwołaniu posłużono się numeracją z Sektora I i III.) oraz w Rozdziale XVII pkt 7 Szczegółowych Warunków Umowy (dalej: „SWU”) - Załącznika nr 1 do SWZ, jest nieadekwatne do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność i na które ma wpływ, co winno być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Przeniesienie na wykonawcę całej kary stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego i jest rażąco wygórowane, z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recykling przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku;

3) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c. w poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że:

a) stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy nastąpi zmiana średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS o wartość większą niż 1% powyżej wartości tego wskaźnika cen towarów i usług

z dnia zawarcia umowy, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt wysoki, aby waloryzacja

wynagrodzenia w rzeczywistości wystąpiła, była skuteczna i realnie chroniła strony przed skutkami zmian kosztów w sposób zgodny z celem klauzuli waloryzacyjnej,

b) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji została ograniczona do 4% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto, gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że znacznie przewyższy zakładany przez Zamawiającego próg, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia do rzeczywistego wzrostu kosztów,

c) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia tylko po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, natomiast, aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję, konieczne jest jej zagwarantowanie w postanowieniach umownych, w taki sposób, aby była dopuszczalna co kwartał, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy;

4) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. i 1.2.2.2. SWZ w sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalnie do przedmiotu niniejszego zamówienia oraz nie umożliwiając oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

5) art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w Rozdziale VII SWU „Prace interwencyjne”) w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę i co zostało szerzej omówione w dalszej części niniejszego odwołania.

Odwołujący Chemeko wniósł o uwzględnienie każdego z odwołań i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniach, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1) wykreślenia § 1 ust. 4 Projektu umowy;

lub uzupełnienia § 1 ust. 4 Projektu umowy przez wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (w szczególności gwarantowanego przez Zamawiającego strumienia odpadów, które będzie odbierał wykonawca), a także jasnych,

precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych określających rodzaj i zakres

zmian, warunki zmian - w tym przede wszystkim harmonogram wprowadzenia zmian;

2) zmiany § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) oraz r) Projektu umowy oraz w Rozdziale XVII pkt 7 SWU w taki sposób, by kara umowna była ustalona w wysokości adekwatnej do obiektywnych możliwości wykonawcy zapewnienia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, jednak nie więcej niż 50% kary nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów ucpg za niezyskanie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g.;

3) zmiany klauzuli waloryzacyjnej i mechanizmu jej wprowadzania tak, aby urzeczywistniał on cel takiej klauzuli, w tym zmiany w § 18 ust. 3 pkt 5 Projektu umowy, tak aby uzyskał brzmienie: ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług

konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 3 ostatnie miesiące będzie różna od $\pm 2\%$.

oraz:

zmiany w §18 ust. 4 pkt 1 lit. e) Projektu umowy, tak aby uzyskał brzmienie: Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

gdzie: C_{jo} - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

Cn1 - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 3 miesięcy),

W_a - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 3 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 3 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie a = 1, 2, 3,

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości $\pm 8\%$ całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

4) wykreślenia w Części IV pkt 1.2.2.1 i pkt 1.2.2.2, tak aby uzyskał brzmienie: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) zdolności zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: 1.2.2.1. wykonał samodzielnie i bezpośrednio, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych (w ilości łącznie minimum: dla sektora: I - 90 000 Mg; dla sektora: II - 100 000 Mg; dla sektora: III - 100 000 Mg; dla sektora: IV - 75 000 Mg), w ramach którego wykonał usługę na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą zawarł z gminą zamieszkaną przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

5) zmiany w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 1 SWU, tak aby uzyskał brzmienie: „W zakresie realizacji usługi Wykonawca zobowiązany jest do: 1) świadczenia prac

interwencyjnych polegających na niezwłocznym wykonaniu wszelkich czynności związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie nieruchomości oraz podjęciem zleconych prac interwencyjnych, w przypadku, gdy występuje zagrożenie bezpieczeństwa mieszkańców i zagrożenie bezpieczeństwa ruchu kołowego,

drogowego lub pieszego - w ramach zakresu uprawnień Wykonawcy wynikającego z posiadanych decyzji administracyjnych”,

oraz: zmiany w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 6 SWU, tak aby uzyskał brzmienie: „6) sporządzenia kosztorysu powykonawczego za wykonanie prac interwencyjnych, w oparciu o czynniki cenotwórcze, przyjęte jako średnie ceny z „Sekocenbudu” dla rejonu dolnośląskiego z kwartału poprzedzającego kwartał wykonania prac wraz z podaniem kosztów zagospodarowania odpadów oraz kosztu transportu odpadów do miejsca zagospodarowania, na podstawie którego wykonywane będzie rozliczenie wynagrodzenia z Wykonawcą”,

oraz: wykreślenia w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 5 SWU.

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej niewskazane wprost w żądaniu, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania Odwołującego - tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Uzasadniając odwołania, odnośnie zarzutów rozpatrywanych przez Izbę, Chemeko wskazało:

Istotne okoliczności faktyczne

1. Zamawiający prowadzi cztery postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem są:

- 1) „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście”, znak: 7/2022;
- 2) „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II - Krzyki”, znak: 8/2022;
- 3) „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III - Fabryczna”, znak: 9/2022;
- 4) „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole”, znak: 10/2022 (dalej łącznie jako Postępowanie).

2. Co istotne, zamówienie będzie realizowane od dnia zawarcia umowy do dnia 29.02.2024 r.

3. Opublikowane przez Zamawiającego dokumenty zamówienia przygotowane zostały w sposób nieprawidłowy, nieprecyzyjny i uniemożliwiający prawidłowe skalkulowanie i sporządzenie oferty przez wykonawców. Ponadto sposób ukształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych, przenoszący wszelkie możliwe ryzyka na wykonawcę przy jednoczesnym braku dostosowania wzoru umowy do niestabilnej sytuacji gospodarczej, wskazuje dodatkowo na niezgodność działań Zamawiającego z zasadami współżycia społecznego i wpływa zawężająco na konkurencję w Postępowaniu. W świetle powyższego wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione. 16 września 2022 Strona 9/51 4. Zamawiający prowadzi 4 postępowania o udzielenie zamówienia w miejsce czterech unieważnionych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie ceny ofert wykonawców wykroczyły poza budżet Zamawiającego. Obecne Postępowanie zawiera zmiany, przede wszystkim jest skrócone. Jednakże, w ramach poprzedniego postępowania Odwołujący również złożył odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, które rozpoznała Izba w postępowaniu odwoławczym zakończonym wydaniem Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2022 r. Sygn. akt: KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22. Z uwagi na fakt, że część kwestionowanych zapisów pozostała analogiczna, a Odwołującemu znane są stanowisko Zamawiającego i ówczesnego składu orzekającego Izby, Odwołujący odniesie się do istotnych elementów tego orzeczenia.

[pkt. 4 -16 dot. zarzutu nr 1]

Ad. zarzut nr 2:

17. W § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) oraz r) Projektu umowy Zamawiający wskazał: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (...) q) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVII, pkt 1, ppkt 1), w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz.U. 2021 r. poz. 1973 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg wymaganej do osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania, o którym mowa w SWU rozdział XVII, pkt 1, ppkt 1) (obliczonej zgodnie z SWU rozdział XVII, pkt 8, ppkt 1), r) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVII, pkt 1, ppkt 2), w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie 16 września 2022 Strona 13/51 niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz.U. 2021 r. poz. 1973 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVII, pkt 1, ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVII, pkt 8, ppkt 2)”.

18. W Rozdziale XVII pkt 1 SWU Zamawiający wskazał: „W zakresie poziomów ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz osiągania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w Punktach Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych, w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:

- 1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania na podstawie art. 3c ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 ze zm.),

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w wysokości 35% wagowo za rok 2023, na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach osiągnęty w roku rozliczeniowym poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się:

a) zgodnie z zasadami określonymi w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

b) w stosunku do masy odpadów tych rodzajów odpadów uwzględnianych w obliczeniach poziomów zgodnie z przepisami powołanymi w lit. a, które w toku wykonywania przedmiotu zamówienia Wykonawca odebrał od właścicieli nieruchomości, zebrał lub zostały Wykonawcy przekazane przez Zamawiającego do zagospodarowania”.

19. W Rozdziale XVII pkt 7 SWU Zamawiający wskazał: „Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów: 1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania: $WK1 = MK1 \times S$ gdzie: WK1 - wysokość kary wyrażona w zł, 16 września 2022 Strona 14/51 S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.), MK1 - brakująca masa odpadów komunalnych wyrażona w Mg wymagana do osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania, o którym mowa w pkt 1 ppkt 1), 2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

$WK2 = MB1 \times S$

gdzie:

WK2 - wysokość kary wyrażona w zł,

MB1 - brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.).”.

Kary umowne za nieosiągnięcie przez wykonawcę wymaganych poziomów recyklingu określone w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) Projektu umowy oraz Rozdziału XVII pkt 1 ppkt 1 SWU.

20. Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie przez tego wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w sposób przenoszący całkowitą odpowiedzialność administracyjnoprawną ciążącą na Zamawiającym (jako gminie) z tego tytułu na wykonawcę usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w sytuacji, gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu wykonawca ma ograniczony wpływ na możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, a co za tym idzie, wykonawca nie może gwarantować pod rygorem kary umownej osiągnięcia niezależnego od swoich działań skutku. Przedmiotowe postanowienia SWZ sprzeciwiają się właściwości (naturze) umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych i stanowią jednocześnie o naruszeniu przepisów regulujących karę umowną, zgodnie z którymi konieczność zapłaty kary umownej wiąże się z ustaleniem okoliczności obciążających dłużnika (tu: wykonawcy). Dla potrzeb niniejszego odwołania Odwołujący będzie się posługiwał pojęciem „poziomy recyklingu odpadów komunalnych” zamiast pojęciem „poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych”, którymi posługują się właściwe przepisy prawa i SWZ, w szczególności że przygotowanie do ponownego użycia w praktyce gospodarowania odpadami komunalnymi nie ma w ogóle zastosowania.

21. Do obowiązków Wykonawcy należy także zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 ppkt 3 i 4 SWU: kontrola zawartości pojemników i worków co do zgodności zbieranych w nich odpadów z Regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminach, przy czym jeżeli właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów, Wykonawca, odbiera przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz przekazuje o tym stosowną informację Zamawiającemu i właścicielowi nieruchomości - znakuje pojemnik poprzez umieszczenie naklejki i pozostawia ulotkę.

22. Zamawiający nie przewidział w niniejszym Postępowaniu edukacji ekologicznej, o której

mowa w art. 3 ust. 2 pkt 8 u.c.p.g. - z czego wynika, że samodzielnie będzie realizował ten obowiązek, a Wykonawca nie ma wpływu na poziom edukacji mieszkańców. Oczywistym przy tym jest, że edukacja mieszkańców, jej jakość, mają kluczowe znaczenie dla możliwości osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu.

23. Sposób sformułowania wysokości kary umownej wskazuje, że Zamawiający przerzucił na wykonawcę całą odpowiedzialność gminy za osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych. Przedmiotowa kara umowna powieła bowiem w całości karę pieniężną, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z i 9x ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

24. Tymczasem zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy

Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

25. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku dot. poprzedniego postępowania (KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22) uznała, że: „w pkt 11.1. Analizy z 2022 r., dotyczącej osiągniętych przez Zamawiającego poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, zamieszczono następująco brzmiące podsumowanie: W 2021 roku Gmina Wrocław przekroczyła wymagany poziom recyklingu wynoszący 20% masy wytworzonych odpadów komunalnych. Dla porównania w 2020 roku osiągnięto poziom recyklingu 52,16%, przy wymaganym poziomie 50%, który odnosił się jednak do zawartych w odpadach komunalnych podstawowych surowców (papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła), w 2019 roku osiągnięto poziom recyklingu 51% (przy wymaganym 40%), a w 2018 roku osiągnięto poziom recyklingu 35% (przy wymaganym 30%), a w 2017 roku wartość tego wskaźnika wynosiła 30% (przy wymaganym 20%). Co więcej - jak wynika pierwszego tiret na str. 92. z pkt 16. Wniosków i końcowych zaleceń - w 2021 r. uzyskano poziom recyklingu wynoszący 30,28%, czyli rezultat o 10 punktów procentowych lepszy niż był wymagany w 2021 r. a jednocześnie o 5 punktów procentowych lepszy niż jest wymagany w 2022 r. Ponieważ takie podsumowanie wprost przeczy zgłoszonej [przywołanej już powyżej] jako główna teza dowodowej, która zmierzała przecież do wykazania czegoś przeciwnego, nie mają większego znaczenia strony Analizy, na które dodatkowo powołał się w swoim piśmie Odwołujący Chemeko. Oczywiście o ile fakt osiągania dotychczas przez Wrocław wymaganych przepisami poziomów recyklingu nie może stanowić dowodu, że uda się również osiągnąć poziomy obowiązujące w okresie realizacji niniejszych zamówień (zwłaszcza że będą one co roku wzrastać o 5 punktów procentowych), o tyle tym bardziej urzędowa analiza stanu gospodarki odpadami we Wrocławiu w 2021 r. nie może stanowić dowodu potwierdzającego tezę przeciwną (tym bardziej, że po zmianie sposobu liczenia powrócił trend przekraczania z dużym zapasem wymaganego poziomu)”. Odwołujący wskazuje, że w 2023 r. minimalny poziom recyklingu określono na 35%, a sposób zbierania odpadów, instalacje zagospodarowujące odpady i inne czynniki wpływające na poziom odzysku odpadów komunalnych pozostają bez zmian. Ponadto, dane zbiorcze omawiane przez Izbę odnoszą się do całej gminy, także nieruchomości niezamieszkałych, w których statystycznie prowadzona jest selektywna zbiórka odpadów o wyższym poziomie jakości. Rzeczywisty wskaźnik dla wykonawcy niniejszego zamówienia będzie jeszcze niższy niż 30% - prawdopodobnie ok. 25%. Trudno zatem spodziewać się, że wskaźnik zostanie spełniony w 2023 r.

26. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku dot. poprzedniego postępowania (KIO 1118/22, KIO

1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, KIO 1125/22)

uznała, że: „Reasumując, nie zostało wykazane przez Odwołujących, że z uwagi na ustalone powyżej uwarunkowania faktyczne (w szczególności dotyczące skali i jakości selektywnej zbiórki przez mieszkańców, przepustowości, technologii i wymagań stosowanych przez istniejące instalacje przetwarzania odpadów) i prawne (w szczególności dotyczące sposobu określenia poziomów recyklingu, braku uregulowania odpowiedzialności za produkt i systemu kaucyjnego) na terenie sektorów objętych niniejszymi zamówieniami obiektywnie niemożliwe jest osiągnięcie przez wykonawców wynikających z obowiązujących przepisów i odzwierciedlonych w warunkach umów w sprawie tych zamówień poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu”. Tymczasem, bieżąca realizacja przedmiotu zamówienia, w oparciu o opisywane tu okoliczności faktyczne i prawne prowadzi do wniosku, że poziom recyklingu odpadów wyniesie ok. 24-27% w każdym z sektorów - przy wymaganych 35%.

27. Na wstępie wymaga wyjaśnienia pojęć „recyklingu” i „przygotowania do ponownego użycia”. Zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 691) - art. 3 ust. 1: pkt 22) przygotowanie do ponownego użycia - rozumie się przez to odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystywane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania; pkt 23) recykling - to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych. Do tych pojęć odnosi się wymóg z art. 3b ust. 1 u.c.p.g., przerzucony przez gminę (Zamawiającego) na wykonawcę odbierającego i zagospodarowującego odpady. Powstaje więc pytanie, od jakich czynników zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, jak wygląda system gospodarowania odpadami

komunalnymi?

28. W ramach przedmiotu zamówienia (vide pkt I SWU) wykonawca ma odebrać, zebrać, transportować i zagospodarować odpady komunalne o kodach wskazanych w SWZ. Jednakże odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu (o czym szerzej poniżej).

29. Szacunkowe ilości odpadów Zamawiający podał w SWZ - w Załączniku nr III do

Formularza oferty (w podziale na wszystkie sektory): S1 S2 S3 S4 Zmieszane 59,57%, 65,13% 59,07%, 65,13%; Surowce 23,02%, 24,96%, 20,97%, 24,96%; Bioodpady 7,79%, 8,51%, 11,90%, 8,51%; Pozostałe 9,62%, 1,40%, 8,06%, 1,40%. Wynika z niego, że odpady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne - stanowią aż 59-65% strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

30. Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach 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. Wykonawca nie ma więc wyboru co do sposobu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

31. Zgodnie z art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach „Instalacją komunalną” jest 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, 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: 1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub 2) (uchylony) 3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

32. Instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (dalej także jako „instalacje MBP”) mają zgodnie z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach obowiązek wydzielać z tych odpadów odpady nadające się do odzysku. Przez „odzysk” jednak zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14 ustawy o odpadach rozumie się jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Tym samym recykling, o którym mowa w SWZ, jest rzecz jasna odzyskiem, ale nie odwrotnie - nie każdy proces odzysku (a ustawodawca mówi szeroko o odzysku w odniesieniu do instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych) jest recyklingiem, w szczególności nie jest recyklingiem odzysk energii i ponowne przetwarzanie odpadów na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa. Podkreślenia więc wymaga, że odzysk należy odróżnić od recyklingu, do którego odnoszą się kwestionowane zapisy SWZ.

33. W części mechanicznej instalacji MBP, która składa się z sortowni odpadów wyposażonej w system separatorów i sił, przebiega rozdział zmieszanych odpadów komunalnych na następujące, podstawowe strumienie odpadów:

- tzw. frakcję nadsitową (odpady o wielkości ponad 80 mm) - surowce wtórne, paliwo alternatywne (o kodzie 19 12 10), balast po sortowaniu (o kodzie 19 12 12) oraz
- tzw. frakcję podsitową o kodzie 19 12 12 (odpady o wielkości 0-80 mm).

34. W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP to odpad o kodzie 19 12 12, a więc odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Średnio instalacje komunalne zdolne są do wysortowania ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych ok. 12-14%. Zamawiający takimi danymi dysponuje, otrzymując sprawozdania od wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych we Wrocławiu. Najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy, jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródeł” osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych. Szerzej na ten temat poniżej. Innymi słowy, recykling odpadów opiera się na odpadach z selektywnej zbiórki, których poziom nie przekracza połowy całego strumienia odpadów odbieranych w poszczególnych sektorach Wrocławia.

35. Reasumując, wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady.

36. Wobec powyższych danych, w tym konkretnym zamówieniu, osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu przy tak słabej jakości zbiórki odpadów, przeważającym udziale zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów, jest niewykonalne.

37. Osiągnięcie poziomów recyklingu odpadów zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Do najważniejszych zalicza się przede wszystkim:

- 1) poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców, który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli - które wszystkie są zależne od gminy,
- 2) możliwość znalezienia rynków zbytu dla surowców, w szczególności surowców niższej jakości - decydująca dla możliwości uzyskania wyższego poziomu recyklingu jest jakość odpadów „na wejściu” do instalacji, która jest niezależna od wykonawcy,
- 3) obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych, w szczególności wymagania recyklerów, o czym szerzej poniżej.

38. System gospodarowania surowcami wtórnymi, w oparciu o które można osiągnąć poziomy recyklingu, można omówić na przykładzie odpadów szklanych. W całym łańcuchu zdarzeń prowadzących do recyklingu odpadu udział wykonawcy odbierającego i zagospodarowującego odpady jest obiektywnie niewielki. Trzeba bowiem wyraźnie podkreślić, że w celu poddania odpadów recyklingowi odpady trafiają do recyklerów, którzy decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia. Mało tego, jest faktem notoryjnym, że skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych jest zmienny, przy czym w odpadach tych jest najwięcej odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling.

39. Istota problemu dotyczy wpływu dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recyklingu, o czym mowa powyżej. W przypadku, gdyby w strumieniu odpadów znajdowała się znaczna ilość odpadów zebranych selektywnie, z podziałem na frakcje, wówczas odpady te zostałyby łatwiej przyjęte przez recyklera, który ma określone standardy jakości przyjmowanych odpadów. Co oczywiste, recykling odpadów wysortowanych następczo ze strumienia odpadów zmieszanych wiąże się z zanieczyszczeniem odpadów i trudnościami technologicznymi - w przypadku np. papieru recykling jest wręcz niemożliwy. Jak wynika ze standardów jakościowych papieru do recyklingu określonych przez największych recyklerów: Stora Enso Poland S.A. i Schumacher Packaging Zakład Grudziądz Sp. z o.o., w ogóle nie przyjmuje się do recyklingu papieru pochodzącego bezpośrednio ze zmieszanych odpadów komunalnych. Papiernie nie przyjmują zanieczyszczonego najczęściej resztkami żywności papieru do recyklingu, a taki właśnie papier znajduje się w zmieszanych odpadach komunalnych.

40. Taka sytuacja przekłada się na ilość odpadów nadających się do recyklingu ze zmieszanych odpadów komunalnych: są to szczątkowe ilości, nieprzekraczające maksymalnie kilku procent całego strumienia zmieszanych odpadów „na wejściu”. Odwołujący, mając instalację MBP na wysokim poziomie, poddaje recyklingowi obecnie kilkanaście procent odpadów wysortowanych z odpadów zmieszanych (niesegregowanych) i nawet przy założeniu znaczącego wzrostu w tym zakresie nie będzie możliwym osiągnięcie poziomów recyklingu w stopniu oczekiwanym przez Zamawiającego, w sytuacji gdy większość strumienia odpadów komunalnych objętego przedmiotem zamówienia to odpady zmieszane. Poziom recyklingu odpadów wydzielonych ze strumienia odpadów zmieszanych jest Zamawiającemu znany, wynika bowiem ze sprawozdań składanych Zamawiającemu przez Odwołującego i inne podmioty odbierające odpady z Wrocławia. Innymi słowy, zakłady recyklingu są co najwyżej zainteresowane odbiorem odpadów surowcowych pochodzących z przetworzenia odpadów z selektywnej zbiórki.

41. W konsekwencji, to od jakości systemu zbierania odpadów komunalnych „u źródła” (przede wszystkim u mieszkańców) zależy możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów - im większy jest udział odpadów zebranych selektywnie, tym bardziej możliwe jest osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Powstaje zatem pytanie, kto ma kompetencje, narzędzia i wpływ na efektywność w zakresie zbierania odpadów komunalnych?

42. Na podstawie art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający (gmina) jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 u.c.p.g. to rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. Dalej w art. 4 u.c.p.g. ustawodawca wskazuje na elementy określone w regulaminie, m.in.:

- wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających selektywnej zbiórce),
- wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych powyżej, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiorowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających zbieraniu odpadów w PSZOK). Powyższe (oba punkty) potwierdza art. 4 ust. 2a u.c.p.g., zgodnie z którym rada gminy może w regulaminie wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b u.c.p.g. (tj. na więcej frakcji) oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów,
- rodzaj i minimalną pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych 16 września 2022 Strona 22/51 pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, przy uwzględnieniu:
- średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach,
- liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków;
- innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami - katalog otwarty.

43. Zgodnie z art. 9u u.c.p.g. to gmina sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania przepisów ustawy. Na podstawie art. 6k ust. 3 u.c.p.g. to rada gminy określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, w wysokości nie niższej niż dwukrotna wysokość i nie wyższej niż czterokrotna wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Na podstawie art. 6k u.c.p.g. to rada gminy ustala stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny. Innymi słowy, to wyłącznie w rękach gminy są ekonomiczne zachęty do selektywnej zbiórki odpadów, m.in. poprzez „kary finansowe” dla

mieszkańców za brak selektywnej zbiórki (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

44. Z powyższego wynika, że to Zamawiający (gmina) jest podmiotem pierwotnie

odpowiedzialnym za gospodarowanie odpadami na terenie gminy, tj. za zasady selektywnej zbiórki odpadów i ich egzekwowanie, i ma w tym zakresie kompetencje prawodawcze.

Ponadto, na Zamawiającym ciąży również odpowiedzialność wtórna - związana ze szczegółowym określeniem warunków niniejszego postępowania, w ramach którego wykonawca wykonuje usługę w ściśle określony przez Zamawiającego sposób. Przytoczona argumentacja potwierdza zasadność zarzutów Odwołującego, ponieważ wykonawca ma jedynie ograniczony wpływ na osiągnięcie poziomów odzysku, a decydujące w tym zakresie narzędzia są w rękach Zamawiającego (gminy), m.in. utworzenie odpowiedniego systemu gospodarowania odpadami, sankcje związane z brakiem selektywnej zbiórki, narzędzia ekonomiczne (niższa opłata za gospodarowanie odpadów dla mieszkańców prowadzących selektywną zbiórkę odpadów). Powyższe stanowisko znajduje wyraźne uzasadnienie w zakresie obowiązków wykonawcy wynikających z SWZ:

■ w razie stwierdzenia przez wykonawcę, że mieszkańiec nienależycie zbiera odpady, naruszając zasady selektywnej zbiórki obowiązujące w gminie, wykonawca poprzez naklejkę daje mieszkańcowi ostrzeżenie i informuje o tym fakcie Zamawiającego! A następnie odbiera przedmiotowe odpady jako odpady zmieszane! Gdy tymczasem odpady zmieszane mają, jak wynika z powyższych rozważań, fatalny wpływ na możliwość osiągania poziomów recyklingu, ■ edukacja, jaką ma przeprowadzać Zamawiający (skoro obowiązek ten nie został przewidziany dla Wykonawcy), pozostaje niezależna od starań Wykonawcy, który nie ma na nią wpływu. Jest to kolejny element potwierdzający, że to Zamawiający, a nie Wykonawca, ma realny wpływ na poziom selektywnej zbiórki, a w konsekwencji i recyklingu odpadów. Zamawiający w innych analogicznych postępowaniach podkreślał, że wykonawca posiada wpływ na działanie i efektywność gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, bo na mocy ucpg podmiot odbierający odpady komunalne obowiązany jest reagować w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów przez właściciela nieruchomości (art. 6ka ust. 1). Tak, ale jak wynika z SWZ owa „reakcja” Wykonawcy ogranicza się do monitorowania pojemników i informowania właściciela nieruchomości poprzez naklejkę. Cały aparat represyjny jest w rękach gminy, która może ukarać właściciela nieruchomości. Tym samym, odwołując się do wcześniejszych stanowisk Zamawiającego, jedynym skutecznym środkiem na poprawę jakości selektywnej zbiórki jest presja finansowa, leżąca po stronie Zamawiającego. Odwołujący świadczy usługę we Wrocławiu od wielu lat, stale informuje Zamawiającego o niewłaściwej selektywnej zbiórce i pojawia się w tym miejscu pytanie, ile postępowań wszczął Zamawiający w takich sprawach, ile kar wymierzył za niewłaściwą selektywną zbiórkę wobec właścicieli nieruchomości, w szczególności w zabudowie wielorodzinnej? Nie polega na prawdzie stanowisko Zamawiającego w analogicznych sprawach, że Odwołujący dysponuje znaczącym wpływem na jakość i efektywność zagospodarowywania odpadów, albowiem ma prawo kierować odpady do instalacji oferujących optymalne i adekwatne do potrzeb technologie. Takich technologii bowiem nie ma, instalacje MBP w Polsce mają podobne możliwości technologiczne, a to do nich trafia większość odpadów odbieranych we Wrocławiu. Pozostałe odpady z selektywnej zbiórki poddawane są różnego rodzaju procesom przetwarzania, aby jak największy strumień poddano recyklingowi, jednakże to od wymagań jakościowych stawianych przez recyklerów zależy, ile i jakie odpady przyjmą do recyklingu. Szerzej na ten temat poniżej.

45. Jak zatem wykonawca może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, jeżeli obowiązki (możliwości) wykonawcy w tym zakresie wynikające z SWZ i przepisów prawa ograniczone są do kierowania mieszkańców odpowiednich ostrzeżeń i informowania Zamawiającego?! Odwołującemu znana jest linia orzecnicza Izby, zgodnie z którą niewątpliwie Zamawiający ma możliwość nałożenia na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu. Nie można jednak zgodzić się z sytuacją, gdy na wykonawcę przenosi się cały zakres tej odpowiedzialności. Skład orzekający w niniejszej sprawie powinien zwrócić uwagę na zmiany prawne (zmianę w przepisach prawa - Rozporządzenie Ministra Klimatu i 16 września 2022 Strona 24/51 Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), jak i organizację systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, gdzie to gmina jest wyposażona w narzędzia poprawiające jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych przez mieszkańców, która ma kluczowe znaczenie dla osiągniętych poziomów odzysku). Stąd tak istotne jest ponowne pochylenie się nad systemowym problemem przerzucenia całego ryzyka z tym związanego na wykonawcę, jak w niniejszej sprawie.

46. Niezrozumiałe jest przypisywanie Zamawiającemu w niektórych orzeczeniach Izby, jedynie roli pośredniej w procesie selektywnej zbiórki odpadów, ograniczania uprawnień Zamawiającego do „wymiaru informacyjno-edukacyjnego”. Zdaniem niektórych składów orzekających, to podmiot realnie wykonujący określone zadania, niejako „w terenie”, wśród mieszkańców, może wpływać na realizację celu, jakim będzie prawidłowa segregacja odpadów i ich odzysk. Gmina sama bowiem nie dokonuje odbioru odpadów, a to właśnie prawidłowe przeprowadzenie takich czynności odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy. Takie tezy, są w ocenie Odwołującego, wyrazem niezrozumienia systemu. Udział gminy w osiągnięciu wymaganych poziomów recyklingu wykracza dalece poza funkcję „pośrednią”, gdzie rola gminy sprawdzałaby się wyłącznie do obowiązku udzielenia zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Faktem jest, że to nie Zamawiający odbiera odpady, ale odbiór odpadów to prosta czynność faktyczna (w uproszczeniu zabranie worka spod drzwi, opróżnienie pojemnika stojącego na nieruchomości), przy czym, jak wynika z odwołania, recykling odpadów zależy w pierwszym rzędzie od jakości odpadów zebranych, zgromadzonych przez mieszkańców. Jak ma to zmienić wykonawca? Jego wpływ w świetle SWZ ogranicza się wszakże do ostrzegania mieszkańców „źle sortujesz” i informowania Zamawiającego o tym. Jak zatem nawet najbardziej prawidłowy odbiór odpadów przez wykonawcę ma się do poziomów recyklingu? W żaden sposób.

47. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że samo tylko prawidłowe przeprowadzenie odbioru odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy (poziomów recyklingu). To Zamawiający określa system gospodarowania odpadami w swojej gminie, który stanowi system naczyń połączonych, gdzie od Wykonawcy niniejszego postępowania zależy tylko niewielki zakres okoliczności, od których zależą osiągnięte na końcu poziomy recyklingu. Kluczowe dla efektu końcowego są bowiem kształt systemu gospodarowania odpadami ustalony w zgodzie z obowiązującymi przepisami przez Zamawiającego oraz jakość selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez mieszkańców, na którą Wykonawca ma znikomą wpływ.

48. Należy także wskazać, że nastąpiła radykalna zmiana przepisów prawa, nie tylko w zakresie samych procentowych poziomów recyklingu za rok 2022 i kolejne lata, ale przede wszystkim w zakresie sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych. To czyni także dotychczasowe orzecznictwo Izby w kwestii poziomów recyklingów nieaktualnym. 49. W dniu 20 sierpnia 2021 r. w zostało opublikowane Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530). Rozporządzenie w sprawie recyklingu weszło w życie w dniu 4 września 2021 r. Wprowadza ono nowy, niekorzystny dla gmin (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

- Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami,
- W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu,
- Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi”,
- Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów”. Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane”.

50. Reasumując: Z zestawienia przedstawionych przepisów Rozporządzenia w sprawie recyklingu jednoznacznie wynika, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów

do recyklingu, przykładowo, dla zobrazowania sytuacji - w zakresie odpadów szklanych, po 16 września 2022 Strona 26/51 wyjsciu stłuczki szklanej z instalacji przygotowującej stłuczkę dla potrzeb hut szkła. Idąc dalej tym przykładem, tylko masa stłuczki szklanej przekazanej do hut szkła może być wliczana do poziomów recyklingu, bo tylko taka stłuczka jest przetapiana na materiały, substancje, które nie są odpadami. Dla potrzeb obliczania poziomów recyklingu istotne jest wprowadzenie odpadów nie do jakiegokolwiek procesu recyklingu, ale do recyklingu, w wyniku którego odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Takie procesy recyklingu prowadzone są - w odniesieniu do „przykładowej” stłuczki szklanej w Polsce - w hutach szkła.

51. Integralną częścią Rozporządzenia w sprawie recyklingu w zakresie metod obliczeń i punktów obliczeniowych jest Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2019/1004 z dnia 7 czerwca 2019 r. określająca zasady obliczania, weryfikacji i zgłaszania danych dotyczących odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE oraz uchylająca decyzję wykonawczą Komisji C(2012) 2384 (Dz. U. UE. L. z 2019 r. Nr 163, str. 66,) zwana dalej jako „Decyzja 2019/1004”:

■ Art. 1 lit. e Decyzji 2019/1004 - wprowadza definicję legalną pojęcia „punkt obliczeniowy”: „punkt, w którym materiały zawarte w odpadach komunalnych są wprowadzane do procesu recyklingu, w ramach którego odpady są przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, lub punkt, w którym materiały odpadowe przestają być odpadami w wyniku działań wstępnych przed ich ponownym przetworzeniem”. W świetle tej definicji punkt obliczeniowy znajduje się w instalacjach mających na celu przygotowanie odpadów dla finalnego recyklera (odnosząc do przykładu stłuczki szklanej - hut szkła),

■ Art. 3 Decyzji 2019/1004 reguluje zasady dotyczące obliczania ilości odpadów komunalnych poddawanych recyklingowi. W ust. 1 prawodawca wskazuje, że ilość odpadów komunalnych poddanych recyklingowi to ilość odpadów komunalnych w punkcie obliczeniowym. Ilość odpadów komunalnych wprowadzanych do procesu recyklingu obejmuje materiały docelowe. Może ona obejmować materiały niedocelowe tylko w zakresie, w jakim ich obecność jest dopuszczalna w konkretnym procesie recyklingu. Szczególnie istotny jest ust. 4 omawianego przepisu, który wskazuje, że niezależnie od tego, czy punkt pomiarowy odnosi się do materiału wyjściowego z zakładu, który wysyła odpady komunalne do recyklingu bez dalszego przetwarzania wstępnego, czy do wkładu do zakładu, w którym odpady komunalne wprowadza się do procesu recyklingu bez dalszego przetwarzania wstępnego, ilości posortowanych odpadów komunalnych odrzuconej przez zakład recyklingu nie uwzględnia się w ilości odpadów komunalnych poddanych recyklingowi. Ustęp 5 również podkreśla, że jeżeli przetwarzanie wstępne w zakładzie odbywa się przed punktem obliczeniowym w tym zakładzie, odpadów usuniętych podczas tego przetwarzania wstępnego nie uwzględnia się w ilości odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zgłaszanej przez ten zakład.

52. Wszystko to znacząco wpływa na fakt obniżenia osiągniętego poziomu odzysku i recyklingu.

53. Biorąc pod uwagę powyższe, w pierwszej kolejności należy wskazać, że procesy, które zachodzą w instalacjach, polegające na sortowaniu i doczyszczaniu otrzymanych odpadów, należy zakwalifikować, w rozumieniu przytoczonych przepisów, jako przetwarzanie wstępne. Z całą pewnością należy wskazać, że w instalacjach przetwarzających odpady komunalne objęte przedmiotem zamówienia przetwarzanie wstępne odbywa się przed punktem obliczeniowym, w związku z czym, należy uznać, że odpadów usuniętych podczas tego przetwarzania nie uwzględnia się w ilości odpadów komunalnych poddanych recyklingowi. Należy zatem podkreślić, odwołując się znowu do przykładu ze stłuczką szklaną, że punktem obliczeniowym w instalacji jest moment, w którym stłuczka szklana wychodzi z instalacji, po sortowaniu i doczyszczaniu, i jest kierowana do recyklingu w hutach szkła. Potwierdza to również Załącznik I do Decyzji 2019/1004, który wskazuje, że punkt obliczeniowy dla szkła obejmuje szkło sortowane, niepoddane innemu przetwarzaniu przed obróbką w piecu szklarskim lub wykorzystaniem do produkcji mediów filtracyjnych, materiałów ściernych, materiałów izolacyjnych ze szkła oraz materiałów budowlanych. Podobne regulacje dotyczą innych frakcji odpadów objętych zamówieniem.

54. Załącznik ten bezpośrednio wskazuje moment, w którym należy obliczać ilość odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, podkreślając, że nie obejmuje on ilości posortowanych odpadów komunalnych odrzuconych przez zakład, a jedynie te, które są kierowane bezpośrednio do recyklerów - pieców szklarskich (lub innego wykorzystania zgodnie z Załącznikiem I) - w odniesieniu do szkła, pieców do przetapiania metali - w odniesieniu do metali, do przygotowania masy włóknistej - w odniesieniu do papieru etc. Innymi słowy, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się po wszystkich procesach przygotowujących odpady do przekazania finalnego recyklera (np. do huty szkła, papierni, huty metali), czyli dopiero w momencie, gdy znajdują się w magazynie przed wysyłką do recyklera (np. huty szkła, papierni, huty metali).

55. Reasumując, za Ministerstwem Klimatu i Środowiska: „masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które - po przejściu wszystkich niezbędnych operacji sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów odpadowych, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, oraz zapewnienie wysokiej jakości recyklingu - wprowadzane są do procesu recyklingu, w którego wyniku materiały odpadowe są faktycznie powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje.”.

56. Dodatkowo, z całą pewnością należy wskazać, że nowa regulacja zmienia moment, w którym gminy będą obliczały masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, przenosząc go z momentu wprowadzenia odpadów do instalacji przygotowujących odpad do recyklingu, na moment, w którym odpad po wszystkich czynnościach w instalacjach (nie tylko tych dedykowanych odpadom komunalnym) będzie kierowany do recyklerów, np. hut szkła, papierni, hut metali, w celu wytworzenia produktu, substancji lub materiałów, używanych do celów pierwotnych lub innych celów.

57. Co więcej, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczaniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022 roku nie są zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejszy się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone. Odwołujący informowany jest obecnie przez recyklerów, że przewidują również korekty poziomów recyklingu, natomiast na dzień dzisiejszy recyklerzy nie mogą oszacować jaki to będzie udział procentowy. Jest to zależne od wielu czynników, przy czym już dzisiaj wielu recyklerów potwierdza dużo mniejszy recykling w odniesieniu do przekazanych im odpadów (od kilku do kilkunastu procent) od dnia wejścia w życie nowych przepisów, powołując się na ubytki procesowe i inne zanieczyszczenia, których nie akceptują finalni recyklerzy (np. papiernie, huty szkła). Każdy recykler zobowiązany jest indywidualnie obliczyć procent zanieczyszczeń wyliczony zgodnie z właściwymi przepisami. Na to Odwołujący nie ma jakiegokolwiek wpływu.

58. Należy ponownie podkreślić, że różnice w ilości odpadów komunalnych poddanych recyklingowi będą uzależnione od jakości materiału wejściowego kierowanego do instalacji. Jakość surowców wtórnych „na wejściu” będzie wyznaczała, jaka masa odpadów zostanie odrzucona w procesach przetwarzania prowadzonych przez instalacje i ostatecznie, jaka masa odpadów zostanie przekazana finalnym recyklerom przygotowującym z odpadów materiały, substancje czy produkty. Kilka przykładów:

a) Wymagania recyklerów dla szkła - recyklerzy przyjmują odpady opakowaniowe szklane (bezbarwne, brązowe, zielone oraz mieszane), pochodzące z systemów selektywnej zbiórki odpadów oraz z sortowni odpadów komunalnych, ale nie przyjmują odpadów szklanych o następujących gatunkach: - szkło zbrojone, - szkło ołowiowe (kryształowe, TV), - szkło lustrzane, - szkło klejone (np. szyby samochodowe klejone itp.), - szkło płaskie (np. szyby okienne), - szkło pochodzące z zużytych źródeł światła, - szkło żaroodporne, - izolatory energetyczne, - opakowania po truciznach, środkach chemicznych, środkach ochrony roślin, lekach oraz innych substancjach niebezpiecznych. A takie odpady znajdują się w odpadach komunalnych, także zbieranych selektywnie. Zanieczyszczenia, które obniżają wartość użytkową surowca (odpadów opakowaniowych szklanych): - wtrącenia ceramiczne (porcelana, fajans i elementy klinkierowe, materiały ogniotrwałe, kafelki) - dużych ilości odpadów organicznych (np. nie opróżnione opakowania, papier, drewno, tekstylia) - materiały z tworzyw sztucznych (np. worki, folia) Dopuszczalne są natomiast takie zanieczyszczenia jak: - kapsle oraz nakrętki żelazne, - nakrętki oraz obrączki aluminiowe, - etykiety papierowe.

b) wymagania recyklerów papieru: Niedopuszczalne zanieczyszczenia papiernicze: Są to zanieczyszczenia integralnie związane z wyrobem papierowym lub specyficzne wyroby papierowe nienadające się do ponownego przerobu jako surowiec - makulatura: ■ papiery metalizowane, ■ worki papierowe niezależnie od budowy i składu, ■ gilzy papierowe i tuleje ■ papiery fotograficzne, ■ papiery laminowane, ■ makulatura i tektura ze szpitali, która mogła mieć kontakt z odpadem medycznym, ■ makulatura wysypiskowa (makulatura, która została zmieszana z odpadami komunalnymi a następnie sortowana), ■ używane poplamione worki, które zawierały chemikalia i środki spożywcze, ■ papier użyty do pokrycia mebli podczas prac naprawczych i malowania, ■ makulatura z gospodarstw domowych zawierających używany papier higieniczny (używane ręczniki kuchenne, chusteczki), ■ papiery warstwowe z tkaniną (gazą), ■ papiery powlekane lakierami, farbami i tworzywami sztucznymi, ■ papiery z okienkami z folii wiskozowej lub papieru pergaminowego, ■ papiery nasyczone tłuszczami, papiery asfaltowe, papowe, ■ papiery nasyczone żywicami syntetycznymi, ■ okładki z tektury makulaturowej z płótnem lub folią z tworzyw sztucznych, ■ papiery kablowe (wypełnione sadzą), ■ papiery parafinowane, ■ papiery wodotrwałe, ■ pergamin sztuczny i papiery

pergaminowe, ■ papiery silnie barwiące masę, ■ papiery w których widać procesy gnilne, ■ kalka kreślarska, kalki barwiące do pisania i powielania, ■ papiery zawierające włókna

syntetyczne, ■ papiery o intensywnym zapachu, ■ tapety, ■ opakowania po napojach i

płynach, ■ makulatura pochodząca z wysypisk (śmietnikowa) ■ papiery z reklam ulicznych, ■

etykiety i inne papiery samoprzylepne, ■ papiery podgumowane, ■ stare archiwa z bibliotek, biur itp. jeśli zawierają one PCBs. A takie odpady znajdują się w odpadach komunalnych, także zbieranych selektywnie w niebieskim worku.

59. Ostateczna masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zależy więc od wielu czynników i podmiotów gospodarujących odpadami komunalnymi, począwszy od „źródła” (mieszkańca wytwarzającego odpad) do finalnego recyklera:

1) Słaba jakość selektywnej zbiórki „u źródła” Niski poziom selektywnej zbiórki „u źródła” wpływa na masę odpadów, które w instalacjach przygotowujących do recyklingu muszą zostać odrzucone, co powoduje, że po wejściu w życie Rozporządzenia 2021 różnice w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi mogą być znaczące w stosunku do wcześniejszych okresów rozliczeniowych. Im bardziej zanieczyszczone odpady będą trafiały do instalacji, tym więcej odpadów zostanie odrzuconych w procesie przetwarzania jako niedających się do recyklingu (czyli np. do hut szkła, papierni, hut metali). Pamiętać należy, że podmioty zagospodarowujące odpady komunalne przetwarzają je tylko wstępnie przed procesem recyklingu, potem tak posegregowane i doczyszczane odpady przekazywane są kolejnym podmiotom gospodarującym odpadami, którzy przygotowują je do recyklingu, np. w odniesieniu do szkła i metali pozbawiając tych odpadów statusu odpadów na zasadach wynikających z odrębnych przepisów. W tym miejscu należy podkreślić, że gminy mają możliwości wpływania na selektywną zbiórkę odpadów, poprzez działania edukacyjne w zakresie prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, w szczególności w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Co więcej, działania edukacyjne w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych stanowią jedno z zadań własnych gminy (art. 3 ust. 2 pkt 8 u.c.p.g.). W związku z tym, nie można stwierdzić, że gminy nie mają żadnych instrumentów potrzebnych do poprawiania poziomu selektywnej zbiórki odpadów dokonywanej przez swoich mieszkańców.

2) Bardzo wysokie wymagania jakościowe stawiane przez recyklerów, np. przez huty szkła, papiernie, huty metali. Wysokie wymagania recyklerów stawiane przyjmowanym odpadom definiują procesy, którym muszą zostać poddane odpady. Odpady surowcowe są więc co do zasady przekazywane do podmiotów przygotowujących odpady do recyklingu i dopiero potem kierowane do finalnego recyklera (np. huty szkła, papierni). W instalacjach wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia dochodzi jedynie do wstępnego przesortowania przyjętych odpadów. Wszelkie procesy polegające na dodatkowym doczyszczeniu i sortowaniu odpadów u kolejnych posiadaczy odpady (w kolejnych instalacjach zdolnych do przetworzenia odpadów w sposób oczekiwany przez recyklerów) są efektem bardzo „wysrubowanych” wymogów jakościowych recyklerów, którzy nie mogą poddać recyklingu, czyli przerobić na produkt, materiał czy substancję nie będącą odpadem, odpadów z zanieczyszczeniami. Tym samym pozyskanie dokumentacji potwierdzającej recykling jest niezwykle trudne, gdyż ze względu na złożoność całego procesu, łańcuszek podmiotów zaangażowanych w przetwarzanie odpadów, nie kończy się wraz z przekroczeniem wagi Wykonawcy pojazdem typu śmieciarka. Odebrany odpad z miasta, deklarowany jako selektywny, ba, nawet surowiec, czeka jeszcze długa droga zanim trafi jako półprodukt, z którego powstanie wyrób gotowy, a co za tym idzie, kiedy Wykonawca otrzyma dokumenty potwierdzające recykling i w jakim zakresie. W zależności od frakcji odpadu selektywnie zebranego z miasta, od jego stopnia zanieczyszczenia i możliwości poddania recyklingowi podejmowana jest decyzja o kierunku jego zagospodarowania. Bardzo duże znaczenia ma, z jakiej dzielnicy miasta odpad pochodzi, czy z zabudowy wielorodzinnej, jednorodzinnej czy też z centrum miasta. Mimo iż świadomość mieszkańców w zakresie segregacji wzrasta, to odpady te często zanieczyszczone są w sposób uniemożliwiający ich ponowne użycie, np. papier zanieczyszczony olejem czy rozpuszczalnikami nie może być poddany recyklingowi, biorąc pod uwagę aktualne wymagania instalacji. Ze względu na ograniczoną liczbę recyklerów w Polsce, ich wymagania ilościowo - jakościowe strumienia odpadów, jakie mogą przyjąć na instalację, początkowo dokonywane są transporty próbne w celu określenia możliwości ich przerobu. Po transporcie próbnym określane są warunki ich przyjęcia lub odmowa ich przyjęcia i tu następuje konieczność ich przekierowania np. do instalacji o mniejszych wymaganiach jakościowych, ale też niejednokrotnie mniej korzystnych warunkach finansowych i potwierdzających recykling. W zależności od frakcji odpadu, od źródła ich pochodzenia, ustalane są kierunki zbytu. Mając na uwadze, iż materiał jest niejednorodny w czasie, możliwe są zmiany na mniej lub bardziej wymagającą (co do jakości surowca) instalację, w zależności od dostawy. Odpady z selektywnej zbiórki po uzbieraniu pełno transportowych partii (na pojazdy typu ruchoma podłoga) trafiają do podmiotu zbierającego lub bezpośrednio

na instalację. W zależności od frakcji podlegają wstępnemu doczyszczaniu (np. ręcznemu) poprzez pozbawienie większych gabarytowo wtrąceń, zwanych zanieczyszczeniem, a następnie kierowane są na instalację, która specjalizuje się w wysorcie konkretnego materiału, np. karton, makulatura z gazet, będą przekierowane do dwóch różnych papierni.

60. Biorąc pod uwagę powyższe, należy ponownie zaznaczyć, że to wysokie standardy jakościowe odpadów surowcowych stawiane przez recyklerów (np. huty szkła, papiernie, huty metali) definiują działania, które muszą zostać podjęte w instalacjach przed przekazaniem odpadów do recyklingu. Nie ma zatem żadnych podstaw prawnych ani faktycznych do przerzucania przez gminy, i co za tym idzie Zamawiającego w tym postępowaniu, całej odpowiedzialności za osiągnięcie poziomu recyklingu odpadów komunalnych na podmioty jedynie zagospodarowujące odpady komunalne, w szczególności w realiach niniejszego postępowania. Według wyliczeń Odwołującego, opierającego się na dotychczasowych doświadczeniach w realizacji usługi i odbioru odpadów komunalnych z Wrocławia, w tym w zakresie osiągania poziomów recyklingu, wg obecnie obowiązujących przepisów i mając na względzie prognozy Zamawiającego dotyczące strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia, realnie możliwe będzie osiągnięcie poziomu recyklingu na poziomie ok. 24-27% w stosunku do masy odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

61. Ze względu na powyższe, postanowienia § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) Projektu umowy oraz Rozdziału XVII pkt 1 ppkt 1 SWU, kolidują z art. 3b i 9z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzają do przeniesienia całości ryzyk związanych z odpowiedzialnością administracyjnoprawną Zamawiającego na wykonawcę będącego stroną stosunku cywilnoprawnego, co narusza niżej omówione zasady prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego.

62. Odwołujący nie koncentruje się przy tym wyłącznie na strumieniu odpadów zmieszanych, powyższe prognozy dotyczą możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu dotyczą całego strumienia odpadów komunalnych. Nie chodzi więc tylko o znaczącą ilość odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów oraz relatywnie niski potencjał odpadów nadających się do recyklingu. Odwołujący nie pomija pozostałego i istotnego w tym względzie strumienia odpadów selektywnie zbieranych. On jednakże nie wystarczy, w szczególności w świetle zmienionych uwarunkowań prawnych dotyczących obliczania poziomów recyklingu z odpadów komunalnych. Przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazują na to, że nie jest możliwe osiągnięcie wymaganych poziomów w odniesieniu do całego strumienia odpadów komunalnych. Tym samym, brak podstaw do przerzucania na wykonawcę osiągnięcia przez gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu pod rygorem kary umownej. Kary umowne za nieosiągnięcie przez wykonawcę wymaganych poziomów recyklingu określone w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XVII pkt 1 ppkt 2 SWU.

63. Zdaniem Odwołującego, wpływ na poziom recyklingu odpadów, uzależnione jest przede wszystkim od sposobu zbierania odpadów przez mieszkańców. Jednak Odwołujący nie domaga się zdjęcia z siebie jakiegokolwiek odpowiedzialności z tytułu nałożonego obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, ale wprowadzenia do SWZ postanowień regulujących kwestie z podziałem odpowiedzialności z tego tytułu pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą.

Na tej zasadzie wysokość kary umownej określonej § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XVII pkt 1 ppkt 2 SWU nie powinna przekroczyć maksymalnie 50% kary pieniężnej za ewentualnie nieosiągnięcie poziomów recyklingu.

64. Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 k.c., która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Taki zapis SWZ narusza więc, w ocenie Odwołującego, przepis art. 353¹ k.c. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, nie sposób uzyskać poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych, a w niniejszym postępowaniu jest ich 55,18% całego strumienia. To obrazuje, jak fatalna jest we Wrocławiu selektywna zbiórka, a na jej poprawę wpływ ma przede wszystkim Zamawiający. 65. Gdyby nawet przyjąć, że zastrzeżenie umowne osiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu jest określeniem jego świadczenia, za niewykonanie którego ponosi odpowiedzialność, nie można pominąć dla określenia poziomu odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie tego świadczenia, opisanych powyżej obowiązków Zamawiającego i ram prawnych, w jakich Zamawiający musi się poruszać, w szczególności wyznaczanych przez Rozporządzenie w sprawie recyklingu.

66. Zamawiający jako wierzyciel ma obowiązek lojalnego współdziałania z wykonawcą w celu osiągnięcia celu umowy - tu: wymaganych poziomów recyklingu odpadów. Zatem, Zamawiający nie może scedować całej odpowiedzialności za nieosiągnięcie tego celu na wykonawcę.

67. W niniejszym postępowaniu kary umowne nie mogą obejmować całej nałożonej na

Zamawiającego kary pieniężnej w trybie art. 9z u.c.p.g., ponieważ to od współdziałania po stronie wierzyciela (Zamawiającego) zależą osiągnięte poziomy recyklingu odpadów i rozwiązań prawnych, szeroko skomentowanych w odwołaniu, dyktatu recykerów, na których ani Zamawiający ani odwołujący wpływu nie mając, nie mając też wyboru w zakresie doboru instalacji zajmujących się recyklingiem odpadów komunalnych (luka inwestycyjna). Powyższe podsumowuje Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18, uznając kary umowne za nadmierne: „Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. (...) Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. (...) Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych, opisanych w § 13 ust. 6, 9 i 10 wzoru umowy, gdyż w ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy”. Z całą pewnością kary umowne są zbyt wysokie i nieproporcjonalne wobec ewentualnego nieosiągnięcia poziomów recyklingu, za które odpowiedzialność ponosi też Zamawiający. W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP: „Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych” (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z 2018 r.).

68. Za wyrokiem Izby z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18: art. 471 i 473 § 1, 3531 k.c. umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie. W niniejszym postępowaniu jest możliwe, że wykonawca z dochowaniem nawet podwyższonej staranności będzie wykonywał umowę w pozostałym zakresie, a mimo to wciąż może nie osiągnąć poziomów recyklingu. Poziomy te zależą bowiem przede wszystkim od odpadów wytwarzanych przez mieszkańców i przez nich gromadzonych, zbieranych (selektywnie czy nieselektywnie), przepisów prawa dotyczących

liczenia poziomów recyklingu, wymagań recykerów. Zatem kara umowna w takiej wysokości nie może być powiązana z okolicznością niewykonania przez wykonawcę czynności niemożliwej w obiektywnych uwarunkowaniach niniejszego przedmiotu zamówienia.

69. Tym samym, sposób ukształtowania § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XVII pkt 1 ppkt 2 SWU, abstrahujący od pozostałych postanowień umowy oraz reguł odpowiedzialności obowiązującej na gruncie kodeksu cywilnego, skutkuje przekroczeniem przez Zamawiającego granicy swobody kontraktowej, o której mowa w art. 3531 k.c. oraz art. 5 k.c.

70. Sprzeczność czynności prawnej (a taką jest oświadczenie Zamawiającego stanowiące SWZ) z zasadami współżycia społecznego oznacza, że w świetle reguł powszechnie akceptowalnych w społeczeństwie, jak zasada lojalności i uczciwości kupieckiej, czynność

prawna jest negatywnie oceniana.

71. Z całą pewnością należy uznać, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył zasadę uczciwości kupieckiej, będącą jedną z podstawowych zasad współżycia społecznego, bowiem przerzuca na wykonawcę całą odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych

poziomów recyklingu, choć możliwości wykonawcy w tym zakresie są ograniczone, choćby podjął wszelkie możliwe działania, żeby poziom te osiągnąć. Niełojalności i nieuczciwości kupieckiej Odwołujący upatruje właśnie w całkowitym przeniesieniu ryzyka na wykonawcę za zdarzenia, na które realny wpływ ma w znacznym zakresie sam Zamawiający.

72. Jak podkreśla się w orzecznictwie (wyrok Izby z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1277/16): „Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też „dobrych obyczajów”), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest „nie fair”, narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna”. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy, gdzie wykonawcy zadają sobie pytanie, dlaczego mają ponosić odpowiedzialność za zdarzenia, na które mają ograniczony wpływ? Takie praktyki uważają za nadużycie pozycji Zamawiającemu, czemu się wyraźnie sprzeciwiają. 73. W ocenie Odwołującego, nałożenie na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu pod rygorem kary umownej w kwocie określonej w dokumentacji Postępowania należy uznać za zbyt daleko idące i naruszające przepisy obowiązującego prawa, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, co wzmacnia jeszcze uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współzycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej.

74. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, można stwierdzić, że w omawianej sprawie występują okoliczności, które uzasadniają powołanie przez Odwołującego w zarzucie także przepisu art. 5 k.c. Jak podkreśla się w orzecznictwie, norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem, o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi, oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zamawiający dopuszcza się, jak już wyżej wskazano, naruszenia uczciwości, sprawiedliwości kupieckiej, lojalności.

75. Wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które przenoszą na wykonawcę pełną odpowiedzialność na zasadzie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w zakresie uznać też należy za działanie nieproporcjonalne, a zatem sprzeczne z art. 16 pkt 3 Pzp. Zamawiający obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie swoje działania lub zaniechania.

76. Na tej zasadzie Zamawiający winien w SWZ dokonać modyfikacji kar umownych we wzorze umowy za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu stosownie do odpowiedzialności wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana - do maksymalnie połowy kwoty wynikającej z § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy i rozdziału XVII SWU, w szczególności biorąc pod uwagę znane Zamawiającemu problemy słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła”, na co wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu.

77. Dobrym przykładem dla Zamawiającego niech będzie postępowanie prowadzone przez

Miasto Poznań pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości położonych na terenie Miasta Poznania” źródło:

- znak ZPb-II.271.95.2021.MA, gdzie

Zamawiający w ogóle nie nałożył na wykonawców kar umownych związanych z nieosiągnięciem poziomów odzysku i recyklingu, co wpłynęło na niższe ceny złożonych ofert.

Ad. zarzut nr 3: Zarzut dotyczący tzw. „klausuli waloryzacyjnej” i przesłanek zmiany

umowy

78. Zgodnie z zapisami § 18 ust. 3 pkt 5 Projektu umowy: Strony mają możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10, w przypadku zmiany: (.) 5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS o wartość większą niż 1,0% powyżej wartości tego wskaźnika cen towarów i usług z dnia zawarcia umowy (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 7 Umowy), mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonej analizie przedstawionej przez wnioskującą Stronę kalkulacji, jeżeli jedna ze Stron umowy zwróciła się o wprowadzenie zmiany wynagrodzenia w terminie do 30 dni od daty wejścia w życie przepisów (dotyczy punktów od 1-4) o zmianie będącej przedmiotem wniosku.

79. Zgodnie z zapisami § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) Projektu umowy: „W przypadku zmian, o których mowa w ust. 3, Strony ustalają następujący tok postępowania: 1) w przypadku zmiany: e) zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 12 ostatnich miesięcy będzie różna od $\pm 3,5\%$. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości $\pm 4\%$ całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. 80. W ocenie Odwołującego narzucony przez Zamawiającego poziom zmiany kosztów, którego przekroczenie otwiera dopiero stronom możliwość ubiegania się o dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy, narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Poziom ten odnosi się do zmiany średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS o wartość większą niż 1,0% powyżej wartości tego wskaźnika cen towarów i usług z dnia zawarcia umowy - Odwołujący wskazuje, że nie jest dostępny taki wskaźnik „z dnia zawarcia umowy”. Prezes GUS publikuje „Komunikat w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem” w styczniu każdego roku, za rok poprzedni. Nie jest to zatem miarodajny odnośnik co do sytuacji gospodarczej i wzrostu cen. Powyższe rodzi więc poważne wątpliwości, jakie są rzeczywiste intencje Zamawiającego?

81. Ponadto, wskaźnik ten na rok 2022 nie jest jeszcze znany (na ten moment znane są tylko wskaźniki za rok 2021), ale można spodziewać się, że wyniesie kilkanaście procent, z uwagi na bardzo wysoką inflację. Zakładając, że wskaźnik ten wyniesie 15% dla roku 2022, to dla roku 2023 wskaźnik ten musiałby wynosić przynajmniej 16%, żeby klauzula waloryzacyjna mogła zostać uruchomiona. Tymczasem, zapewnienia Narodowego Banku Polskiego i jego cel inflacyjny to ograniczenie tego wskaźnika. Gdyby więc np. wyniósł on kilkunastu procent (wciąż bardzo dużo), to klauzula waloryzacyjna nie zostanie uruchomiona.

82. Poziom zmiany kosztów jest bowiem zbyt wysoki, przez co w praktyce nie będzie możliwe skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej i zrealizowanie celu, jakemu służyć ma przepis art. 439 Pzp, co świadczy wręcz o pozornym wypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 439 ust. 1 Pzp.

83. Jak przy tym podkreśla się w komentarzu do ustawy: wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy,

zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art. 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzenia do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. (zob. red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 16 września 2022 Strona 40/51 Warszawa 2021). Prawidłowo sformułowane klauzule waloryzacyjne pozwalają więc na dostosowanie umowy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej. Nie służą one jakimkolwiek uprzywilejowaniu jednej ze stron umowy, a ich celem jest wyłącznie przywrócenie stosunku zobowiązaniowego do stanu pierwotnie uzgodnionego przez strony.

84. Klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp, ma kluczowe znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia, zatem jej postanowienia powinny być nie tylko precyzyjne, ale też adekwatne do celu, jakiemu klauzula ma służyć. W tym kontekście oznaczenie poziomu wzrostu kosztów, którego przekroczenie otwiera drogę do zmiany wynagrodzenia na poziomie np. 16%, celowi takiemu nie służy i świadczy wręcz o zachwianiu równowagi stron. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że usługi objęte przedmiotem zamówienia należą do tzw. usług „niskomargowych”. W sytuacji, gdy zamawiający decyduje o tym, że wykonawca będzie uprawniony do zmiany wynagrodzenia dopiero po tym, jak koszty związane z realizacją usługi zwiększą się o przeszło 10%, to w rzeczywistości prowokuje sytuację, w której wykonawca (w dłuższej perspektywie czasowej) będzie musiał świadczyć usługę poniżej rzeczywistych kosztów, zanim w ogóle będzie możliwa zmiana wynagrodzenia. Nawet więc jeżeli finalnie zmiana wynagrodzenia nastąpi, to zbyt późna waloryzacja wynagrodzenia nie przywróci już równowagi stron umowy i rentowności całej umowy. To z kolei oznacza, że klauzula waloryzacyjna nie spełnia swojej funkcji, narusza równowagę stron umowy i nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń. Prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna bowiem umożliwiać stronom na bieżąco reagowanie i dostosowanie umowy do zmieniającej się sytuacji gospodarczej, bez dodatkowego obciążania jednej ze stron.

85. Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę choćby na rekordowo wysoki i wciąż rosnący poziom inflacji. Źródło: 2022 2023 2024 Inflacja CPI r/r (%) 14,2 12,3 4,1 PKB r/r (%) 4,7 1,4 2,2 WIBOR 3M* (%) 5,51 6,20 6,20 Źródło: Narodowy Bank Polski - Internetowy

Serwis Informacyjny,

https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/polityka_pieniezna/dokumenty/projekcja_inflacji.html

86. Publikowane dane wskazują, że aktualnie polska gospodarka zmaga się z najwyższym poziomem inflacji od blisko 22 lat, a skutków tego zjawiska nie sposób przewidzieć, zwłaszcza w odniesieniu do konfliktu zbrojnego na Ukrainie i sankcji nakładanych na Rosję, a także w związku z możliwą falą zakażeń koronawirusem. Już samo ryzyko dalszych wzrostów inflacji, połączone z niską marżą wykonawców świadczących usługi odbioru odpadów komunalnych, wskazuje na to, że narzucony przez Zamawiającego poziom wzrostu kosztów jest zbyt wysoki i nie pozwala na odpowiednio szybkie dostosowanie umowy do nowej rzeczywistości, narażając wykonawcę na stratę. Co więcej, gdyby na rynku zaistniała sytuacja kolejnego wzrostu inflacji np. o ponad 16% mielibyśmy do czynienia z katastrofą ekonomiczną, której skutki mogłyby prowadzić do załamania rynków światowych. Zatem tworzenie tak abstrakcyjnego poziomu, jak to uczynił Zamawiający w SWZ, powoduje, że choć postanowienie umowne dot. waloryzacji jest zawarte w umowie, to jego warunki są tak abstrakcyjne, że wręcz niemożliwe do spełnienia. Oczwistym jest przy tym, że rosnąca inflacja oznacza wzrost cen produktów np. paliwa, przy czym skala zjawiska jest na ten moment nieznana. Uwzględnienie tego postulatu będzie przy tym korzystne także dla Zamawiającego. Wprowadzenie realnej klauzuli waloryzacyjnej zapobiegnie bowiem sytuacjom, w których wykonawcy będą musieli określać cenę ofertową na poziomie odpowiednio wyższym tak, aby pokryć wzrosty kosztów i w ten sposób zapewnić opłacalność całego kontraktu.

87. Dodatkowo, w §18 ust. 4 pkt 1 lit. e) Projektu umowy, Zamawiający ograniczył maksymalną wysokość zmiany wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji do zaledwie $\pm 4\%$ całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto, gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że przewyższy zakładany

przez Zamawiającego próg 4% wartości przedmiotu umowy, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia. To z kolei stanowi kolejny przejaw pozorności projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.

88. Odwołujący nie zaprzecza, że wprowadzenie maksymalnej wartości zmian wynagrodzenia jest konieczne, nie tylko ze względu na brzmienie przepisów Pzp, ale także z uwagi na funkcjonowanie Zamawiającego w oparciu pewne plany finansowe, jednak działanie to nie może być dowolne. Wręcz przeciwnie, działanie Zamawiającego musi uwzględniać nie tylko jego interes gospodarczy, ale także realizować cel, jakiemu służy wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych do kontraktu. Zamawiający w każdym przypadku powinien więc wziąć pod uwagę znane mu (w momencie przygotowania postępowania) warunki rynkowe, które obecnie są bardzo niestabilne. W tych warunkach, mając na uwadze choćby poziomy inflacji, ograniczenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do zaledwie 4%, rodzi wysokie prawdopodobieństwo, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że przewyższy zakładany przez Zamawiającego próg przed zakończeniem kontraktu, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia.

89. Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 r.: Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3600/21).

90. Nie może także znikać z pola widzenia w tym miejscu, że istotą waloryzacji jest dostosowanie wysokości wynagrodzenia do realnych kosztów wykonania usługi w przypadku, gdy wysokość kosztów ulega zmianie niezależnie od woli i działań stron umowy. Z tych powodów nie jest dopuszczalne, aby waloryzacja limitowana była poprzez wprowadzanie przedziałów czasowych - po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, jak to uregulował Zamawiający w SWZ. Utrzymanie bowiem takich postanowień jedynie pogłębia pozorność realizacji obowiązku ustawowego jaki spoczywa na Zamawiającym na podstawie art. 439 ustawy Pzp. Nie dość, że wskazane w postanowieniach dokumentacji Postępowania wartości procentowe powodują w istocie wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia, to dodatkowo ograniczenie przeprowadzenia waloryzacji w określonych przedziałach czasowych potęguje wadliwość i pozorność czynności, jaką podjął w tym Postępowaniu Zamawiający, regulując kwestie dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego.

91. Tymczasem, w obecnej sytuacji gospodarczej i politycznej, konieczna jest pewna

elastyczność po stronie Zamawiającego i wprowadzenie kwartalnych przedziałów czasowych, po których przeprowadzona będzie waloryzacja.

92. W związku z tym, że projektowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie Odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje także Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 3531 k.c. i 5 k.c. Jak zauważa się w doktrynie, „w art. 353(1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego

postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy" (Fuchs Bernadetta w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, art. 353-534, Wolters Kluwer Polska, 2018).

93. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie ustawowo ustanowionej zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych, które już dziś pozwalają na przyjęcie za pewne, że inflacja w kolejnych miesiącach jest niemożliwa do przewidzenia.

94. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (3531 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1283/20, LEX nr 3051333).

95. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani k.c. Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Należy podkreślić, że istotą zasady efektywności jest osiąganie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. best value for money. Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat Odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.

96. Nie powielając argumentacji prawnej zawartej powyżej, należy wskazać także na nieprawidłowe ukształtowanie przez Zamawiającego warunków zamówienia w zakresie dotyczącym przesłanek zmian umowy, który jest zapisem niekompletnym, tj. nie uwzględnia on aktualnej sytuacji geopolitycznej i kluczowych zdarzeń, które wpływają na realizację kontraktu, jego rentowność i ekwiwalentność świadczeń stron. W § 18 ust. 3 Projektu umowy Zamawiający zamieścił zamknięty katalog okoliczności, które będą umożliwiały stronom dokonanie zmian umowy. W orzecznictwie sądów powszechnych zwraca się przy tym uwagę, że: treść zasad współżycia społecznego nie jest zdefiniowana. Podkreśla się, że przy uwzględnieniu, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania." (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, sygn. akt: I ACa 454/20, LEX nr 3189604). Do takich reguł niewątpliwie należeć będą zasady słuszności, zasady uczciwego obrotu, zasady uczciwości czy zasady lojalności (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt: I ACa 1106/18, LEX nr 3122714). Odwołujący stoi więc na stanowisku, że odmowa wprowadzenia realnej i odpowiadającej istniejącym warunkom rynkowym klauzuli waloryzacyjnej, stanowić będzie próbę przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożność realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie w warunkach siły wyższej, co jest działaniem moralnie nagannym i nieetycznym, całkowicie naruszającym zasadę równości stron postępowania, a w konsekwencji sprzecznym z zasadami współżycia społecznego.

97. Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia. Zasada przejrzystości, w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również

zapewnienie możliwości konkurencyjności w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by Wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego skalkulowania, przygotowania i złożenia oferty w Postępowaniu oraz oszacowania kosztów realizacji ze świadomością zapewnienia ich pokrycia przez Zamawiającego w przypadku niezależnych od wykonawcy wzrostów poszczególnych istotnych kosztów realizacji umowy.

Ad. zarzut nr 4: Warunek udziału w Postępowaniu

98. Zamawiający w Części IV pkt 1.2.2.1. i 1.2.2.2. SWZ wskazał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) zdolności zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie [dla sektora: I - 55 000 16 września 2022 Strona

46/51 Mg; dla sektora: II - 60 000 Mg; dla sektora: III - 60 000 Mg; dla sektora: IV - 45 000

Mg] odpadów komunalnych, w ciągu przez okres maksymalnie 12 kolejnych miesięcy

kalendaryzowych,

1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

99. W żadnym z powyższych warunków Zamawiający nie zastrzegł, że wykonawca miał wykazać się usługą wykonywaną samodzielnie i bezpośrednio na rzecz gminy, co ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia, by umowę realizował wykonawca, który rzeczywiście posiada wymagane doświadczenie.

100. Po pierwsze, warunek opisany w Części IV pkt 1.2.2.1. SWZ został sformułowany na tyle nieprecyzyjnie, że można uznać, że spełnia go wykonawca, który odebrał jakiegokolwiek odpady komunalne z dowolnej liczby gmin, od dowolnych odbiorców, w łącznym wymiarze 60 000 Mg w ciągu roku. Być może taki wykonawca realizował „zamówienia” od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych. Być może taki wykonawca dwa razy w tygodniu jednym samochodem odbierał np. 1,5 tony odpadów i złomów metalicznych (odpady z grupy 17 04) lub odpadów z budowy i remontów (odpady z grupy 17 01) od mieszkańców. Być może podmiot był podwykonawcą, który zrealizował drobną część zamówienia polegającą na odbiorze odpadów w sytuacji awarii u generalnego wykonawcy przez kilka tygodni.

101. Po drugie, warunek opisany w Części IV pkt 1.2.2.2. SWZ został sformułowany na tyle nieprecyzyjnie, że można uznać, że spełnia go wykonawca, który „wykonał usługę”, która mogła polegać na czymkolwiek, jako podwykonawca w ramach zamówienia „w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych”. Być może taki podwykonawca dokonał samego tylko odbioru odpadów, albo samego tylko zagospodarowania odpadów, jednak Zamawiający w tym zakresie nie określił żadnej ilości odpadów minimalnych. Co więcej, można wyobrazić sobie sytuację, że warunek ten zostanie uznany za spełniony w stosunku do podmiotu, który świadczył usługi np. w zakresie edukacji mieszkańców dla wykonawcy zamówienia. Mieści się to w „usłudze dla gminy” wchodzącej w zakres „zamówienia w zakresie odbioru i 16 września 2022 Strona 47/51 zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych”.

102. Powyższe pokazuje, jak nieprecyzyjnie i nieproporcjonalnie do przedmiotu niniejszego zamówienia opisane są warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Nie pozwalają one na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ wobec obecnej treści powyższych warunków, Zamawiający dopuszcza do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie dają rękojmi jego prawidłowego zrealizowania.

103. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako

minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp: W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

104. Jak wskazuje się w literaturze: „Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług (...) Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów. (...) Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia” (H. Nowak (red.), M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP 2021).

105. Zgodnie z powyższym warunki udziału w Postępowaniu opisane w Części IV pkt 1.2.2.1. i 1.2.2.2. SWZ naruszają art. 112 ust. 1 Pzp, art. 116 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, ponieważ są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nie pozwalają na rzetelną, obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

KIO 2440/22

16 września 2022 r. FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. (dalej „FBSerwis” lub „Odwołujący II”), wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ w postępowaniu na „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II - Krzyki”, prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w

sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, tj. przez:

a) wskazanie w Rozdziale II pkt 2 ppkt 1 SWU, że Zamawiający przekaze protokolarnie Wykonawcy na okres maksymalnie 2 miesięcy do obsługi pojemniki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych wydierżawione przez Zamawiającego od poprzedniego Wykonawcy, bez jednoczesnego doprecyzowania sposobu, w jaki owo protokolarne przekazanie nastąpi, w szczególności bez zaznaczenia, że przy przekazaniu przedstawiciele Zamawiającego i Wykonawcy potwierdzą fizyczną obecność każdego z przekazywanych pojemników na nieruchomościach, co stwarza ryzyko, że protokolarne przekazanie pojemników będzie polegało wyłącznie na przekazaniu Wykonawcy dokumentu (protokołu) określającego przekazywane pojemniki, sporządzonego wyłącznie na podstawie oświadczenia (wykazu pojemników) sporządzonego przez poprzedniego wykonawcę, a nie zweryfikowanego w żaden sposób i tym samym mogącego nie odzwierciedlać rzeczywistego stanu pojemników, a tym samym może prowadzić do obciążenia Wykonawcy, z chwilą protokolarnego przekazania pojemników wydierżawionych od poprzedniego Wykonawcy, trudnym do oszacowania ryzykiem dotyczącym konieczności zwrotu (zastąpienia nowymi) pojemników w rzeczywistości nieistniejących, uszkodzonych lub nie posiadających cech lub parametrów wskazanych w protokole przekazania pojemników przez Zamawiającego, bowiem weryfikacja przez Wykonawcę stanu technicznego około 57 000 pojemników

rozstawionych na nieruchomościach w obrębie Sektora II w ciągu zaledwie 14 dni jest fizycznie niemożliwa w warunkach racjonalnie prowadzonej działalności gospodarczej, a zgodnie z przywołanymi zapisami brak zgłoszenia zastrzeżeń w odniesieniu do każdego uszkodzonego pojemnika w tak krótkim terminie wiązać się będzie dla Wykonawcy z ryzykiem, że Zamawiający / poprzedni Wykonawca obciążą Wykonawcę kosztami zakupu nowych pojemników w miejsce tych, które zostały uszkodzone w trakcie realizacji usługi odbioru odpadów przez poprzedniego Wykonawcę, a które to uszkodzenia nie zostały (nie mogły zostać) wykryte i zgłoszone w wymaganym terminie Zamawiającemu, co dodatkowo może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wykonawcy aktualnie realizującego usługę (poprzedniego Wykonawcy), który obowiązany jest wymieniać uszkodzone pojemniki w ramach zawartej wcześniej umowy (w zamian za przewidziane w niej wynagrodzenie). przy czym ww. ryzyko nie obciąża wykonawcy aktualnie

realizującego usługę (poprzedniego Wykonawcy) - ten bowiem nie będzie w żadnym przypadku musiał dokonywać żadnego nieuzasadnionego przysporzenia na własną rzecz - co prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w Postępowaniu,

b) wskazanie w rozdziale II pkt 2 ppkt 5 i 7 SWU obowiązku przetransportowania pojemników poprzedniego Wykonawcy na teren jego bazy, gdzie zostaną one protokolarnie odebrane przez Zamawiającego, bez jednoczesnego określenia warunków odbioru pojemników przez Zamawiającego lub przez Poprzedniego Wykonawcę, w szczególności zaś:

- i. przedziału czasowego, w którym pojemniki będą odbierane (dni tygodnia i godzin, w którym transporty pojemników będą przyjmowane),
 - ii. sposobu rozładunku, tj. tego, kto będzie obowiązany do rozładunku pojazdów, jakie zasoby Zamawiający lub poprzedni Wykonawca przeznaczy do tej czynności,
- a tym samym,
- iii. procedury odbioru i weryfikacji stanu technicznego pojemników, a tym samym

przewidywanego czasu jej trwania,

co w istocie uniemożliwia Wykonawcy ustalenie, jak długo będzie trwał proces transportowania i odbioru odpadów oraz tego, jakie zasoby i w jak długim czasie Wykonawca będzie zobligowany zapewnić,

przy czym mając na uwadze znaczną liczbę pojemników do przetransportowania oraz ogromny nakład pracy, który będzie związany z taką operacją (zarówno po stronie Wykonawcy, jak i Zamawiającego lub Poprzedniego Wykonawcy), może znacząco wpływać na koszty realizacji zamówienia, zatem brak wiedzy co do ww. okoliczności uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe oszacowanie ceny ofertowej, przy czym ww. ryzyko nie będzie obciążało wykonawcy aktualnie realizującego usługę (Poprzedniego Wykonawcy) - ten bowiem nie będzie zobligowany do wymiany pojemników przy rozpoczęciu realizacji zamówienia,

c) określenie w rozdziale II pkt 2 ppkt 11 SWU, że Wykonawca jest zobowiązany do sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, poczynwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi, w liczbie większej za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca każdorazowo ma przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinny maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków, bez jednoczesnego określenia maksymalnej częstotliwości przekazywania dodatkowych worków / wyrażania przez

Zamawiającego zgody na przekazanie dodatkowych worków (tj. worków w liczbie większej niż liczba odebrana), zasad wyrażania takiej zgody czy też maksymalnej ilości worków co potencjalnie stwarza możliwość wymagania od Wykonawcy dostarczenia ogromnej, niesprecyzowanej liczby dodatkowych worków i tym samym wygenerowania niemożliwych do oszacowania, a potencjalnie znaczących kosztów związanych z zakupem i dystrybucją worków na odpady i tym samym uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej;

d) wskazanie w Rozdziale II pkt 13 SWU, że Zamawiający podczas wykonywania umowy udostępni wykonawcy na czas realizacji usługi nie więcej niż 150 sztuk pojemników naziemnych wyposażonych w grzybek typu F90 o danych technicznych opisanych w załączniku nr 28, bez jednoczesnego określenia lokalizacji, w których te

pojemniki będą umiejscowione oraz bez dookreślenia frakcji odpadów, których będą one dotyczyć, co biorąc pod uwagę, że pojemniki te wymagają opróżniania przy pomocy specjalistycznych pojazdów odbierających odpady (innych niż te służące do odbioru odpadów z pozostałych pojemników), uniemożliwia wykonawcy ustalenie liczby i częstotliwości kursów związanych z opróżnianiem tych pojemników, a w konsekwencji oszacowania kosztów realizacji usługi w tym zakresie,

2) art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 207 § 1 i § 2 pkt 1 i 2 i art. 304 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666, ze zm.; dalej: „k.p.”) w zw. z § 6 ust. 1 pkt 2 i 3, § 7 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 7, 10, 12 i 13, § 12 ust. 1 oraz § 13 ust. 1 - 5 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych oraz innych pracach związanych z wysiłkiem fizycznym (Dz. U. z 2018 r. poz. 1139, ze zm.; dalej: „Rozporządzenie BHP Transportowe”) oraz w zw. z § 40 ust. 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz. U. z 2003 r. Nr 169 poz. 1650, ze zm.; dalej: „Rozporządzenie BHP Ogólne”) poprzez określenie w treści Rozdziału III pkt 4 ppkt 2) SWU, że w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowlane), Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z zapisami umowy oraz niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o tymczasowych lokalizacjach MGO, przy czym brak ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową, co w praktyce stanowi zobowiązanie Wykonawcy do odbioru odpadów również w sytuacji niemożności dojazdu pojazdem w sąsiedztwo pojemników oraz koniecznością ręcznego (manualnego) transportowania przez pracowników pojemników z odpadami na znaczne odległości, przy czym spełnienie ww. wymogu w wielu przypadkach może się okazać niemożliwe (np. w razie braku możliwości przetaczania pojemników po podłożu) czy w przypadku udostępnianych przez Zamawiającego pojemników wyposażonych w grzybek typu F90 o danych technicznych opisanych w załączniku nr 2 lub pojemników podziemnych - które nie mogą być przenoszone w inne miejsce, a w innych będzie pozostawało w sprzeczności z przepisami o bezpieczeństwie i higienie pracy, narażając pracowników na niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia pracowników, co oznacza, iż Zamawiający ułożył stosunek prawny, który będzie go łączył z wykonawcą realizującym przedmiot zamówienia, w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego (do których należy zaliczyć oczekiwanie od kontrahenta realizacji umowy w sposób możliwy do wykonania nie zagrażający zdrowiu jego pracowników) i obowiązującym przepisom prawa pracy z BHP;

3) art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. c) Projektu Umowy kary umownej za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek wprowadzenia zmian w Harmonogramach, o których mowa w SWU bez wymaganej akceptacji Zamawiającego, przy jednoczesnym określeniu w Rozdziale II pkt 4 ppkt 2 SWU wymogu zapewnienia częstotliwości gwarantującej niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności oraz systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników w celu niedopuszczania do ich napełnienia powyżej 80% całkowitej pojemności oraz ustanowieniu w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) - r) Projektu Umowy kar za stwierdzenie przepełnienia pojemników (pow. granicy 80%), co może stawiać Wykonawcę strony w sytuacji, w której z jednej strony powinien on na bieżąco dostosowywać harmonogram odbioru do zapełnienia pojemników, drugiej zaś nie mógłby takiego dostosowania dokonać bez akceptacji Zamawiającego, co tym samym oznacza, że w przypadku zagrożenia przepełnieniem pojemników Wykonawca może nie mieć możliwości szybkiego dostosowania Harmonogramu i tym samym zapobiegnięcia ich przepełnieniu bez narażenia się na ryzyko obciążenia go karą umowną przy czym obciążenia Wykonawcy dwoma sprzecznymi w omawianym zakresie obowiązkami oraz powiązanymi karami umownymi z tytułu ich niewykonania nie można ocenić inaczej aniżeli jako ułożenie stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadami współżycia społecznego - te bowiem wymagają, aby stosunki umowne były kształtowane w sposób możliwy do wykonania i spójny - tak, aby realizacja poszczególnych zobowiązań przy zachowaniu należytej staranności nie narażała zobowiązanego na odpowiedzialność za niewykonanie innych zobowiązań, co w świetle przywołanych postanowień umownych mogłoby mieć miejsce.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) dodanie w Rozdziale II pkt 2 ppkt 1 SWU po przecinku na końcu tego fragmentu następującej treści: „przy czym protokolarne przekazanie pojemników będzie

polegało na fizycznym potwierdzeniu obecności każdego z przekazywanych pojemników na nieruchomościach zlokalizowanych na terenie Sektora II i będzie dokonane przy udziale zarówno przedstawiciela Zamawiającego, jak i Wykonawcy”;

2) dokonanie zmiany w Rozdziale II pkt 2 ppkt 5 SWU poprzez doprecyzowanie w tym zapisie:

- a. przedziału czasowego (dni i godzin), w trakcie którego będzie możliwy odbiór pojemników przez poprzedniego Wykonawcę,
- b. zaangażowania osobowego poprzedniego Wykonawcy lub Zamawiającego w rozładunek pojemników,
- c. gwarantowanej minimalnej przepustowości bazy poprzedniego wykonawcy (liczby pojazdów przyjmowanych w określonej jednostce czasowej, np. w ciągu każdej godziny), wydajności rozładunku (czasu oczekiwania na rozładunek)

3) dokonanie zmiany w Rozdziale II pkt 2 ppkt 11 SWU poprzez

- a. dookreślenie maksymalnej liczby dodatkowych worków, które będzie zobowiązany przekazać właścicielom nieruchomości w całym okresie realizacji Umowy lub
- b. dookreślenie maksymalnej liczby poleceń dotyczących przekazania dodatkowych worków właścicielom nieruchomości lub
- c. wskazanie, czym będzie się kierował Zamawiający udzielając zgody na przekazywanie dodatkowych worków właścicielom nieruchomości w sposób umożliwiający Wykonawcy oszacowanie, jak często taka zgoda będzie udzielana,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany w Rozdziale II pkt 13 SWU poprzez dookreślenie lokalizacji, w których mogą być postawione pojemniki udostępniane przez Zamawiającego oraz frakcji odpadów, które w takich pojemnikach będą gromadzone,

5) dokonanie zmiany w Rozdziale III pkt 4 ppkt 2) SWU polegającej na nadaniu mu następującego brzmienia: „2) w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowlane), Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z zapisami umowy oraz niezwłocznego poinformowania

Zamawiającego o tymczasowych lokalizacjach MGO, przy czym zawiniony przez Wykonawcę brak ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową”,

6) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany projektu Umowy: a. w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. c) poprzez: - wykreślenie tego postanowienia, względnie; - nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „c) w wysokości 5 000,00 zł - za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek wprowadzenia zmian w Harmonogramach, o których mowa w SWU bez wymaganej akceptacji Zamawiającego, chyba że potrzeba dokonania takiej zmiany była uzasadniona koniecznością niedopuszczenia do przepełnienia pojemników przeznaczonych do zbioru odpadów komunalnych.”; ewentualnie b. wykreślenie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) - r) z Projektu Umowy.

Ponadto Odwołujący II wnosil zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Uzasadniając odwołanie, odnośnie zarzutów rozpatrywanych przez Izbę, FBSerwis wskazał:

1. Uzasadnienie zarzutów odwołania dotyczących wadliwego opisu przedmiotu zamówienia Przystępując do uzasadnienia podniesionych w Odwołaniu zarzutów należy zauważyć, że opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu i jest z jednej strony uprawnieniem, z drugiej zaś obowiązkiem Zamawiającego. Dokonując opisu musi on pamiętać o tym, aby w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić swoje wymagania, a jednocześnie uczynić to z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Doniosły charakter tej czynności wynika z tego, że dokonywany

przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia- co wprost wynika z regulacji zawartej w art. od 99 do 103 ustawy Pzp. Jak się wskazuje w tym zakresie w orzecznictwie, „prawidłowy opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny nie tylko dla ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia ale przede wszystkim odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby Zamawiającego a także umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.” (tak m.in. w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. 2944/21). Z opisem przedmiotu zamówienia nierozzerwalnie związany opis obowiązków umownych związanych z realizacją zamówienia. Należy w tym zakresie wskazać na aprobowane w orzecznictwie stanowisko, w myśl którego co do zasady Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty.

W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2399/15; podobnie w uzasadnieniu

wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18; KIO 983/18). W stanie

faktycznym sprawy Zamawiający niewątpliwie opisał przedmiot zamówienia oraz ukształtował zobowiązania umowne wykonawcy w taki sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

1.1. Uzasadnienie zarzutów dotyczących obowiązków w zakresie obowiązku dzierżawienia przez pierwsze 2 miesiące pojemników od Zamawiającego

Na gruncie niniejszego Postępowania Zamawiający przewidział po stronie wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia specyficzne rozwiązanie w zakresie obowiązków związanych z wyposażeniem nieruchomości, z których będą odbierane odpady, w pojemniki do gromadzenia tych odpadów. Mianowicie w Rozdziale II pkt 2 SWU przewidział dwa alternatywne rozwiązania w tym zakresie:

- pierwsze, polegające na zapewnieniu (w istocie nakazaniu) Wykonawcy korzystania z pojemników wydzierżawionych przez Zamawiającego od poprzedniego Wykonawcy (wykonawcy aktualnie realizującego usługę stanowiącą przedmiot zamówienia) i ich sukcesywnej wymianie na własne w okresie pierwszych 2 miesięcy realizacji usługi (rozdział

II pkt 2 ppkt 1 - 10 SWU),

- drugie, polegające na nakazaniu Wykonawcy wyposażenia nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi. Każde z tych rozwiązań dla Wykonawcy, który będzie miał rozpocząć wykonywanie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia (innego, aniżeli poprzedni Wykonawca) wiąże się z

innymi kosztami i ryzykami.

W szczególności pierwsze rozwiązanie wymaga od Wykonawcy bardzo dużego wysiłku organizacyjnego związanego z inwentaryzacją pojemników należących do poprzedniego Wykonawcy (wykonawcy aktualnie świadczącego usługę objętą przedmiotem zamówienia), weryfikacją ich rozmieszczenia na terenie nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia oraz stanu technicznego, ich wymianą w trakcie świadczenia usługi na własne oraz przetransportowaniem na teren bazy poprzedniego Wykonawcy. Nadto wiąże się z daleko idącym ryzykiem związanym z odpowiedzialnością za przekazanie po zakończeniu dzierżawy ww. pojemników w takim stanie technicznym i w takiej ilości, w jakiej wykonawca je otrzymał. W istocie zatem Wykonawca musiałby w takim przypadku przyjąć odpowiedzialność za zgodność deklaracji poprzedniego Wykonawcy i (tego, czy przekazywane pojemniki rzeczywiście są rozmieszczone na obszarze nieruchomości zgodnie z tym, co zostało wskazane w protokole i czy ich stan techniczny jest należyty) oraz z ich uszkodzeniem i utratą w trakcie realizowanej usługi - które mogłyby nastąpić z przyczyn od Wykonawcy niezależnych nawet przy dochowaniu najwyższej zawodowej staranności. Drugie z prezentowanych rozwiązań pozbawione zaś jest opisanych powyżej dodatkowych kosztów i ryzyk, ale wymaga od Wykonawcy sprawnego rozstawienia własnych pojemników jeszcze przed przystąpieniem do świadczenia usługi - pod rygorem zapłaty wysokich kar umownych. Co istotne, Zamawiający nie daje Wykonawcy żadnego wyboru odnośnie do dzierżawienia pojemników w początkowym okresie realizacji umowy - w istocie zatem każdy wykonawca, który nie posiada obecnie własnych pojemników na nieruchomościach (a więc w istocie każdy inny, niż wykonawca aktualnie świadczący tę usługę - poprzedni Wykonawca) będzie zobligowany do wydzierżawienia pojemników od Zamawiającego, a następnie do ich wymiany na pojemniki własne i odstawienia pojemników do poprzedniego Wykonawcy. Obowiązki takie nie będą ciążyły jedynie na wykonawcy aktualnie świadczącym usługę (Chemeko - System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu) - ten bowiem nie będzie ani dzierżawił pojemników od Zamawiającego, ich inwentaryzował ani tym bardziej wymieniał na własne. Stawia to poprzedniego Wykonawcę w niezwykle uprzywilejowanej sytuacji - oznacza bowiem, że wykonawca ów nie będzie musiał takich samych kosztów, jak inni wykonawcy (wymiana 57 000 pojemników jest przedsięwzięciem wymagającym zaangażowania znacznych zasobów), nie będzie ponosił opisanych ryzyk związanych z odpowiedzialnością za stan techniczny pojemników, a nadto może uzyskać istotną korzyść - w postaci nieodpłatnego odstawienia jego pojemników przez wykonawcę, któremu zostanie udzielone zamówienie. O ile można zrozumieć intencje Zamawiającego związane z wprowadzaniem obowiązkiem dzierżawy pojemników w początkowym okresie realizacji usługi (zapewnienie „płynnego” rozpoczęcia świadczenia usługi przez „nowego wykonawcę” oraz uniknięcie trudności związanych z , o tyle jednak wprowadzając takie rozwiązanie Zamawiający winien był czuwać nad tym, aby wynikające zeń uprzywilejowanie poprzedniego Wykonawcy i tym samym dyskryminacja pozostałych wykonawców nie miała charakteru nadmiernego. Nakładane na „nowych wykonawców” obowiązki powinny być zatem proporcjonalne do celu, który mają one osiągnąć. Zamawiający winien zatem minimalizować wszelkie nierówności - jeśli tylko ma taką możliwość oraz jeśli nie są one absolutnie niezbędne i uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Brak takiego działania musiałby bowiem być uznany za pozostający w sprzeczności z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji. W stanie faktycznym sprawy Zamawiający ww. zasad nie zachował. Bardzo poważne, trudne do oszacowania i potencjalnie dolegliwe finansowo ryzyko stanowią dla Wykonawców postanowienia Rozdziału II pkt 2 SWU, które:

- określają w sposób ogólny obowiązki związane z protokolarnym przekazaniem pojemników dotychczasowego Wykonawcy i stwarzają wrażenie, jakby owo przekazanie stanowić miało krótkotrwałą i prostą czynność - dokonaną np. w oparciu o przygotowaną przez Zamawiającego wcześniej na podstawie danych od poprzedniego Wykonawcy, niezawierających w terenie, dotyczących pojemników mających się znajdować na nieruchomościach w Sektorze nadto
- wyznaczają Wykonawcy zaledwie 14-dniowy termin na zgłoszenie zastrzeżeń co do stanu technicznego pojemników, a jednocześnie
- obciążają Wykonawcę odpowiedzialnością za utratę lub uszkodzenie przekazanych pojemników w okresie od przekazania ich przez Zamawiającego do przekazania poprzedniemu Wykonawcy. Takie ukształtowanie zapisów SWU w praktyce oznacza, że Wykonawca musiałby przejąć pojemniki podpisując przedstawiony przez Zamawiającego

protokół przekazania (którego w chwili przekazania nie mógłby w żaden sposób zweryfikować co do zgodności z rzeczywistością - w szczególności w zakresie tego czy deklarowane pojemniki, o deklarowanych parametrach, kolorach, rodzajach i pojemnościach faktycznie znajdują się na nieruchomościach) - zaś od momentu podpisania tego protokołu w praktyce odpowiadałby za przekazanie poprzedniemu Wykonawcy wskazanych w protokole pojemników niezależnie od tego, czy te pojemniki faktycznie zostały mu przekazane do korzystania. Powyższego nie zmienia przewidziana przez Zamawiającego w Rozdziale 2 pkt 2 pkt 2 SWU możliwość zgłoszenia zastrzeżeń dotyczących stanu technicznego pojemników. Po pierwsze bowiem, dotyczy ona literalnie wyłącznie stanu technicznego - a więc ewentualnych uszkodzeń pojemników, nie zaś tego, czy one faktycznie na nieruchomościach się znajdują. Po wtóre, mając na uwadze liczbę takich pojemników (blisko 57 000) ich sprawdzenie w terminie przewidzianym przez Zamawiającego nie byłoby możliwe. Zgłoszenie zastrzeżeń wiązałoby się z koniecznością fizycznych ich oględzin - a więc dojazdu na teren poszczególnych nieruchomości, uzyskania dostępu do pojemników (często znajdują się one na terenie prywatnym, do którego Wykonawca nie ma dostępu o ile właściciel nieruchomości nie wystawi pojemników lub nie wpuści pracowników Wykonawcy na swoją nieruchomość, co z jednej strony wymaga wcześniejszego umówienia się, z drugiej często okazuje się niemożliwe np. z uwagi na nieobecność właściciela, chorobę itp.), sprawdzenia zgodności z protokołem, dokładnego fizycznego ich obejrzenia i udokumentowania uszkodzeń lub innych niezgodności. Po trzecie, nie jest jasne, w jaki sposób będą oceniane zastrzeżenia Wykonawcy - w szczególności czy i na jakich zasadach będą honorowane przez Zamawiającego. Wszystko to powoduje, że Wykonawcy właściwie od początku muszą się liczyć z tym, że przejmując protokolarnie pojemniki będą musieli zwrócić poprzedniemu Wykonawcy nie takie pojemniki, jakie faktycznie otrzymali, lecz takie, jakie zostały ujęte w protokole. Jeśli zatem okazałoby się, że przekazywanych pojemników w znacznej części brakuje, są one zepsute lub z innych powodów nie spełniają wymagań zamawiającego, to Wykonawca musiałby w takim przypadku wskazane pojemniki zakupić i przekazać poprzedniemu Wykonawcy - dokonując na jego rzecz nieuzasadnionego przysporzenia. Przypadki takich niezgodności czy uszkodzeń w pojemnikach są według wiedzy Wykonawcy nagminne - co powoduje po stronie Wykonawcy ogromne ryzyko poniesienia ogromnej straty związanej z odkupieniem owych fikcyjnych lub zepsutych pojemników. Obciążenie Wykonawcy ryzykiem trudnym, wręcz niemożliwym do skalkulowania (Wykonawca nie jest w stanie na podstawie dokumentacji postępowania określić, jaka będzie niezgodność przedstawionego mu do podpisu protokołu ze stanem rzeczywistym) musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie niemieszczące się w granicach dopuszczonych zasadą swobody umów. Zasady te wymagają bowiem, aby umożliwić kontrahentowi rzetelną wycenę oferowanego świadczenia, nie zaś aby zmuszać go do zgadywania, jak się zachowa Zamawiający i jego konkurent w trakcie przekazywania pojemników (w istocie: podpisania protokołu przekazania) i jaki będzie rzeczywisty stan przekazywanych pojemników chwili rozpoczęcia realizacji usługi. Ponadto zapisy takie naruszają zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w nadmiernie uprzywilejowanej sytuacji stawiają wykonawcę aktualnie realizującego usługę - ten bowiem, składając swoją ofertę i przystępując do realizacji Umowy z przyczyn oczywistych nie ryzykuje koniecznością zapłaty nieuzasadnionych kosztów dotyczących wymienianych pojemników - te bowiem należą tylko i wyłącznie do niego i nie muszą być przez niego wymieniane na nowe. Mając powyższe na uwadze celowe jest wyeliminowanie ww. naruszeń i zakłócenia konkurencji poprzez doprowadzenie do tego, aby przekazanie pojemników nastąpiło w oparciu o weryfikację ich stanu w terenie przy udziale przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Na takie rozwiązanie Zamawiający zgodził się w prowadzonym niedawno odwołaniu dotyczącym przedmiotowej usługi (unieważnionym tuż przed wszczęciem niniejszego postępowania z uwagi na to, że ceny ofertowe przekraczały kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). Nierozumiem dla Wykonawcy zatem, dlaczego w niniejszym Postępowaniu analogicznego rozwiązania Zamawiający nie przewidział. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Zamawiający bardzo lakonicznie określił zobowiązanie Wykonawcy do przetransportowania pojemników po zakończeniu dzierżawy na teren bazy magazynowo-transportowej poprzedniego wykonawcy. W szczególności nie wiadomo, na jakich zasadach pojemniki będą przez poprzedniego Wykonawcę odbierane - co w istocie powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie oszacować, jak długo proces transportowania pojemników na teren bazy poprzedniego Wykonawcy będzie realizowany. Liczba pojemników, z których aktualnie korzysta poprzedni Wykonawca, sięga około 57 000 tysięcy. Przetransportowanie takiej liczby pojemników bezpośrednio z nieruchomości, na których są ustawione, w ocenie Wykonawcy wymagałoby wykonania około 1800 kursów pojazdami transportującymi. W zależności od sposobu, w jaki takie transporty będą przyjmowane (ile będą oczekiwały na rozładunek, jak szybko będzie on realizowany, w jakich godzinach i w jakie dni będą przyjmowane przez poprzedniego Wykonawcę, czy przyjmowanie pojemników będzie odbywało się w jednozmianowym czy w wielozmianowym systemie pracy) konieczne będzie zaangażowanie odpowiednich zasobów (odpowiedniej liczby pracowników Wykonawcy, odpowiedniej liczby pojazdów transportujących) i może trwać stosunkowo dłużej (może wiązać się z koniecznością przedłużonego najmu pojazdów, zaangażowania własnych pracowników czy też ze zwiększonym kosztem zatrudnienia podwykonawców lub firm

przewozowych). Różnice kosztów ponoszonych w tym zakresie, według wstępnych szacunków Wykonawcy, mogą sięgać nawet kilkuset tysięcy złotych. Mając to na uwadze, celem umożliwienia Odwołującemu oszacowania kosztów transportu pojemników na teren bazy poprzedniego Wykonawcy, Zamawiający powinien doprecyzować ww. zasady przyjmowania pojemników, w szczególności przez wskazanie: - w jakich dniach i godzinach pojazdy transportujące pojemniki będą przyjmowane przez poprzedniego Wykonawcę, - jaką liczbę pracowników poprzedni Wykonawca przeznaczy do rozładunku pojemników, - w jakim systemie zmianowym ww. pracownicy będą pracowali, - jaki maksymalny czas oczekiwania na rozładunek pojemników Zamawiający przewiduje. Mając na uwadze potrzebę realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący sygnalizuje, że zaangażowanie pracowników poprzedniego Wykonawcy powinno być na tyle znaczące, aby zapewniony został możliwie jak najszybszy rozładunek pojemników i jak największa „przepustowość” przy ich odbiorze - tak, aby koszty ponoszone przez wybranego w Postępowaniu wykonawcę były możliwie jak najniższe (a tym samym aby poziom uprzywilejowania poprzedniego Wykonawcy w stosunku do innych wykonawców został zminimalizowany).

1.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego obowiązku dostarczania dodatkowych worków. Należy również zauważyć, że Zamawiający w bardzo nieprecyzyjny sposób określił w rozdziale II pkt 2 ppkt 11 SWU obowiązek przekazywania właścicielom nieruchomości worków w liczbie przekraczającej liczbę worków odebranych. Mianowicie wskazał, że obowiązek ten będzie uzależniony od jego zgody i będzie każdorazowo ograniczony do dostarczenia maksymalnie 50 dodatkowych worków dla właścicieli nieruchomości jednorodzinnych i 1000 sztuk dla właścicieli nieruchomości jednorodzinnych. Jednocześnie jednak Zamawiający nie określił, jak często na dostawę takich dodatkowych worków będzie wyrażał zgodę ani od czego wyrażenie takiej zgody będzie zależało. W praktyce zatem nie wiadomo (i brak jest w dokumentacji Postępowania jakichkolwiek podstaw do samodzielnego oszacowania tego przez Wykonawcę), jak wiele potencjalnie takich dodatkowych worków na odpady Wykonawca będzie zobligowany dostarczyć w całym okresie realizacji Umowy. Z wyliczeń Wykonawcy wynika, że potencjalny wykonania ww. obowiązku - w zależności od częstotliwości jego realizacji, może sięgać nawet do kilku milionów złotych (np. czterokrotna dostawa wskazanych w SWU ilości dodatkowych worków wiązać się będzie dla wykonawcy z kosztem samych worków na poziomie około dwóch milionów złotych. Mając na uwadze, że to od decyzji (zgody) Zamawiającego będzie zależało, czy wykonawca będzie zobligowany do dostarczania właścicielom dodatkowych worków i w jakiej ilości, celem zminimalizowania ww. niepewności co do kosztów realizacji zamówienia w tym zakresie winien on wskazać w treści SWU bądź to maksymalną częstotliwość dostarczania dodatkowych worków bądź też maksymalną liczbę owych worków w całym okresie umowy. Nadto Zamawiający winien określić, jakimi zasadami będzie się kierował przy udzielaniu lub odmowie zgody na dostarczenie dodatkowych worków - bowiem wskazanie ww. zasad pozwoli Wykonawcy przynajmniej w pewnym przybliżeniu ustalić, jak bardzo kosztowna będzie dla niego dostawa owych dodatkowych worków. Mając na uwadze powyższe, celowe jest nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania ww. okoliczności.

1.3. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego obsługi udostępnianych przez Zamawiającego pojemników

Podobnie za nieprecyzyjne uznać należy wskazanie przez Zamawiającego w Rozdziale II pkt 13 SWU, że w całym okresie obowiązywania umowy udostępni on wykonawcy nie więcej niż 150 sztuk pojemników naziemnych wyposażonych w grzybek typu F90 o danych technicznych opisanych w załączniku nr 28. Zamawiający nie wskazał bowiem jednocześnie, jakie frakcje odpadów będą gromadzone w ww. pojemnikach ani też w jakich lokalizacjach planuje ww. pojemniki ustawić - względnie, czy pozostawi on wybór lokalizacji ustawienia pojemników wykonawcy realizującemu usługę. Tymczasem przedmiotowe pojemniki cechują się na tyle specyficzną budową i technologią opróżniania, że do ich obsługi (do odbioru znajdujących się w nich odpadów) konieczne jest wykorzystanie specjalistycznych, dedykowanych pojazdów odbierających odpady. Oznacza to z jednej strony konieczność zakupienia przez wykonawców takiego dedykowanego pojazdu, z drugiej zaś poniesienia kosztów związanych z odbiorem odpadów - tj. jego przejazdem związanym z odbiorem odpadów tylko z tych specyficznych pojemników udostępnionych przez Zamawiającego. Kluczowa dla określenia ww. kosztów przejazdu jest wiedza, w jakich lokalizacjach będą usytuowane pojemniki i jakie frakcje odpadów będą w nich gromadzone - to bowiem będzie determinowało długość tras pokonywanych przez ten pojazd oraz liczbę wykonywanych w związku z tym kursów - wpływając tym samym znacząco na koszty ponoszone przez

Wykonawcę. Mając na uwadze, że ww. okoliczności będą uzależnione od woli Zamawiającego (nie zaś czynników zewnętrznych lub nieprzewidywalnych), celowe jest nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie ww. kwestii - pozwoli to bowiem ograniczyć trudności w kalkulacji ceny ofertowej i tym samym w bardziej precyzyjny sposób przygotować

oferty wykonawcom.

2. Uzasadnienie zarzutów dotyczących ukształtowania stosunku prawnego w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i dobre zwyczaje

2.1. Uzasadnienie zarzutu odnoszącego się do obowiązku odbioru odpadów niezależnie od okoliczności Przewidziany w postanowieniu rozdziału III pkt 4 ppkt 2) SWU obowiązek uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia - w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowlane), w powiązaniu ze znajdującym się na końcu tego postanowienia zapisem, iż brak ww. ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową, jest równoznaczny z nakazaniem Wykonawcy odbierania odpadów również w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej dojazd do miejsca gromadzenia odpadów. Zauważyć należy, że w ramach świadczenia usługi stanowiącej przedmiot zamówienia wykonawca jest zobligowany do samodzielnego wytaczania (względnie wynoszenia) pojemników z nieruchomości (w tym w szczególności w zabudowie wielorodzinnej, np. bloki mieszkalne, kamienice) z miejsca, w którym te pojemniki są zlokalizowane (miejsca gromadzenia odpadów) do pojazdu odbierającego odpady i odstawienia pustych pojemników z powrotem na to miejsce. Kwestionowany zapis wprowadza obowiązek wykonywania ww. czynności nawet wówczas, gdy pojemniki na odpady będą zlokalizowane w znacznej odległości od pojazdu odbierającego odpady lub w miejscach trudno dostępnych, z których ich przetransportowanie (przeniesienie lub przetoczenie) do pojazdu odbierającego odpady często będzie niebezpieczne i pozostawać będzie w sprzeczności z obowiązującymi normami bezpieczeństwa i higieny pracy. Stosownie bowiem do postanowienia § 7 Rozporządzenia BHP Transportowego, organizując ręczne prace transportowe należy brać pod uwagę konieczność unikania ręcznego przemieszczania przedmiotów, gdy m.in.: 4) kształt lub struktura przedmiotu może powodować urazy u pracownika, zwłaszcza w przypadku kolizji, 7) wykonanie pracy wymaga pochylenia tułowia pracownika o kąt większy niż 45o lub wykonania czynności przemieszczania w pozycji niestabilnej, 9) stanowisko pracy lub jego otoczenie uniemożliwia przemieszczanie przedmiotu na wysokości zapewniającej bezpieczeństwo lub przy prawidłowej pozycji ciała pracownika, 10) powierzchnia jest nierówna, stwarzająca zagrożenie przy poruszaniu się lub jest śliska w zetknięciu ze spodem obuwia pracownika, 13) przedmiot ogranicza pole widzenia pracownika. Nadto, zgodnie z

ust. 1 Rozporządzenia BHP Transportowego, przy pracach związanych z ręcznym przemieszczaniem przedmiotów należy zapewnić wystarczającą przestrzeń, zwłaszcza w płaszczyźnie pionowej, umożliwiającą zachowanie prawidłowej pozycji ciała pracownika podczas pracy. Stosownie zaś do ust. 2 tego paragrafu, niedopuszczalne jest ręczne przemieszczanie przedmiotów przez pomieszczenia, schody, korytarze albo drzwi zbyt wąskie w stosunku do rozmiarów tych przedmiotów, jeżeli stwarza to zagrożenia wypadkowe. Natomiast w świetle postanowienia 8 § ust. 3 Rozporządzenia BHP Transportowego, niedopuszczalne jest ręczne przemieszczanie ładunków na wózkach po terenie o nachyleniu większym niż 8% lub na odległość większą niż 200 m. W tym zakresie postanowienia SWU nakazujące wykonawcy odbieranie odpadów z nieruchomości niezależnie od jakichkolwiek przeszkód, trudności i ograniczeń (w razie braku ustaleń z właścicielami nieruchomości) mogą prowadzić do nakazania Wykonawcy odbierania odpadów nawet wówczas, jeśli będzie to pozostawało w sprzeczności z obowiązującym prawem, tj. z przepisami prawa pracy i normami bhp. Zgodnie z art. 3531 k.c. (stosowanym odpowiednio do umów w sprawie zamówienia publicznego na mocy postanowienia art. 139 ust. 1 ustawy PZP) 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. Jak się wskazuje w doktrynie, użyte w przedmiotowym przepisie pojęcie „ustawy” dotyczy wszelkich przepisów zawartych w ustawie lub wydane na podstawie wyraźnej delegacji ustawowej, a także aktów prawa miejscowego (por. A. Olejniczak, komentarz do art. 3531 k.c., A. Kidyba (red.) Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, LEX 2017, podobnie A. Rzetecka - Gil, komentarz do art. 3531 k.c., Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania - część ogólna, LEX 2017). Wymaganie od wykonawcy, aby realizował on swoje świadczenie w sposób naruszający zasady bhp niewątpliwie pozostaje w sprzeczności z normami rangi ustawowej oraz z przepisami rozporządzeń wydanych na podstawie wyraźnej delegacji ustawowej. Przepis art. 207 kodeksu pracy wskazuje bowiem jednoznacznie, że pracodawca ponosi odpowiedzialność za stan bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie pracy (§ 1 zd.

1) i jest on zobowiązany chronić zdrowie i życie pracowników przez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków przy odpowiednim wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki. Ww. obowiązek pracodawcy doprecyzowują postanowienia Rozporządzenia BHP Ogólnego wydanego na podstawie delegacji ustawowej zapisanej w art. 23915 § 1 k.p. Zgodnie z § 39 ust. 1 ww. rozporządzenia, pracodawca realizuje obowiązek zapewnienia pracownikom bezpieczeństwa i higieny pracy w szczególności przez zapobieganie zagrożeniom związanym z wykonywaną pracą, właściwą organizację pracy, stosowanie koniecznych środków profilaktycznych oraz informowanie i szkolenie pracowników.

Stosownie zaś do treści § 40 ust. 2 Rozporządzenia BHP Ogólnego, w razie stwierdzenia bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia pracowników, osoba kierująca pracownikami jest obowiązana do niezwłocznego wstrzymania prac i podjęcia działań w celu usunięcia tego zagrożenia. Powyższe powoduje, że wykonywanie pracy przez zatrudnione osoby w sposób naruszający przepisy bezpieczeństwa i higieny pracy (w tym w szczególności przywołane we wcześniejszej części niniejszego Odwołania przepisy Rozporządzenia BHP Transportowego) pozostawałoby w sprzeczności z obowiązującym prawem - sprzeciwiałoby się ustawie w rozumieniu art. 353¹ k.c. Co więcej, wymaganie od wykonawcy realizującego zamówienie, aby nakazywał swoim pracownikom (względnie - pracownikom zatrudnionych przez siebie podwykonawców) pracę w sposób niezgodny z przepisami bhp pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godząc jednoznacznie w istotne dobro, jakim jest zdrowie i życie owych pracowników. Wobec powyższego, ukształtowanie przez Zamawiającego treści stosunku umownego wynikającego z udzielenia zamówienia w sposób dopuszczający (a wręcz wymuszający) pracę z naruszeniem zasad BHP należy uznać za działanie naruszające przepis art. 353¹ k.c. jako wykraczające poza granice swobody umów wyznaczone tym przepisem. Jednocześnie Odwołujący zastrzega, że rozumie potrzebę Zamawiającego związaną z zapewnieniem, aby odpady komunalne były odbierane z nieruchomości nawet wówczas, jeśli będą powstawały trudności czy przeszkody związane z dojazdem do miejsc gromadzenia odpadów. Przewidziane w SWU rozwiązanie związane z dokonaniem uzgodnień z właścicielem nieruchomości jest co do zasady rozwiązaniem zasadnym, stanowiącym swego rodzaju kompromis pomiędzy bezwzględnym obowiązkiem odbierania odpadów w każdych okolicznościach, a zwolnieniem Wykonawcy z jego realizacji w przypadku trudności w dojeździe do miejsc gromadzenia odpadów. Tym niemniej za nieprawidłowe i sprzeczne z przywołanymi zasadami musi być uznane postanowienie, zgodnie z którym brak ustalenia z właścicielem miejsca odbioru odpadów - niezależnie od przyczyn braku takiego ustalenia - w żadnym przypadku nie zwalniałby wykonawcy z odpowiedzialności za nieodebranie odpadów. Możliwe są przecież sytuacje, w której wykonawca, działając w dobrej wierze będzie próbował dokonać ustaleń, lecz z przyczyn niezależnych od niego będzie to niemożliwe (np. brak kontaktu z właścicielem czy brak jakiegokolwiek woli na zmianę dotychczasowego miejsca odbioru odpadów). Dlatego też celowe jest nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowienia rozdziału III pkt 4 ppkt 2) SWU w taki sposób, aby tylko w sytuacjach, gdy to z winy wykonawcy nie dojdzie do ustaleń (gdy wykonawca nie podejmie próby dokonania takich ustaleń lub będzie prowadził rozmowy z właścicielem w niewłaściwy sposób, np. bez woli wypracowania odpowiedniego rozwiązania), utrzymana została odpowiedzialność za niewykonanie obowiązku odbioru.

2.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego kolidujących ze sobą obowiązków umownych. Za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należy uznać przewidzenie przez Zamawiającego takich obowiązków, których wykonanie może narażać wykonawcę na odpowiedzialność za niewykonanie innych obowiązków. Tymczasem w taki sposób na gruncie niniejszego Postępowania zostały przewidziane obowiązki dotyczące niedopuszczania do przepełniania pojemników na odpady. Z jednej bowiem strony Zamawiający przewidział, że Wykonawca zobowiązany jest dokonywać odbioru odpadów zgodnie z opracowanym przez siebie Harmonogramem, zapewniającym częstotliwość, która ma gwarantować niedopuszczenie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności oraz musi systematycznie przeprowadzać własną kontrolę stopnia ich napelnienia w celu niedopuszczenia do przepełnienia (rozdział II pkt 4 ppkt 2 i 3 SWU). Z drugiej jednak strony SWU zabrania Wykonawcy dokonywania zmian Harmonogramu bez zgody Zamawiającego (postanowienie rozdziału III pkt 6 ppkt 3 SWU nakazuje wprowadzanie zmian w Harmonogramach w zakresie m.in. częstotliwości wyłącznie po akceptacji Zamawiającego), przy czym naruszenie ww. obowiązku jest zagrożone wysoką karą, sięgającą 5 000 zł (§ 15 ust. 2 pkt 3 lit. c) Projektu Umowy). Takie ukształtowanie obowiązków Wykonawcy i zasad odpowiedzialności za ich niewykonanie w istocie może uniemożliwiać prawidłowe wykonanie umowy. W sytuacji bowiem, gdy prowadzone przez Wykonawcę kontrole (rozdział II pkt 4 ppkt 3 SWU) będą wskazywały na konieczność zwiększenia częstotliwości odpadów celem niedopuszczenia do wypełnienia pojemników powyżej poziomu 80% ich pojemności (rozdział II pkt 4 ppkt 2 SWU), Wykonawca powinien, celem niedopuszczenia do takiego wypełnienia, niezwłocznie zwiększyć częstotliwość odbioru - pod rygorem zapłaty wysokich kar umownych, naliczanych za każdy przepełniony pojemnik na odpady (§ 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) - r) Projektu Umowy. Jednakże takiej zmiany Wykonawca nie będzie mógł dokonać, dopóki nie uzyska zgody Zamawiającego (rozdział III pkt 6 ppkt 3 SWU) - w przeciwnym razie może zostać na niego nałożona kara przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. c) Projektu Umowy. W praktyce procedura uzyskiwania zgody Zamawiającego na zmianę harmonogramu (która może się przedłużać z wielu przyczyn niezależnych od Wykonawcy) czy też nawet odmowa takiej zgody będzie uniemożliwiała Wykonawcy odpowiednie dostosowanie częstotliwości odbioru odpadów - w konsekwencji narażając go na zapłatę kar umownych za przepełnienie pojemników. Celem wyeliminowania ww. kolizji postanowień umownych celowe jest nakazanie Zamawiającemu zmiany przywołanych postanowień, przy czym w ocenie

Odwołującego może to zostać zrealizowane poprzez:

9. dokonanie zmiany projektu Umowy:

- wykreślenie tego postanowienia dotyczącego kary umownej za brak dokonanie zmian w Harmonogramach bez zgody Zamawiającego lub
- nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „c) w wysokości 5 000,00 zł - za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek wprowadzenia zmian w Harmonogramach, o których mowa w SWU bez wymaganej akceptacji Zamawiającego, chyba że potrzeba dokonania takiej zmiany była uzasadniona koniecznością niedopuszczenia do przepełnienia pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych,”;
- a. wykreślenie z Projektu Umowy kar za przepełnienie pojemników na odpady (§ 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) - r) z Projektu Umowy).

KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22

16 września 2022 r. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „ALBA” lub „Odwołujący III”) wniósł analogiczne odwołania wobec postanowień SWZ w każdym z wymienionych na wstępie postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

W każdym z tych odwołań Odwołujący ALBA zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1) art. 433 pkt 2 i art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.”, poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „poziomu recyklingu”) w sytuacji, gdy stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie Wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem Umowy. Powyższe polega na tym, że Wykonawca może zrealizować umowę prawidłowo, a mimo to, nie osiągnąć ustalonego poziomu recyklingu. Ponadto całkowite przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie tzw. poziomu recyklingu w sytuacji, gdy oczywistym jest, że Wykonawca nie ma całkowitego wpływu na osiągnięcie tego poziomu (m.in. z powodu pominięcia obowiązku realizacji akcji edukacyjnej, realizowania przez Zamawiającego czynności mających na celu osiągnięcie tego poziomu niezależnie od Wykonawcy a wynikających z przepisów prawa - wykonawca nie ma wpływu na działania

Zamawiającego w tym zakresie, słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” i zmiany zasad obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych wprowadzonych rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz.U. 2021 poz. 1530)), jest niezgodne z obowiązkiem współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą przy wykonaniu Umowy. W konsekwencji - ponieważ odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił Zamawiający w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) [odpowiednio dla sektorów I i III oraz lit. q dla sektorów II i IV] wzoru umowy, jest nieadekwatne do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i co za tym idzie rażąco wygórowana;

2) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c. art. 3531 k.c., art. 487 § 2 k.c. i art. art. 483 § 2 k.c. w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających przepisy powszechnie obowiązującego prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie obowiązku osiągnięcia umownych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz wobec

przewidywanych kar umownych za nieosiągnięcie tych poziomów w sytuacji, gdy ich osiągnięcie przy ustalonym braku narzędzi po stronie Wykonawcy do wyegzekwowania „u źródła” selektywnej zbiórki, na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego 35% jest wysoce utrudnione. Ponadto Zamawiający uzyskuje z innych źródeł niż realizacja umowy przez Wykonawcę odpady, które może zaliczyć do poziomów recyklingu (punkty skupu, kompostowniki), zatem skoro Zamawiający w ramach własnych uprawnień uzyskuje pewien procent poziomu recyklingu, to wymagać powinien od Wykonawcy realizacji poziomu w zakresie odpowiadającym pozostałym do sumarycznego osiągnięcia 35 % poziomu recyklingu w 2023 r. W innym wypadku należy uznać, że skoro Zamawiający sam w określonym procencie np. 10 %, jest w stanie uzyskać jakąś część ustalonego do realizacji poziomu recyklingu, to przeniesienie na Wykonawcę obowiązku zrealizowania poziomu w wysokości 35%, stanowi przeniesienie na Wykonawcę obowiązku wykraczającego poza przepisy ustawy nakładające na gminę obowiązek osiągnięcia rocznego poziomu, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem a priori obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej staranności, z powodów całkowicie od niego niezależnych. Jednocześnie działanie takie narusza art. 16 p.z.p., gdyż pozostaje nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

3) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym możliwości jednostronnego zmniejszenia lub zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia - poprzez zmniejszenie lub zwiększenie ilości obsługiwanych nieruchomości przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 4 projektu umowy;

4) art. 441 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym prawa opcji przewidzianego w pkt II.2.11, zmienionym w dniu 9.09.2022 r. ogłoszeniu o zamówieniu, które nie określają maksymalnej wartości opcji ani okoliczności skorzystania z opcji wobec wskazania, że „w razie zmiany prawa, w tym miejscowego, Zamawiający będzie miał prawo do zmiany zakresu obsługiwanych nieruchomości”;

5) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie w rozdziale XIII pkt 1 [odpowiednio dla sektorów I i III oraz XII pkt 1 dla sektorów II i IV] SWU wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów stawianych systemowi wizyjnego monitorowania pojazdów;

6) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie w rozdziale IX ust. 3 pkt 4 [odpowiednio dla sektorów I i III oraz VIII ust. 3

pkt 4 dla sektorów II i IV] SWU wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję i w sposób niezrozumiały ogranicza możliwość magazynowania odpadów do 3 miesięcy;

7) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku podania przez Zamawiającego w Rozdziale II pkt 10 [odpowiednio dla sektorów I i III oraz II pkt 10 dla sektorów II i IV] SWU lokalizacji i terminu podstawienia pojemników oraz braku wskazania odpowiedzialności za stan techniczny i ew. podstawienie pojemników zastępczych, co uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe oszacowanie ceny oferty, ponadto obsługa tego rodzaju pojemników narzuca na Wykonawcę konieczność posiadania od pierwszego dnia realizacji umowy, specjalistycznego pojazdu, który

jest dedykowany do opróżniania tych pojemników;

8) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku podania przez Zamawiającego w Rozdziale VII SWU w jakich sytuacjach Zamawiający zamierza zlecić prace interwencyjne, na czym te prace mają polegać;

9) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym sposobu realizacji zawartego w §12 Projektu umowy obowiązku, dot. spełniania wymagań określonych w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tj. Dz.U. 2022 r. poz. 1083 ze zm.), tj. Zamawiający nie podał jak będzie weryfikował spełnienie obowiązku oraz nie podał w jak wyliczyć stosunek udziału pojazdów spełniających wymogi wynikające z ustawy o elektromobilności, w stosunku do pozostałych pojazdów, nie podał także w jakich odstępach czasu następować ma weryfikacja w tym zakresie;

10) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego obsługi nieruchomości niezamieszkałych - brak procedury obsługi, brak danych z deklaracji, brak częstotliwości podstawienia /odbioru w opisie przedmiotu zamówienia);

11) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, dotyczącego realizacji usługi w zakresie odbioru odpadów wielkogabarytowych - brak w SWZ podania ile podstawień kontenerów i na jakich lokalizacjach przewiduje Zamawiający (konieczny harmonogram), brak określenia średniej wagi odpadów w kontenerze, jaką wykonawca powinien przyjąć w kalkulacji, przy jednoczesnym ustaleniu nadmiernego przydzielenia Wykonawcy obowiązku odbioru odpadów i sprzątnięcia miejsca ustawienia kontenerów jeszcze 3 dni po jego zabraniu. Obowiązek taki spoczywa na - właścicieli nieruchomości i jako nadmierny warunek realizacji przedmiotu zamówienia w stosunku do zapewnienia potrzeb Zamawiającego wynikających z prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia zawarty w opisie przedmiotu zamówienia powinien zostać usunięty;

12) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego obowiązków Wykonawcy związanych obowiązkiem Wykonawcy w zakresie wyposażania aptek w pojemniki na zbieranie zużytych strzykawek i igieł oraz braku utworzenia w zestawieniu kosztów przez Zamawiającego pozycji dla tego rodzaju usługi lub wskazania innego sposobu rozliczenia;

13) art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 5 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że waloryzacja wynagrodzenia

umownego zgodnie z postanowieniami § 18 ust. 4 lit e Postanowień Umowy możliwa jest po upływie 12 miesięcy, podczas gdy tempo wzrostu cen materiałów, energii i usług w związku z wysoką inflacją jest tak duże, że waloryzacja wynagrodzenia powinna być przeprowadzana co 6 miesięcy i kolejna po kwartale. Jednocześnie Zamawiający wprowadził 4,5 % limit kwoty o jaką można dokonać waloryzacji. Mając na uwadze aktualną sytuację gospodarczą tak ustalony limit nie zapewnia realizacji celu jaki ma spełniać prawidłowo ustalona klauzula waloryzacyjna;

14) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.2. SWZ w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w sytuacji gdy ww. zapis SWZ jest niejasny i niejednoznaczny, gdyż nie wynika z niego czy Zamawiający uzna, że warunek udziału jest spełniony w sytuacji, gdy wykonawca nie realizował usługi bezpośrednio na rzecz gminy, tj. w sytuacji gdy Wykonawca był podwykonawcą, co oznacza, że wprawdzie realizował usługę w ramach umowy realizowanej na rzecz gminy, ale jego świadczenie nie było usługą dla gminy, ani czy Zamawiający uzna, że warunek udziału jest spełniony, w sytuacji, gdy Wykonawca realizował usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości niezamieszkałych lub z terenu PSZOK, innymi słowy Wykonawca nie ma pewności czy warunek udziału należy rozumieć w taki sposób, że zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów powinno być udzielone przez gminę i obejmować 100 000 mieszkańców;

15) art. 436 pkt 1 ustawy Pzp i art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c. i art. 5 k.c. poprzez określenie przedmiotu zamówienia, co do terminu realizacji poszczególnych elementów usługi, w szczególności czynności przygotowawczych, poprzedzających rozpoczęcie usług odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Sektora, w sposób nieproporcjonalnie krótki 30 dni, nieuwzględniający minimalnych terminów koniecznych do spełnienia świadczenia w sposób należyty, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz sprzeczny z właściwością stosunku prawnego i naruszający kontraktową równowagę stron, w szczególności poprzez zaniechanie wyznaczenia minimalnego okresu pomiędzy podpisaniem umowy, a rozpoczęciem świadczenia usługi, co utrudnia rzetelną kalkulację oferty, stwarza ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, uprzywilejowuje wykonawców obecnie realizujących usługę na rzecz Zamawiającego;

Odwolujący ALBA wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1. zmiany § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) [lit. q w dokumentacji dla sektorów II i IV] Projektu umowy w taki sposób, by obowiązki Wykonawcy w zakresie pkt XVII [pkt XVI w dokumentacji dla sektorów II i IV] SWU i co za tym idzie kara umowna była ustalona w wysokości adekwatnej do obiektywnych możliwości wykonawcy zapewnienia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, jednak nie więcej niż 50% kary nałożonej na Zamawiającego na podstawie przepisów u.c.p.g. za nieuzyskanie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1 u.c.p.g.; ewentualnie

wykreślenia § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) [lit. q w dokumentacji dla sektorów II i IV] Projektu umowy;

2. Zmiany postanowień Rozdziału XVII pkt 7 [Rozdziału XVI w dokumentacji dla sektorów II i IV] SWU, w sposób, który dostosuje wskazany tu wzór obliczania wysokości kary za nieosiągnięcie poziomu recyklingu do realnego wpływu stron Umowy na jego osiągnięcie, wynikający z tego, jaki procent realizacji poziomu

samodzielnie, niezależnie od Wykonawcy osiąga gmina - Zamawiający - 10 %. Następnie pozostawienie Wykonawcy do realizacji poziomu odpowiadającego 25% będącym różnicą pomiędzy poziomem recyklingu 35% a poziomem uzyskiwanym przez Zamawiającego 10%, tj. np. w sposób następujący:

$WK2 = (MB1 - 10\%) \times S$
gdzie:

- a) WK2 - wysokość kary wyrażona w zł;
- b) MB1 - brakująca masa odpadów komunalnych,
- c) 10% samodzielnie uzyskany przez Zamawiającego poziom recyklingu;

d) S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.).

3. Zmiany postanowień § 1 ust. 4 Projektu umowy w sposób zapewniający:

a) jednoznaczne określenie jakiego rodzaju nieruchomości Zamawiający będzie mógł

wyłączyć od świadczenia usługi, np. nieruchomości niezamieszkałe;

b) ustalenie zasad przeliczania zmiany wynagrodzenia w przypadku wprowadzenia ograniczenia zakresu przedmiotu umowy na skutek ograniczenia zakresu

obsługiwanym nieruchomości;

ewentualnie

wykreślenia § 1 ust. 4 Projektu umowy;

4. Usunięcia niezgodnych z przepisami prawa - w tym ustawy Pzp regulacji dotyczących prawa opcji zawartych w dokumentacji Postępowania- § 2 ust. 3-6 Projektu Umowy, ogłoszeniu o zamówieniu,

ewentualnie

zastąpienia niezgodnych z przepisami prawa regulacji dotyczących prawa opcji zawartych w dokumentacji Postępowania postanowieniami zgodnymi z regulacją

ustawy Pzp;

5. zmiany postanowień w pkt 1 rozdziału XIII SWU oraz postanowień załącznika nr 24 [rozdziału XII SWU oraz postanowień załącznika nr 23 w dokumentacji dla sektorów II i IV] do SWU, w taki sposób, aby uzyskał brzmienie odpowiadające następującym warunkom: Wszystkie pojazdy służące do odbioru odpadów z MGO powinny być wyposażone w sprawny system:

a) wideo rejestracji obrazu z możliwością przekazywania go w czasie rzeczywistym,

b) monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiającym trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu i miejscach postojów pojazdów,

c) czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów.

6. Dokonanie zmiany postanowień rozdziału IX ust. 3 pkt 4 [VIII ust. 3 pkt 4 w dokumentacji dla sektorów II i IV] SWU w taki sposób, aby wykreślono z niego ograniczenie magazynowania odpadów tylko do 3 miesięcy;

7. Sprecyzowania postanowień Rozdziału II pkt 13 SWU w taki sposób, aby wykonawca mógł ustalić w jakich lokalizacjach i w jakim terminie ma dokonać podstawienia pojemników oraz wskazanie kto ponosi odpowiedzialność za stan techniczny i ewentualne podstawienie pojemników zastępczych;

8. Sprecyzowania postanowień Rozdziału VII SWU w taki sposób, aby wykonawca mógł ustalić w jakich sytuacjach Zamawiający zamierza zlecić prace interwencyjne oraz z jakich nieruchomości;

9. Sprecyzowania postanowień SWZ w zakresie dotyczącym obowiązku Wykonawcy wynikającego z § 12 Projektu Umowy, w taki sposób aby wskazane zostało wg jakiego wzoru ustalany będzie stosunek pojazdów spełniających wymogi o elektromobilności w odniesieniu do pozostałych pojazdów, za pomocą których Wykonawca ma świadczyć usługę i w jakich odstępach czasu kwestia ta ma być weryfikowana (czy dotyczy to tylko pojazdów zgłoszonych podstawowych czy pojazdów faktycznie odbierających odpady w danej wskazanej przez Zamawiającego

jednostce czasu);

10. Sprecyzowania postanowień SWZ w zakresie dotyczącym obowiązku Wykonawcy w zakresie realizacji usługi na nieruchomościach niezamieszkałych poprzez:

a) Ustalenie procedury obsługi tych nieruchomości (w jaki sposób będą wykonawcy zgłaszane nieruchomości do obsługi i jakie dane otrzyma wykonawca)

b) Ustalenia w jaki sposób będą zgłaszane podstawienia/ zabrania czy też częstotliwość odbioru odpadów;

c) Zawarcie w postanowieniach SWZ danych z deklaracji dla nieruchomości niezamieszkałych;

d) Ustalenie, prawa do odmowy przyjęcia zlecenia podstawienia pojemników do czasu poprawienia deklaracji nieprawidłowo wypełnionej, tj. takiej gdzie udział odpadów zmieszanych jest niezgodny z regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu;

11. Sprecyzowania postanowień SWZ w zakresie dotyczącym obowiązku Wykonawcy w zakresie realizacji usługi odbioru odpadów wielkogabarytowych, w taki sposób, aby Wykonawca nie miał obowiązku odbioru odpadów i sprzątnięcia miejsca ustawienia kontenerów jeszcze 3 dni po ich zabraniu (- jest to obowiązek właściciela nieruchomości) oraz aby każdy Wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu mógł uzyskać informacje dotyczące:

a) ilości podstawień kontenerów i na jakich lokalizacjach przewiduje Zamawiający (konieczny harmonogram),

b) średniej wagi odpadów w kontenerze, jaką Wykonawca powinien przyjąć w kalkulacji;

c) Instrukcji postępowania w przypadku zgromadzenia w kontenerze odpadów innych niż wielkogabarytowe i sposobu rozliczenia usługi;

12. Sprecyzowania postanowień SWZ w zakresie dotyczącym obowiązku Wykonawcy w zakresie wyposażenia aptek w pojemniki do zbierania zużytych strzykawek i igieł poprzez utworzenia w zestawieniu kosztów przez Zamawiającego pozycji dla tego rodzaju usługi lub wskazanie na inny sposób rozliczenia;

13. Zmiany postanowień § 18 ust. 4 lit e o kolejne w taki sposób, aby umożliwiły dokonanie waloryzacji wynagrodzenia po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy wg wskaźnika uprawniającego do dokonania zmiany wynagrodzenia wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych za kwartał do poprzedniego kwartału, a nie średniorocznego wskaźnika cen towarów konsumpcyjnych i usług oraz aby Zamawiający dopuszczał maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ± 20 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.

14. Sprecyzowania postanowień SWZ w zakresie dotyczącym warunku udziału z pkt 1.2.2.2 rozdziału IV SWZ w taki sposób, aby jego treść nie budziła wątpliwości i była jednoznaczna, tj. aby uzyskać brzmienie: „wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie

ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych na podstawie umowy zawartej bezpośrednio z gminą, w ramach której obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”;

15. Zmiany postanowień § 4 ust. 3 Projektu Umowy w taki sposób aby uzyskać brzmienie: „Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. XI pkt 2, rozdz. XIII pkt 2, rozdz. XVI, [rozdz. X pkt 2, rozdz. XII pkt 2, rozdz. XV w dokumentacji dla sektorów II i IV] świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia 01.01.2023 r. i nie później niż do dnia 31.12.2023 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 60 dni od dnia zawarcia umowy”;

Uzasadniając odwołanie, Odwołujący ALBA wskazał:

Wstęp

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych

pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole.

2. Zamówienie będzie realizowane od dnia zawarcia umowy do dnia 29.02.2024 r.

3. Przedmiotowe Postępowanie zostało ogłoszone w wyniku unieważnienia w dniu 27.07.2022 r. wcześniej ogłoszonego postępowania na świadczenie usługi „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV - Psie Pole”, które miało trwać od dnia zawarcia umowy do dnia 28.02.2026 r. Wcześniejsze Postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy pzp, tj. z powodu ustalenia przez Zamawiającego, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu Zamówienia.

4. Zamawiający przygotował dokumentację Postępowania w taki sposób, który ujawnia jego zamiar zmniejszenia zakresu przedmiotu zamówienia w stosunku do wcześniej ogłoszonego Postępowania. Jednocześnie dokonał tego w sposób sprzeczny z przepisami ustawy pzp, co doprowadziło do uniemożliwienia Odwołującemu złożenia oferty, która możliwa będzie do porównania z innymi ofertami złożonymi w Postępowaniu - postanowienia dokumentacji postępowania jako nieprawidłowe, nieprecyzyjne - uniemożliwiają prawidłowe skalkulowanie i sporządzenie oferty przez wykonawców.

I. AD. ZARZUT 1 (kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu)

1. Zamawiający w pkt 4 ppkt 8 Rozdziału I Załącznika nr 1 do SWZ -Szczegółowych Warunków Umowy (dalej: SWU), określił, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do osiągania rocznych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

2. Rozdział XVI SWU (str. 39-40) zawiera regulacje dotyczące obowiązków Wykonawcy w związku z koniecznością osiągnięcia przez niego rocznych poziomów recyklingu. Treść SWU mająca istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie zarzutów dot. poziomów

recyklingu:

Pkt 1 ppkt 2 Rozdziału XVI SWU:

„ Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów: (..)

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w wysokości 35% wagowo za rok 2023, na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Osiągany w roku rozliczeniowym poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się:

a) zgodnie z zasadami określonymi w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

b) w stosunku do masy odpadów tych rodzajów odpadów uwzględnianych w obliczeniach poziomów zgodnie z przepisami powołanymi w lit. a, które w toku wykonywania przedmiotu zamówienia Wykonawca odebrał od właścicieli nieruchomości, zebrał lub zostały Wykonawcy przekazane przez Zamawiającego do zagospodarowania”.

pkt 7 ppkt 2 rozdziału XVI SWU:

„Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów:

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

$WK2 = MB1 \times S$

gdzie:

- WK2 -wysokość kary wyrażona w zł,
- MB 1 -brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

- S -stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.)”.

3. Zgodnie z pkt 4ppkt 3 i 4 rozdziału III SWU po stronie Wykonawcy leży kontrola zawartości pojemników i worków co do zgodności zbieranych w nich odpadów z Regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminach, przy czym jeżeli właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów, Wykonawca przekazuje o tym stosowną informację Zamawiającemu i właścicielowi nieruchomości, a następnie -zgodnie z tymi postanowieniami SWU ma obowiązek odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne.

4. Zamawiający nie umieścił w dokumentacji postępowania obowiązku przeprowadzania akcji edukacji ekologicznej przez Wykonawcę, która to okoliczność ma bezpośrednie przełożenie na kształtowanie świadomości społeczeństwa o istotnym znaczeniu segregowania odpadów i w konsekwencji ma przełożenie na osiąganie poziomów recyklingu.

5. Ponadto Zamawiający ustanowił kary umowne za nieosiągnięcie poziomu recyklingu w §15 ust. 2 pkt 14 lit r [q] (str. 25) projektu Umowy -załącznika nr A do SWZ, w sposób następujący:

„r) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVI, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz.U. 2021 r. poz. 1973 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVI, pkt 1, ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVI, pkt 7, ppkt 2)”.

6. Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia dokumentacji Postępowania, że nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przeniósł na Wykonawcę pełną odpowiedzialność, jaką może ponieść Gmina Wrocław (Zamawiający) za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w ramach sektora, którego dotyczy przedmiot Umowy. Wyprzedzając argumentację Zamawiającego, która zapewne zmierzać będzie do tego, że kwestię przeniesienia na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomów recyklingu rozważała Izba w postępowaniach odwoławczych odpowiednio w 2020 r. i 2022 r., Odwołujący podaje, że z uwagi na istotne zmniejszenie i zmianę opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do poprzednich postępowań (np. zmniejszenie częstotliwości odbioru odpadów selektywnie zbieranych utrzymywanie wysokiej częstotliwości odbioru dla odpadów zmieszanych), obciążenie Wykonawcy w rzeczywistości wyższą niż ustawowo przypisaną Gminie odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomu recyklingu na poziomie 35% w 2023 r. jest wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 431 ustawy pzp, a osiągnięcie ustalonego poziomu doznaje jeszcze większych przeszkód-ryzyko jego nie osiągnięcia jest jeszcze wyższe niż w poprzednich Postępowaniach. Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę”. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

7. Odwołujący wskazuje, na szereg obowiązków, które w celu osiągnięcia poziomów recyklingu zrealizować musi gmina - tu Zamawiający, a na jakie nie ma najmniejszego wpływu Wykonawca. Zgodnie z art. 6c ust. 1 u.c.p.g. to Zamawiający jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, następnie zgodnie z art. 4 u.c.p.g. rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym sposób gospodarowania odpadami w gminie. W art. 4 u.c.p.g. ustawodawca wskazuje na elementy określone w regulaminie, m.in.: d) selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady, e) selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w lit. a, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, które powstały w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu

poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon oraz odpadów tekstyliów i odzieży, a także odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych, f) rodzaju i minimalnej pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, w tym na terenach przeznaczonych do użytku publicznego oraz na drogach publicznych, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym; g) wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione pod lit. a (powyżej) oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów, h) średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach, i) liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków; j) innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami. k) Ustalenia warunków, kiedy obowiązek selektywnej zbiórki uważa się za spełniony.

8. To Zamawiający sprawuje kontrolę nad wypełnieniem obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, ustalając m.in. zasady nakładania i określania opłaty podwyższonej w przypadku stwierdzenia naruszenia zasad selektywnej zbiórki odpadów (art. 9u u.c.p.g., art. 6k ust. 3 u.c.p.g.). Wykonawca w tym zakresie nie ma najmniejszej przestrzeni do działania. Skoro to Zamawiający posiada opisane powyżej instrumenty, które mają wpływ na zdyscyplinowanie mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów i bezpośrednio mogą przełożyć się na realizację poziomu recyklingu, to dla czego Wykonawca obarczony jest pełną odpowiedzialnością za jego nieosiągnięcie. Ponadto Odwołujący dysponuje pismem z Gminy Wrocław, zgodnie z którym Gmina nie wszczęła żadnego postępowania o nałożenie opłaty podwyższonej, pomimo dokonywania w tym zakresie zgłoszeń przez wykonawców, którzy świadczą usługi tożsame z przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego, przeniesienie na Wykonawcę pełnej odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomów recyklingu odbiera motywację Zamawiającemu do podejmowania jakichkolwiek działań mających na celu ich osiągnięcie, co także potwierdza przedstawiony dowód.

9. Wykonawca ma jedynie ograniczony wpływ na osiągnięcie tych poziomów, a w stosunku do poprzednich postępowań jeszcze mniejszy, ponieważ Zamawiający usunął z opisu przedmiotu zamówienia obowiązek prowadzenia akcji edukacyjnej przez Wykonawcę. SWZ nie przewiduje jakichkolwiek działań edukacyjnych, ani innych działań ze strony Zamawiającego czy Wykonawcy, które miałyby prowadzić do podwyższenia poziomu selektywnej zbiórki odpadów.

10. Jedynym obowiązkiem Wykonawcy, który może mieć minimalne przełożenie na osiągnięcie ustalonych poziomów recyklingu jest wskazany wpkt 4 ppkt 3 i 4 rozdziału III SWU obowiązek Wykonawcy polegający na kontroli zawartości pojemników i worków, co do zgodności zbieranych w nich odpadów z Regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminach, przy czym, jeżeli właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów, Wykonawca przekazuje o tym stosowną informację Zamawiającemu i właścicielowi nieruchomości, a następnie - zgodnie z tymi postanowieniami SWU, ma obowiązek odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne. I w tym miejscu Odwołujący podaje, że tak skonstruowane postanowienia powodują zwiększenie udziału odpadów zmieszanych w całym strumieniu odbieranych odpadów, z których to wysortowanie selektywnych odpadów, mających wpływ na osiągnięcie poziomów recyklingu jest znikomy.

11. Zamawiający dodatkowo przyjmuje deklaracje od właścicieli nieruchomości przekazuje do realizacji wykonawcy, które są niezgodnych z regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia co w konsekwencji doprowadza do przekroczenia udziału odpadów zmieszanych w ogólnej masie odpadów odbieranych, a co za tym idzie jeszcze większe ryzyko nieosiągnięcia poziomów recyklingu

12. Osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w przypadku, gdy ponad 50% strumienia odpadów odbieranych w danym Sektorze to odpady zmieszane, dla których poziom recyklingu osiągane przez instalacje komunalne oscylują na poziomie około 3%. Kluczowy, jak pokazuje powyższy przykład, jest wpływ dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recyklingu. Ponieważ odpady zmieszane jako frakcja stanowią ponad połowę strumienia odpadów, to możliwość wysortowania z odpadów zmieszanych - odpadów, które można oddać do recyklera, stanowi o istocie problemu przy uzyskaniu ustalonych poziomów recyklingu. Ponadto recyklerzy posiadają standardy, które wynikają z konkretnych danych technologicznych i składu

chemicznego danego rodzaju odpadu wysortowanego. Zatem tylko niewielki procent

strumienia odpadów zmieszanych będzie mógł mieć udział w uzyskaniu ustalonego poziomu recyklingu. Często w trakcie połączenia się odpadów nadających się do recyklingu w

strumieniu odpadów zmieszanych dochodzi do ich zanieczyszczenia np. papieru czy tworzyw szt. w taki sposób, że nie jest możliwy jego recykling, z tego powodu recykerzy zainteresowani są odpadami selektywnie zbieranymi, a nie wysortowanymi z odpadów zmieszanych. Zamawiający ma pełną wiedzę w zakresie powyższego, ponieważ wynika ona ze sprawozdań składanych Zamawiającemu przez podmioty odbierające odpady z Wrocławia. Jak powyżej wykazano słaba jakość odpadów „u źródła” ma bezpośrednie przełożenie na możliwość uzyskania poziomów recyklingu, natomiast Wykonawca nie posiada narzędzi, które są w dyspozycji Zamawiającego (akcje edukacyjne, system sankcyjny, tworzenie planów i regulaminów), które mogłyby zdyscyplinować mieszkańców do zwiększenia udziału odpadów selektywnie zbieranych w ogólnym strumieniu odpadów. Abstrahując już od faktu, iż Zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu pochodzących z innych źródeł np. z punktów skupu czy wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników. Zgodnie ze sporządzoną na zlecenie Zamawiającego „Analizą stanu gospodarki odpadami komunalnymi dla miasta Wrocławia za rok 2021” to właśnie surowce z punktów skupu były dla Zamawiającego czynnikiem umożliwiającym osiągnięcie poziomów recyklingu w roku 2021;

13. W związku z opublikowanym w dniu 20 sierpnia 2021 r. Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), które weszło w życie w dniu 4 września 2021 r., wprowadzono nowy sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określono nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi. Zgodnie z nową regulacją -masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji, w której dany odpad będzie przygotowany do recyklingu. Masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi -czyli tę, która wliczana jest do poziomów recyklingu, ustala się wg jego wagi, którą Wykonawca przekaże do recyklera -„masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które -po przejściu wszystkich niezbędnych operacji sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów odpadowych, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, oraz zapewnienie wysokiej jakości recyklingu -wprowadzane są do procesu recyklingu, w którego wyniku materiały odpadowe są faktycznie powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje”¹. Zmienia to o tyle sposób ustalania masy odpadów przekazanych do ponownego przetworzenia, że do 2022 r. masą odpadów poddawanych recyklingowi była całkowita masa odpadu przed „doczyszczaniem”. Ponieważ kara umowna przewidziana przez Zamawiającego w Projektowanych postanowieniach wzoru umowy dotyczy nieosiągnięcia przez Wykonawcę poziomu recyklingu, o którym mowa w SWU, rozdział XVI, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz.U. 2021 r. poz. 1973 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVI, pkt 1, ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVI, pkt 7, ppkt 2, to ryzyko jej nałożenia wzrosło na skutek wprowadzenia opisanych powyżej zmian przepisów prawa.

Ponadto ryzyko to obciąża jedynie Wykonawcę pomimo, że nawet w przypadku prawidłowego zrealizowania usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w danym sektorze, posiadania najnowocześniejszych instalacji i sortowni, Wykonawca może nie osiągnąć ustalonego na poziomie 35% dla 2023 r. poziomu recyklingu, a skoro tak, to Zamawiający ustanowił karę umowną, która jest niezwiązana z jej prawidłowym wykonaniem. Bowiem przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu -a wykonanie usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w danym sektorze. Ponadto takie ukształtowanie stosunków w umowie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jest sprzeczne z zasadą współdziałania przy wykonywaniu Umowy wynikająca z art. 431 ustawy pzp. W konsekwencji -ponieważ odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił Zamawiający w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i co za tym idzie rażąco wygórowana. Ponadto postanowienia §15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy są sprzeczne z art. 3b i 9z ust. 2 u.c.p.g, albowiem zmierzają do przeniesienia całości ryzyk związanych z odpowiedzialnością administracyjnoprawną Zamawiającego na wykonawcę będącego stroną stosunku cywilnoprawnego, co narusza wskazane w zarzucie przepisy prawa.

14. Odwołujący podkreśla, że w związku z faktem posiadania przez Zamawiającego szeregu opisanych powyżej narzędzi zmierzających do egzekwowania od mieszkańców selektywnej zbiórki odpadów i odpowiednim brakiem takich narzędzi po stronie Wykonawcy, konieczne

jest podzielenie się odpowiedzialnością za selektywną zbiórkę odpadów, która może doprowadzić do nieosiągnięcia poziomu recyklingu w 2023 r. i prowadzi do nałożenia na podmiot odbierający odpady kary za nieosiągnięcie poziomów recyklingu.

15. Zgodnie z art. 354 k.c. powiązanego w ramach postawionego zarzutu z art. 431 ustawy pzp - dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Wierzycielem w tym przypadku jest oczywiście Zamawiający a dłużnikiem Wykonawca.

16. Z przepisu tego wynika, że Zamawiający jako wierzyciel zobowiązany jest do przyczynienia się do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu jakim ma wpływ na prawidłową realizację zobowiązania. W tym wypadku Zamawiający (gmina) przenosi na Wykonawcę swój obowiązek (osiągnięcia poziomu recyklingu), jednak nie mogąc przenieść na Wykonawcę przysługujących tylko Zamawiającemu narzędzi do wyegzekwowania realizacji obowiązku. Skoro zatem Wykonawca zobowiązany ma być do osiągnięcia poziomu recyklingu, to Zamawiający jako jedyny władny do użycia narzędzi do wyegzekwowania jego osiągnięcia ponosi odpowiedzialność za zrealizowanie tego obowiązku w granicach wynikających z możliwości realnego wpływu na podwyższenie osiągnięcia poziomu recyklingu w wyniku maksymalnego użycia narzędzi przysługujących tylko Zamawiającemu do ich osiągnięcia, bowiem tylko Zamawiający ma możliwość podejmowania działań w jakie wyposażył go ustawodawca, zmierzających do realizacji ustalonych poziomów recyklingu. Jak wskazuje doktryna: Przepis art. 354 § 2 komentowanego artykułu odnosi się do obowiązku współdziałania po stronie wierzyciela. Jest to wyraz istoty stosunków obligacyjnych, które zakładają więź między dwoma podmiotami - dłużnikiem i wierzycielem. Status wierzyciela sam w sobie nie wyłącza obowiązku współdziałania z dłużnikiem. W pierwszej kolejności wierzycielowi stawiany jest obowiązek lojalności w zakresie współdziałania z drugą stroną stosunku prawnego. Wynika z tego, że wierzyciel musi respektować uzasadniony interes dłużnika, a w szczególności winien powstrzymać się od działań utrudniających lub uniemożliwiających spełnienie świadczenia przez dłużnika. Naruszenie przez którąkolwiek ze stron zasady współdziałania będzie prowadzić do ograniczenia, a czasami nawet do zniesienia odpowiedzialności drugiej strony, w sytuacjach określonych w przepisach kodeksu cywilnego lub w umowie stron. Ocena wykonania przez wierzyciela obowiązku współdziałania dokonywana jest w oparciu o omówione wyżej kryteria określone w art. 354 § 1 k.c. (Komentarz do kc. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna).

17. Ustanowienie kar umownych za nieosiągnięcie poziomu recyklingu w sposób dokonany przez Zamawiającego, wobec powyższego stanowi o naruszeniu przez niego swobody kontraktowej z art. 3531 k.c., z jednoczesnym naruszeniem przepisu art. 354 k.c., art. 473, art. 471 i art. 483 k.c.

18. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy - skoro od współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, to pełna odpowiedzialność za ich osiągnięcie nie może spoczywać tylko na Wykonawcy. Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r. KIO 980/18, KIO 983/18 ustaliła, że: „Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. (...) Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. (...) Nie znajduje również uzasadnienia poziom kar umownych, opisanych w § 13 ust. 6, 9 i 10 wzoru umowy, gdyż w ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy”. Ewidentnie w omawianym przypadku zachodzi sytuacja gdy ustanowione w SWZ kary umowne za nieosiągnięcie poziomów recyklingu są zbyt wysokie i nieproporcjonalne do stopnia odpowiedzialności jaki można przypisać Wykonawcy w związku z tym, że to Zamawiający ma w gestii w zasadzie pełnię narzędzi do stymulowania ich osiągnięcia.

19. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP: „Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności

podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych”.

20. Jak już powyżej Odwołujący podał, nawet przy prawidłowej realizacji przedmiotu umowy i jednoczesnym podjęciu najwyższych starań istnieje ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu z przyczyn zaniechania przez Zamawiającego czynności, które mają na celu zdyscyplinowanie mieszkańców, szerzenie świadomości dot. sposobu i wagi dla środowiska segregowania odpadów, może dojść do nieosiągnięcia poziomów recyklingu i to Wykonawca - pomimo braku jakiegokolwiek wpływu na tę sytuację - wobec obecnego brzmienia SWZ ponosi wyłączną odpowiedzialność na zasadzie kary umownej. Dlatego w tym miejscu odwołujący przywołuje Wyrok Izby z dnia 29 października 2018 r. KIO 2085/18, zgodnie z którym: „art. 471 i 473 § 1, 3531 k.c. umożliwiają ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania. Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego mu ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy w zakresie kar umownych nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Podkreślić należy, że istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej jak i jej wysokości zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez Zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części za którą została ustalona kara umowna to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy także, iż podstawą do naliczenia kary umownej jest sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym także jego nieterminowe wykonanie.

21. Ustanowienie kary umownej za nieosiągnięcie poziomu recyklingu stanowi także naruszenie zasad współżycia społecznego i jest niezgodne z zasadą lojalności i uczciwości kupieckiej. Skoro Zamawiający chce obciążyć Wykonawcę pełną odpowiedzialnością za nieosiągnięcie poziomu recyklingu pomimo, że ten nie ma bezpośredniego i pełnego przełożenia na jego osiągnięcie, to inaczej nie może być postrzegane działanie Zamawiającego jak tylko jako działanie naruszające „normy moralne i obyczajowe obowiązujące w stosunkach gospodarczych, które znajdują się poza ramami systemu prawa” - określenie zasad uczciwości kupieckiej z Wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 r., sygn. Akt: I ACa 1103/06, LEX nr 516585.

22. Mając powyższe na uwadze potwierdza się, że Zamawiający naruszył przepisy art. 433

pkt 2 i art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 j.t. ze zm.), dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 354 k.c. w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.” zatem zarzut jest w pełni zasadny, a Zamawiający powinien zmodyfikować postanowienia Umowne dot. kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w sposób, który będzie proporcjonalny do rzeczywistej odpowiedzialności stron umowy za ilość i jakość selektywnej zbiórki odpadów.

II. AD ZARZUT 2

1. Odwołujący przywołując podaną w ramach uzasadnienia zarzutu 1 argumentację, aby jej nie powielać wskazuje, że jest ona aktualna także i dla uzasadnienia zarzutu nr 2, z poniższym rozwinięciem.

2. Kwestia związana z podziałem odpowiedzialności za uzyskanie poziomu recyklingu w 2023 r. na poziomie 35% może być też rozwiązana w sposób wynikający z ujęcia tego zagadnienia w odmienny sposób-tj. zauważenia, że Zamawiający -gmina, niezależnie od realizacji umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia uzyska realizację poziomu recyklingu na poziomie, który odwołujący szacuje jako 10%. W konsekwencji powyższego, skoro Zamawiający ma tego świadomość, to oczywistym jest, że nie powinien wymagać od Wykonawcy realizacji 35 % poziomu, a tylko takiej wartości, która stanowi różnicę.

1. Zamawiający w § 1 ust. 4 Umowy zawarł następujące postanowienie:

„W razie zmiany prawa, w tym prawa miejscowego, Zamawiający będzie miał prawo do zmiany zakresu obsługiwanych nieruchomości. Prawo to będzie przysługiwało Zamawiającemu do końca obowiązywania przedmiotowej umowy. Zamawiający poinformuje Wykonawcę o zmianie zakresu obsługiwanych nieruchomości, poprzez złożenie pisemnego oświadczenia na adres korespondencyjny Wykonawcy. Wykonawca oświadcza, że w związku ze zmianą zakresu obsługiwanych nieruchomości nie będzie wnosił żadnych roszczeń wobec Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany do 30% ilości obsługiwanych nieruchomości”. W §11 ust 11 projektu umowy znajduje się zapis, że:

„Zamawiający zobowiązuje się do zlecenia prac o wartości minimum 30 % wartości umowy”

2. Dyspozycja art. 99 ustawy pzp determinuje, aby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

3. W ocenie Odwołującego, który ma przystąpić do zamówienia publicznego skonstruowanie postanowienia SWZ opartego na przyszłej możliwości wyłączenia lub rozszerzenia ilości nie ruchomości obsługiwanych z całości zamówienia, nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty. Zamawiający wskazuje, że w bliżej nieokreślonej przyszłości może dojść do zmian aktów prawa miejscowego, jednak nie podaje jakich nieruchomości -jednolokalowych, wielolokalowych, mieszanych czy niezamieszkałych, wyłączenie to może dotyczyć. Należy tu nadmienić, że Zamawiający reprezentuje Gminę która to podejmuje rzeczzone akty prawa miejscowego.

4. Odwołujący podaje, że świadczenie usługi w zależności od rodzaju nieruchomości generuje różnego rodzaju koszty. W konsekwencji tak ogólna regulacja, co do możliwości zmiany zakresu świadczenia usługi spowoduje, że każdy z Wykonawców chcący wziąć udział w Postępowaniu, podczas kalkulacji ceny oferty przyjmie inne warianty związane z wyłączeniem lub rozszerzeniem realizacji usługi aż o 30%w zakresie nieruchomości(lub do 30 % w zakresie wartości umowy par 11 ust 11 projektu umowy). Powyższe spowoduje w przypadku wyłączenia spod realizacji usługi -przede wszystkim-konieczność wliczenia w cenę oferty ryzyka związanego z utratą rentowności oraz może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający otrzyma oferty niemożliwe do porównania -każda zostanie opracowana na podstawie osobnych założeń dotyczących aż 30 % nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia w chwili ogłoszenia Postępowania. Jedni wykonawcy założą zwiększenie zakresu przedmiotu o nowe nieruchomości i nie doszacują ceny oferty narażając i siebie na utratę zysku i Zamawiającego na konieczność zaprzestania realizacji kontraktu w obliczu rażącej straty wynikającej z niedoszacowania.

5. Nawet przy założeniu sporego zapasu ceny oferty w rzeczywistości Wykonawcy nie będą w stanie prawidłowo skalkulować oferty. Każde wahania w planowaniu tras odbioru odpadów -jakie wymusi zmiana w zakresie zmniejszenia ilości nieruchomości, przełoży się na pracę ludzi oraz inne koszty stałe, które Wykonawca w celu złożenia prawidłowej oferty musi skalkulować, a przychód z realizacji kontraktu w takim przypadku ulegnie zmniejszeniu. Zmiana ilości nieruchomości oddanych do obsługi Wykonawcy powoduje konieczność zmiany tras odbioru odpadów, które przy niemożliwej do przewidzenia logistyce odbioru odpadów w znacznym stopniu zaburzają możliwość prawidłowej kalkulacji ceny oferty, np. w przypadku gdy z zamówienia wyłączone zostaną losowe nieruchomości na dotychczasowej trasie. Sytuacja ta doprowadzi do chaosu oraz może spowodować nieterminowy odbiór odpadów. Wykonawca na nowo będzie musiał opracowywać harmonogram odbioru odpadów uwzględniając na trasie wyłączone nieruchomości oraz narażony zostaje na ryzyko obciążenia karami umownymi. Zamawiający w postanowieniach SWZ nie przewiduje także żadnego wynagrodzenia w związku z koniecznością pokrycia kosztów przeorganizowania pracy w takiej sytuacji oraz kosztów stałych (koszty stałe wynikają z wyposażenia w samochody, pracowników, bazę, umowy z instalacjami na określoną ilość ton odpadów są przeliczane przez wskazaną w ofercie ilość ton). Zamawiający nie przewiduje też możliwości ustalenia czasu na przygotowanie się Wykonawcy do nowej organizacji świadczenia usługi.

6. Sama wielkość wyłączenia na poziomie 30% stanowi o istotnym ograniczeniu lub zwiększeniu zakresu realizacji usług, co przekłada się na konieczność zatrudnienia lub zwolnienia pracowników, zmniejszenia lub zwiększenia parku maszynowego, itp. W konsekwencji wykreowanie w postanowieniach SWZ uprawnienia po stronie Zamawiającego do jednostronnego rozszerzenia lub ograniczenia zakresu realizacji usług o bliżej nieokreślone rodzaje nieruchomości stanowi nadużycie swojego prawa podmiotowego przez Zamawiającego przy kształtowaniu stosunku prawnego. Wobec powyższego Odwołujący stoi na stanowisku, że ewentualna dopuszczalna zmiana -przy zastrzeżeniu obowiązku po stronie Zamawiającego określenia rodzaju nieruchomości, których ma dotyczyć nie powinna być większa niż 10%.

7. Wyrażony w art. 99 ustawy Pzp obowiązek opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert, wyłącza możliwość pozostawienia tak dużej dowolności w zakresie rozszerzania lub zmniejszania przedmiotu zamówienia, jakiej dopuścił się Zamawiający w tym Postępowaniu w zacytowanych powyżej postanowieniach dokumentacji Postępowania.

8. W oczywisty sposób powyższa konstrukcja ogranicza swobodę wykonawcy, co do realizacji umowy i optymalizacji kosztów w sposób nieprecyzyjny i niemożliwy do

oszacowania w zakresie kosztów, ponieważ Zamawiający wprowadził obowiązek, by wykonawca posiadał uprawnienia do realizacji umowy oraz wliczył w cenę oferty wszelkie elementy kosztotwórcze, które jednak nie są określone na dzień składania ofert przez tego samego Zamawiającego.

9. Odwołujący nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego ustalenia warunków dokumentacji Postępowania, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Odwołujący podkreśla jednak, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe, a skutki niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, tj. w szczególności zasadom uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy, co ma miejsce w niniejszej sprawie, z tych przyczyn konieczna jest zmiana postanowień SWZ w tym zakresie.

10. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 22 września 2020 r. w sprawie o sygnaturze KIO 2065/20 „Zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia”. Powyższe rozstrzygnięcie ma zastosowanie do przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający zaniechał takiego opisu przedmiotu zamówienia, które wyeliminowałby niepewność po stronie wykonawców w zakresie kluczowym do wyceny kosztów realizacji umowy. Wprawdzie wyrok zapadł na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, niemniej argumentacja w nim zawarta pozostaje aktualna i ma odniesienie do niniejszej sprawy.

11. W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

12. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego sformułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty.

13. Ponadto zasada efektywności wymaga, aby wydatkując środki publiczne, Zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Zasadom tym przeczy sytuacja, w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie ryzyka multiplikowane niepotrzebnie przez Zamawiającego.

14. Odwołujący wskazuje również na obowiązek rzeczywistego zastosowania zasady efektywności. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że wskutek niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, rzetelny wykonawca musi kalkulować w ofercie wystąpienie dodatkowego ryzyka, co oczywiście znacząco zwiększa cenę oferty, w szczególności, gdy wykonawca nie ma danych pozwalających na wycenę owego ryzyka. Uwzględnienie przedstawionych tu zarzutów pozwoli zatem na obniżenie poziomu cen w składanych ofertach.

IV. AD zarzut 4 (prawo opcji)

1. Zgodnie z postanowieniami zmienionego w dniu 9.09.2022 r. ogłoszenia o zamówieniu

Zamawiający ustanowił prawo opcji w sposób następujący:

„Zamawiający przewiduje możliwość korzystania z prawa opcji polegającej na rozszerzeniu zakresu zamówienia w zakresie dotyczącym odbioru odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach opisanym w SWU w Dziale IV (o ilości odpadów wskazanych w Załączniku nr III) oraz wydzierżawienia pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi. Zamawiający może korzystać z prawa opcji w przypadku posiadania środków finansowych na realizację tych zadań. Maksymalna wartość opcji wynika z ceny wskazanej przez Wykonawcę w ofercie na usługę objętą opcją i z zakresu tej opcji wskazanej w Załączniku nr III. W razie zmiany prawa, w tym miejscowego, Zamawiający będzie miał prawo do zmiany zakresu obsługiwanych nieruchomości”.

2. Doprecyzowany postanowieniami § 2 ust. 4-6 Projektu Umowy:

4. „Wykonawca każdorazowo zostanie poinformowany pisemnie lub drogą elektroniczną na adres....., o skorzystaniu z prawa opcji przez Zamawiającego wraz

z zakresem, na 30 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia usług, przy czym nie później niż do dnia 30.11.2023 r.

5. Decyzja o realizacji lub rezygnacji z zamówienia opcjonalnego jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego. Zamówienie opcjonalne nie stanowi zobowiązania Zamawiającego do jego udzielenia, jak również nie stanowi podstawy do dochodzenia przez Wykonawcę roszczeń odszkodowawczych z tytułu niezrealizowania zamówienia.

6. Zamawiający może korzystać z prawa opcji przez cały okres trwania umowy, realizacja usług objętych prawem opcji będzie trwała nie dłużej niż do dnia zakończenia realizacji umowy określonego zgodnie z zapisami § 4 ust. 1”.

3. Zastrzeżenie przez Zamawiającego uprawnienia do skorzystania z prawa opcji umożliwia mu rozszerzenie zakresu nabywanych świadczeń lub obowiązków wykonawcy w sposób jednostronny. Z drugiej strony wymusza na Zamawiającym przewidzenie w sposób szczegółowy zakresu, w jakim będzie mógł skorzystać z prawa opcji już na etapie udzielania zamówienia. Udzielając zamówienia, zamawiający obowiązany jest doprecyzować zakres opcjonalny zamówienia, tak samo szczegółowo jak zakres gwarantowany. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie sprostać temu wymaganiu, powinien rozważyć zastosowanie alternatywnych instrumentów uelastycznienia zakresu zamówienia, które umożliwiają następcze dookreślenia zakresu zamówienia - np. klauzul przeglądowych lub udzielenia zamówienia podobnego (zob. wyrok KIO z 14.10.2013 r., KIO 2172/13, LEX nr 1411346). Sprecyzowanie opcjonalnego zakresu zamówienia ma umożliwić wykonawcom zrekonstruowanie oczekiwań zamawiającego względem świadczeń i obowiązków objętych prawem opcji i zaferowanie stosownych warunków kontraktowych. Zadeklarowanie przez wykonawców w już złożonych ofertach warunków, na jakich następować będzie realizacja zamówienia opcjonalnego, jest warunkiem koniecznym, aby rozszerzenie zakresu zamówienia mogło następować jednostronnie, poprzez złożenie oświadczenia przez zamawiającego, bez konieczności przeprowadzania jakichkolwiek negocjacji.

4. Z postanowień SWZ wynika, że prawo opcji może polegać:

1. na rozszerzeniu zakresu zamówienia w zakresie dotyczącym odbioru odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach opisanym w SWU w Dziale IV (o ilości odpadów wskazanych w Załączniku nr III) oraz

2. na wydzierżawienia pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU;

3. oraz w razie zmiany prawa, w tym miejscowego, Zamawiający będzie miał prawo do zmiany zakresu obsługiwanych nieruchomości, co jak rozumie Odwołujący przełoży się na określenie rodzaju i maksymalnej wartości prawa opcji w sposób niewynikający z dokumentacji Postępowania;

5. Ponieważ zmiana prawa - w tym zmiana prawa miejscowego nie jest znana na etapie ogłoszenia Postępowania, Zamawiający także nie wskazuje, jakiego rodzaju zmiany, w jakim zakresie mogą nastąpić, dlatego należy uznać, że pomimo posiadania przez Zamawiającego stosunkowo szerokiej swobody w określaniu zakresu zamówienia objętego prawem opcji, tj. zasadniczo takiej samej jak przy określaniu gwarantowanego zakresu zamówienia, to niezbędne jest, aby świadczenia lub obowiązki mieszczących się w tym zakresie zostały sprecyzowane w dokumentach zamówienia. Zamawiający nie tylko zobowiązany jest do określenia zakresu opcjonalnego zamówienia, ale również opisanie opcjonalnego przedmiotu zamówienia przy zachowaniu takich samych wymogów, jakie zostały ustanowione względem

opisywania gwarantowanej części zamówienia, tj. w szczególności przy poszanowaniu dyrektyw wynikających z art. 99 ust. 1 ustawy pzp, tj. przepisu nakazującego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z 21.12.2020 r., KIO 3146/20, LEX nr 3118657, w którym Izba wskazała, że „zakres zamówienia objęty prawem opcji [...] powinien być [...] opisany zgodnie z zachowaniem reguł stosowanych przy opisie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i umożliwiający złożenie oferty. [...] Izba podkreśla, że nie może być tak, że Zamawiający z pominięciem reguł udzielania zamówień, będzie dowolnie udzielał zamówień w ramach prawa opcji. Prawo opcji nie służy temu, że zamawiający nie korzystał z trybów podstawowych udzielania zamówień publicznych a w ramach już zawartej umowy subiektywnie modyfikował przedmiot zamówienia”. I tak przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, Zamawiający:

1) Nie opisał zasad udzielania zamówienia w trybie prawa opcji dla odpadów wielkogabarytowych, które są równocześnie zamówieniem podstawowym;

2) Ponieważ możliwość skorzystania z prawa opcji przewidziana powinna być w szacunkowej wartości zamówienia, to nieprawidłowy jest zapis o uzależnieniu udzielenia zamówienia w trybie opcji od środków finansowych;

6. Ponadto tak skonstruowane prawo opcji zawyża wartość oferty poprzez konieczność wliczenia w cenę jednostkową np. wyższych kosztów ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

7. Zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy pzp: "1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;

2) określają okoliczności skorzystania z opcji;

3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy."

8. Niewątpliwie, wprowadzenie zmiany ogłoszenia postępowanie i wprowadzenia do regulacji prawa opcji postanowienia: „W razie zmiany prawa, w tym miejscowego, Zamawiający będzie miał prawo do zmiany zakresu obsługiwanych nieruchomości” to stanowi przejaw wykorzystania w postępowaniu dominującej pozycji Zamawiającego. Dalej zaznaczyć należy, że skoro kwestionowane przez Odwołującego postanowienie „W razie zmiany prawa, w tym miejscowego, Zamawiający będzie miał prawo do zmiany zakresu obsługiwanych nieruchomości” może być różnie odczytywane co do jego charakteru, zakresu i roli w postępowaniu względem świadczenia głównego i prawa opcji, to należy uznać, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego również dyspozycji art. 441 ustawy pzp w zakresie opcji. Niemniej jednak, niejednoznaczność spornego postanowienia i jego wpływ na całą regulację prawa opcji, w tym dokonanie za pomocą wprowadzenia prawa opcji rozszerzenie zakresu świadczenia powoduje, że na podstawie jego treści nie sposób stwierdzić, że nie jest to nieprawidłowo opisana opcja, niezgodna z dyspozycją art. 441 ustawy pzp. Mając na względzie powyższe oraz biorąc pod uwagę, iż naruszenie art. 441 ustawy pzp zostało podniesione w związku z art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz w zakresie kwestionowanego postanowienia, nie ulega wątpliwości, że sporne postanowienie ma wpływ na możliwość skalkulowania ceny ofertowej - Wykonawcy nie mają możliwości ustalenia z treści postanowień SWZ w zakresie prawa opcji nie wiedząc w jakim zakresie może dojść do nieprawidłowości co do jego ukształtowania i osadzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na przedmiot, jakim jest dzierżawa kombajnów, nie mogło się ostać, dlatego też Izba nakazała jego usunięcie, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

9. Należy tu także zauważyć, że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa do zmiany zakresu obsługiwanych nieruchomości powstanie po stronie Wykonawcy obowiązek zabrania pojemników z danych nieruchomości. W ocenie Wykonawcy tak skonstruowane zapisy świadczą o tym, że Zamawiający na dzień ogłoszenia specyfikacji sam nie posiada informacji, które nieruchomości zostaną wyłączone z obsługi. Stanowi to o zasadności zarzutu o i powoduje uniemożliwienie skalkulowania ceny oferty. Zamawiający powinien jasno określić nieruchomości w prawie opcji, które zamierza wyłączyć z zamówienia tak, aby

Wykonawca był w stanie skonstruować ofertę odpowiadającą prawidło będzie można wycenić.

10. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 3, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu.

V. AD ZARZUT 5.

1. W rozdziale XIII SWU Zamawiający określił wymogi w zakresie systemu wizyjnego monitorowania pojazdów w sposób następujący:

„1. Wykonawca wyposaży wszystkie pojazdy realizujące odbiór odpadów w terminie do 30 dni kalendarzowych od rozpoczęcia realizacji usługi zgodnie z poniższymi wytycznymi:

- 1) pojazdy bezpylne oraz myjki w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok dookoła, w czasie rzeczywistym, oraz nagrywarke cyfrową do zapisu materiału wideo z wszystkich kamer zgodnie z załącznikiem nr 23 - Wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów:
- 2) pozostałe pojazdy w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu (obraz przekazywany jest w czasie rzeczywistym na ekran znajdujący się w kabinie kierowcy) oraz na nagrywarke cyfrową do zapisu materiału wideo z wszystkich kamer zgodnie z załącznikiem nr 23”.

2. Powyższe warunki zostały szczegółowo sprecyzowane zostały w załączniku nr 23 „wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów”.

3. W ocenie Odwołującego wymagania te zostały określone przez Zamawiającego w sposób stwarzający nieuzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego bariery w dostępie do ubiegania się o zamówienie przez podmioty zdolne do jego należytej realizacji. Uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Wymagane przez Zamawiającego rozwiązania w zakresie funkcjonalności systemu wizyjnego monitorowania pojazdów są nieproporcjonalne do zakresu zamówienia. W ocenie Odwołującego dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie narusza zasadę konkurencyjności, gdyż wskazuje na jednego dostawcę systemu wizyjnego monitorowania pojazdów GLOBTRAK. Nadmiernym, nieproporcjonalnym wymaganiem jest konieczność wyposażenia pojazdów bezpylnych oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok pojazdu dookoła, który w znaczeniu potocznym odpowiada widokowi bez martwych stref (360 stopni) w czasie rzeczywistym. Wymóg ten nie wnosi dla Zamawiającego żadnej korzyści i nie ma przełożenia na jakość świadczenia usługi, natomiast zakup i montaż kamer 360 stopni radykalnie podraża koszt całego systemu.

4. Odwołujący wnosi wobec powyższego o zmianę w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wymagania Zamawiającego w zakresie kamer zostały dostosowane do faktycznych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i jednocześnie nie powodowały niepotrzebnego podwyższenia kosztów realizacji usługi.

VI. AD. ZARZUT 6

1. Zamawiający w postanowieniach rozdziału VIII pkt 3 ust. 4 SWU przewidział ograniczenie możliwości magazynowania odpadów tylko przez okres 3 miesięcy. Wykonawcy mają decyzje na zbieranie odpadów na dłuższy okres, a ilość niektórych odpadów objętych przedmiotem zamówienia jest tak niewielka, że nie jest optymalne przekazywanie tych odpadów do często daleko oddalonych instalacji przed uzbieraniem się ilości optymalnych do transportu. Ponieważ tak opisany przedmiot zamówienia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego, powoduje naruszenie przepisu art. 99 ust. 1 ustawy pzp i jako taki powinien być zmieniony.

2. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 3, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu

VII. AD ZARZUT 7

1. Zamawiający w postanowieniach w Rozdziale II pkt 13 SWU przewidział, że udostępni Wykonawcy wskazane tu pojemniki. Jednocześnie Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia, pominął istotne okoliczności, bez których Wykonawca nie ma pełnych informacji, niezbędnych do prawidłowej kalkulacji ceny oferty oraz ustalenia zakresu czynności jakie ma wykonywać.

2. Wobec powyższego konieczne i w pełni zasadne jest zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informacje niezbędne do prawidłowej realizacji usługi, tj:

- a) w jakich lokalizacjach i w jakim terminie ma dokonać podstawienia pojemników;

b) oraz kto ponosi odpowiedzialność za stan techniczny i ewentualne podstawienie pojemników zastępczych

3. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 3, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu

VIII. Ad ZARZUT 8

1. Zamawiający w Rozdziale VII SWU opisał przedmiot zamówienia w zakresie odpowiadającym wykonaniu prac interwencyjnych. Jednakże Wykonawca nie jest w stanie na podstawie tego opisu ustalić w jakich sytuacjach Zamawiający zamierza zlecić prace interwencyjne Wykonawcy. Wobec powyższego opis przedmiotu zamówienia nie spełnia warunków wynikających z art. 99 ustawy pzp jest nieprecyzyjny i niepełny.

2. W wyroku z 19.11.2021 r., KIO 3260/21, LEX nr 3333221, w którym Izba stwierdziła „Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnień jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców”. Z tych też przyczyn, Odwołujący podaje, że konieczne jest doprecyzowanie postanowień SWZ odnoszących się do zakresu prac interwencyjnych w taki sposób, aby Wykonawca mógł oszacować składając ofertę w Postępowaniu miał pewność co do warunków realizacji usługi - tzn. w jakich sytuacjach w jakich sytuacjach Zamawiający zamierza zlecić prace interwencyjne Wykonawcy.

3. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 3, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu.

IX. AD ZARZUT 9

1. Zamawiający w §12 Projektu umowy zawarł następujące postanowienia:

1. „Wykonawca zapewnia, że w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy będzie spełniał wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tj. Dz.U. 2022 r. poz. 1083 ze zm.), w sposób gwarantujący wykonanie obowiązków Gminy Wrocław wynikających z powołanej ustawy w zakresie zamówienia objętego umową.

2. Wykonawca w terminie do 14 dni od daty zawarcia umowy a także na każde żądanie Zamawiającego następujące po 14 dniu od daty zawarcia umowy przedstawi Zamawiającemu pisemne oświadczenie o wykorzystywanej flocie pojazdów przy realizacji przedmiotu niniejszej umowy, które zawierać będzie informację na temat łącznej ilości pojazdów, w tym łącznej ilości pojazdów określonych ustawą (liczba pojazdów elektrycznych i liczba pojazdów napędzanych gazem ziemnym), o której mowa w ust. 1, wraz z numerami rejestracyjnymi pojazdów oraz podstawą dysponowania w/w pojazdami np. własność, umowa leasingu itp.

3. Brak złożenia oświadczenia, o którym mowa w ust. 2 w terminie będzie traktowany przez Zamawiającego jako niespełnienie wymogu ustawy, o której mowa w ust. 1.

4. Przedłożenie oświadczenia, o którym mowa powyżej w ust. 2 nie wyłącza uprawnień Zamawiającego do weryfikacji spełnienia w/w wymogu w sposób wybrany przez Zamawiającego, w szczególności poprzez żądanie okazania pojazdów i/lub dokumentów dotyczących pojazdów użytkowanych przy wykonywaniu danego zadania”.

2. Jednocześnie Zamawiający w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. aa, ustalił karę umowną za niespełnienie przez Wykonawcę wymogów, o których mowa w § 12 ust. 1, za każdy stwierdzony przypadek w wysokości 10000 zł.

3. Ponieważ Zamawiający ma prawo nakładać na Wykonawcę kary umowne w przypadku niespełnienia wymogów, konieczne jest ustalenie w treści dokumentacji postępowania zasad określania spełnienia tych wymogów, których brak w obecnym brzmieniu SWZ -co jednocześnie stanowi o naruszeniu art. 99 ust. 1 ustawy pzp i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego konieczne jest ustalenie przez Zamawiającego wzoru, za pomocą którego ustalone każdorazowo będzie spełnienie lub niespełnienie wymogu określonego w § 12 ust. 1 Projektu Umowy. W innym wypadku postanowienia dokumentacji postępowania nie będą jednoznaczne i wyczerpujące, a Wykonawca i sam Zamawiający nie będą posiadać narzędzia do zweryfikowania obowiązków Wykonawcy wynikających z § 12 Projektu Umowy. Dodatkowo w opisie przedmiotu zamówienia brakuje podania przez Zamawiającego w jakim przedziale czasu obowiązek ma być spełniony -czy weryfikacja nastąpi po okresie obowiązywania umowy, czy np. co kwartał.

4. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 3, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu.

X. AD. ZARZUT10

1. Zamawiający w postanowieniach SWZ przewidział, że Wykonawca zrealizować ma także usługę na terenie nieruchomości niezamieszkałych. Jednocześnie Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia, pominął istotne okoliczności, bez których Wykonawca nie ma pełnych informacji, niezbędnych do prawidłowej kalkulacji ceny oferty oraz ustalenia zakresu czynności jakie ma wykonywać.

2. Wobec powyższego konieczne i w pełni zasadne jest zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu mogli uzyskać z dokumentacji postępowania informacje niezbędne do prawidłowej realizacji usługi, tj.:

- a) Ustalenie procedury obsługi tych nieruchomości;
- b) Ustalenia w jaki sposób będą zgłaszane podstawienia/ zabrania czy też częstotliwość odbioru odpadów;
- c) Zawarcie w postanowieniach SWZ danych z deklaracji dla nieruchomości niezamieszkałych;
- d) Ustalenie, prawa do odmowy przyjęcia zlecenia podstawienia pojemników do czasu poprawienia deklaracji nieprawidłowo wypełnionej, tj. takiej gdzie udział odpadów zmieszanych jest niezgodny z regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu.

3. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 3, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu.

XI. AD ZARZUT 11

1. Zamawiający w postanowieniach SWZ przewidział, że Wykonawca zrealizować ma także usługę odbioru odpadów wielkogabarytowych. Jednocześnie Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia, pominął istotne okoliczności, bez których Wykonawca nie ma pełnych informacji, niezbędnych do prawidłowej kalkulacji ceny oferty oraz ustalenia zakresu czynności jakie ma wykonywać.

2. Wobec powyższego konieczne i w pełni zasadne jest zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu nie mieli obowiązku odbioru odpadów i sprzątania miejsca ustawienia kontenerów jeszcze 3 dni po ich zabraniu (- jest to obowiązek właściciela nieruchomości) oraz aby każdy Wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu mógł uzyskać informacje dotyczące:

- a) ilości podstawień kontenerów i na jakich lokalizacjach przewiduje Zamawiający (konieczny harmonogram),
- b) średniej wagi odpadów w kontenerze, jaką Wykonawca powinien przyjąć w kalkulacji;

3. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 2, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu.

XII. AD ZARZUT 12

1. Wykonawca z praktyki wie, że w ramach realizacji usługi konieczny jest odbiór odpadów typu strzykawki/igły. Jednocześnie Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia, pominął istotne okoliczności, bez których Wykonawca nie ma pełnych informacji, niezbędnych do prawidłowej kalkulacji ceny oferty oraz ustalenia zakresu czynności jakie ma wykonywać.

16. Wobec powyższego konieczne i w pełni zasadne jest zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu posiadali informacje, z których wynikać będzie jak Wykonawca ma zrealizować obowiązek w zakresie wyposażenia aptek w pojemniki do zbierania zużytych strzykawek i igieł oraz ustalenie -poprzez utworzenie zasad rozliczenia realizacji tych czynności poprzez utworzenie zestawieniu kosztów przez Zamawiającego pozycji dla tego rodzaju usługi lub wskazanie na inny sposób rozliczenia;

2. Jednocześnie Zamawiający w celu ułatwienia ewidencji rozliczeń powinien utworzyć w

zestawieniu kosztów pozycję dla tego rodzaju odpadu.

3. W pozostałym zakresie, by nie powtarzać argumentacji przytoczonej do zarzutu 3, Wykonawca przywołuje uzasadnienie z pkt 7-14 jako właściwe i dla tego zarzutu.

XIII. AD ZARZUT 13

1. Zamawiający w § 18 ust. 4 lit e i kolejne przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Następnie Zamawiający podał model waloryzacji -wzór oraz zastrzegł, że: "Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ± 4 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto"

2. Przedmiotowa umowa obowiązywać ma od daty jej zawarcia do dnia 29.02.2024 r. (12 miesięcy), wobec powyższego Zamawiający nie ma obowiązku wynikającego z art. 439 ustawy Pzp, jednak, skoro dokonał w postanowieniach umowy w jaki sposób ma być

waloryzowane wynagrodzenie, to nie mogą być to postanowienia pozorne, niemożliwe do zastosowania. Przewidziane przez Zamawiającego w projekcie umowy postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia uzasadniają wniosek, że Zamawiający dąży do tego, by waloryzacja wynagrodzenia miała charakter iluzoryczny i aby temu zapobiec konieczne jest dokonanie modyfikacji daty od której możliwe będzie dokonanie waloryzacji wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

3. Jak podkreśla Urząd Zamówień Publicznych Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego (zob.

PUBLICZNYCH.pdf).Klauzulewaloryzacyjne w obecnych

czasach destabilizacji rynku, która nastąpiła z uwagi na konflikt zbrojny na Ukrainie oraz wprowadzenie sankcji na Rosję i Białoruś, mają niezwykle istotne znaczenie dla właściwego funkcjonowania rynku zamówień publicznych.

4. Wobec dynamiki zachodzących zmian zasadnym jest wprowadzenie jako wskaźnika uprawniającego do dokonania zmiany wynagrodzenia wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych za kwartał do poprzedniego kwartału, a nie średniorocznego wskaźnika cen towarów konsumpcyjnych i usług. Jednocześnie konieczne jest -w celu urealnienia i dostosowania wynagrodzenia umownego do warunków panujących w trakcie wykonywania zamówienia -wprowadzenie zmian w projekcie umowy w zakresie częstotliwości wprowadzania zmian do umowy. Zasadnym wydaje się wprowadzenie możliwości zmiany wynagrodzenia po upływie 6 miesięcy od dnia złożenia oferty, a kolejnych zmian po upływie następnych 3 miesięcy.

5. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ± 4 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto. Mając na uwadze obecną inflację i zmianę surowców, energii ustalenie limitu zmiany na poziomie 4.5 jest nie daje Wykonawcy możliwości realnego pokrycia wzrostu kosztów realizacji usługi -czemu w istocie służyć ma waloryzacja, ewentualne ustalenie limitu na poziomie 20 % stanowi prawidłowe określenie zakresu zmiany wysokości wynagrodzenia.

XIV. AD ZARZUT 14

1. Zamawiający w pkt 1.2.2.2 rozdział IV SWZ podał następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej Wykonawcy:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV -Psie Pole 10/2022 5/23 zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

2. Postanowienia Rozdziału IV pkt 1.2.2.2. SWZ są niejasne i niejednoznaczne, gdyż nie wynika z nich w sposób niebudzący wątpliwości wg jakich zasad ustalonych w postawionym warunku Wykonawca może stwierdzić, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

3. Wątpliwości Odwołującego budzi okoliczność, czy Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli wykonawca będzie legitymował się wyłącznie doświadczeniem w realizacji usługi na rzecz gminy obejmującej 100000 mieszkańców, w ramach umowy z którą dokonał odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych, tj. bezpośrednio od mieszkańców nieruchomości, czy również w sytuacji gdy wykonywał usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu innych nieruchomości, o ile usługa ta była realizowana na obszarze zamieszkiwanym przez co najmniej 100 000 mieszkańców.

4. Należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający nie stawia żadnych wymagań co do ilości odpadów odebranych i zagospodarowanych w ramach takiego zamówienia, ani co do wartości zrealizowanego zamówienia. W tych okolicznościach nie jest jasne, kiedy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wykonawca będzie legitymował się doświadczeniem pozwalającym mu na ubieganie się o udzielenie zamówienia. Wobec okoliczności, że warunki udziału w postępowaniu służą weryfikacji zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, wydaje się, że warunek będzie spełniony jedynie w sytuacji, gdy wykonawca realizował analogiczną usługę do tej, która stanowi przedmiot zamówienia, tj. usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości na terenie obszaru zamieszkałego przez co najmniej 100 000 mieszkańców, tj. odbierał odpady od takiej liczby mieszkańców, a usługę realizował bezpośrednio na podstawie umowy zawartej z gminą. Wszakże to nie sam fakt logistycznego operowania na terenie obszaru zamieszkałego przez 100 000 mieszkańców potwierdza zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, lecz doświadczenie w wykonywaniu analogicznej usługi. Jednakże wobec braku określenia minimalnych poziomów zakresu zrealizowanej usługi oraz niejednoznacznego sformułowania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, kwestia ta wymaga doprecyzowania. Jednocześnie nie jest jasne, czy Zamawiający uzna, że warunek udziału jest spełniony, w sytuacji, gdy wykonawca nie realizował usługi bezpośrednio na rzecz gminy, np. w sytuacji gdy wykonawca był podwykonawcą wykonawcy, który zawarł umowę z gminą. W takiej sytuacji mamy bowiem do czynienia z sytuacją, że podmiot jako podwykonawca realizował wprawdzie usługę w ramach umowy realizowanej na rzecz gminy, ale jego świadczenie nie było usługą dla gminy. Nie można więc uznać, że wykonawca wykonał usługę dla gminy. Innymi słowy wątpliwości budzi, czy Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wykaże się wymagany doświadczenie, o ile miał zawartą umowę z gminą. Wykonawcą usługi odbioru odpadów komunalnych jest ten podmiot, który sporządza kartę przekazania odpadów komunalnych, co wynika z przepisów ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy o odpadach, kartę przekazania odpadów komunalnych sporządza podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości przed rozpoczęciem odbierania tych odpadów, odrębnie dla każdego ładunku transportowanych odpadów komunalnych danego rodzaju przekazywanych do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie stacji przeładunkowej, miejsca zbierania odpadów komunalnych lub miejsca przetwarzania odpadów komunalnych. Podwykonawca realizujący usługę na rzecz podmiotu odbierającego odpady komunalne jest podmiotem transportującym odpady, który potwierdza tą kartę w

następnych etapach przekazywania odebranych odpadów komunalnych. Podwykonawca, nie mając umowy z gminą, nie prowadzi sprawozdawczości na rzecz gminy, nie zdobywa więc pełnego zakresu doświadczenia wymaganego w celu należytej realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Sprawozdawstwo związane z realizacją usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jest niezwykle istotnym, nieodłącznym elementem tej usługi.

5. Dla oceny, czy podmiot można zakwalifikować jako podmiot odbierający odpady komunalne, istotne znaczenie ma także składanie sprawozdań ilościowych w systemie BDO. Nie jest również jasne, czy Zamawiający dopuści referencje obejmujące odpady pochodzące z PSZOK. Wskazać należy, że ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dokonuje rozróżnienia w zakresie odbierania odpadów komunalnych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości oraz z terenu PSZOK. Zgodnie z art. 9c ust.1 u.c.p.g. przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest

obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, , podczas gdy zgodnie z art.9c ust. 1a u.c.p.g. nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów. Transport odpadów z terenu PSZOK do instalacji zagospodarowania odpadów wymaga więc jedynie posiadania wpisu do rejestru BDO (bazy danych o odpadach).

XV. AD ZARZUT 15

1. Zamawiający w § 4 ust. 3 Postanowień Umowy poda, że: „Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. XI pkt 2, rozdz. XIII pkt 2, rozdz. XVI, świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia 01.01.2023 r. i nie później niż do dnia 31.12.2023 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy”.
2. Wykonawca przed rozpoczęciem usługi dokonać musi szeregu czynności przygotowawczych, które w sytuacji gdy Wykonawca nie ma zagwarantowanego minimalnego okresu przygotowania się do świadczenia usługi w czasie nie krótszym niż 30 dni, utrudnia wycenę oferty i wiąże się z obciążeniem Wykonawcy znaczącym ryzykiem kontraktowym.
3. Sytuacja związana z jednoczesnym zapewnieniem Zamawiającemu terminów na realizację czynności np. udostępnienia Wykonawcy systemu KOSZ lub zatwierdzenia przedłożonych harmonogramów lub ich niezatwierdzenia konieczności poprawy i ponownego przedstawienia do akceptacji w praktyce doprowadza do sytuacji, gdy mając na uwadze dni świąteczne i weekendy (czas początku realizacji umowy przypada na przełom roku) ustalony pierwotnie termin 30 dni będzie ryzykowny dla Wykonawcy. Wykonawca musi zatrudnić pracowników, przeszkolić ich, skierować na badania. Wykonawca musi zrealizować także obowiązek inwentaryzacji pojemników co jest czasochłonne i w pełni uzasadnia konieczność wprowadzenia postulowanej zmiany w postanowieniach dokumentacji Postępowania. Dodatkowo wykonawcy przysługuje 30-dniowy okres od dnia zawarcia umowy na sporządzenie Planu Obsługi Systemu, który w ciągu 14 dni będzie zweryfikowany przez Zamawiającego, a wykonawca jest zobligowany do realizacji prac zgodnie z zaakceptowanym Planem Obsługi Systemu.

W dniu 28 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania w których:

- w sprawach o sygn. akt KIO 2439/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22, wnosił o oddalenie odwołań w całości;
- w sprawie o sygn. akt KIO 2440/22, uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1b ppkt i. i ii.), w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania;
- w sprawach o sygn. akt KIO 2441/22, 2442/22, 2443/22, 2444/22, wnosił o oddalenie odwołań w całości.

Zamawiający wnosł również o zasądzenie od Odwołujących na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił stanowisko wobec zarzutów podnoszonych w odwołaniach.

W dniach 29 września 2022 r. oraz 4 października 2022 r. stanowisko pisemne do akt sprawy złożył Odwołujący Chemeko.

W dniu 4 października 2022 r. Zamawiający, złożył do akt sprawy pismo procesowe, zawierające jego stanowisko w przedmiocie pism procesowych złożonych przed rozprawą oraz twierdzeń i dowodów przedstawionych na rozprawie w dn. 30 września 2022 r.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę odpowiedzi na odwołania, dalsze pisma procesowe, oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowań, w tym w

trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 30 września i 4 października 2022 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołujących szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony do której zgłoszono przystąpienie, zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu - sygn. akt: KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, po stronie Odwołujących
- FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich - sygn. akt KIO 2441/22, KIO 2445/22, po stronie Odwołujących
- Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu - sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22, po stronie Odwołujących
- ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku - sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22 - po stronie Odwołującego, oraz KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22 - po stronie Zamawiającego.

Izba uznała zgłoszone przystąpienia za skuteczne.

Zamawiający oświadczeniem złożonym przed otwarciem rozprawy w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2440/22, uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1 pkt b ppkt i) i ii) petitum odwołania. Przystępujący ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. z siedzibą w Rusku, w trakcie posiedzenia złożył oświadczenie, iż nie wnosi sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tego zarzutu.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawach o sygn. akt KIO 2439/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22 w zakresie zarzutów nr 1, 3

lit. a) i nr 5 petitum odwołań, oraz w sprawach o sygn. akt. KIO 2441/22, 2442/22, 2443/22, 2444/22 w zakresie zarzutu nr 3 petitum odwołań.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący I i III na posiedzeniu oświadczyli, że cofają własne odwołania w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, rozpoznała zarzuty odwołań.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację postępowania oraz dowody składane w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W ramach uwag ogólnych, w odniesieniu do wszystkich postępowań odwoławczych wskazać należy, iż wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 ustawy Pzp). Powyższe oznacza, iż przy orzekaniu Izba bierze pod uwagę stan faktyczny aktualny na chwilę zamknięcia rozprawy, w niniejszej sprawie oznacza to, że Izba wydając wyrok opierała się na brzmieniu SWZ ustalonym przez Zamawiającego na chwilę zamknięcia rozprawy.

Kolejną kwestią wymagającą zasygnalizowania, jest zakres kognicji Izby. Stosowanie do art. 555 ustawy Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.” Natomiast przez zarzut, należy rozumieć zarówno okoliczności faktyczne jak i prawne podnoszone dla wykazania nieprawidłowości czynności lub zaniechań Zamawiającego. Takie rozumienie zarzutu (poparte licznym orzecznictwem) skutkuje rozpoznaniem go w granicach określonych w odwołaniu zarówno w sferze prawnej jak i faktycznej. Tak więc konkretyzacja okoliczności faktycznych leżących u podstaw zarzutu dopiero na etapie rozprawy nie może zostać zaaprobowana, i jako taka nie mogła zostać uwzględniona przy orzekaniu, a podnoszone okoliczności należało pominąć co miało wpływ na orzeczenie. Izba podziela, pogląd wyrażony w wyroku 29 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1027/22, że wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a ponadto powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to taki błąd nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). W dalszej treści orzeczenia Izba wskaże do których zarzutów powyższe stanowisko miało zastosowanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na częściowe uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego uwzględnieniu podlegał zarzut dot. waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy tj. zarzut naruszenia 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1,3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że:

b) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji została ograniczona do 4% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto, gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że znacznie przewyższy zakładany przez Zamawiającego próg, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia do rzeczywistego wzrostu kosztów,

c) wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia tylko po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, natomiast, aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję, konieczne jest jej zagwarantowanie w postanowieniach umownych, w taki sposób, aby była dopuszczalna co kwartał, co powoduje, że postanowienia umowne zastosowane przez Zamawiającego tylko iluzorycznie realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp, zatem są użyte przez Zamawiającego wadliwie i w rzeczywistości nie gwarantują realizacji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pierwotnym brzmieniu SWZ zawarł następujące postanowienia dot. waloryzacji. § 18 ust. 3 pkt 5 projektu umowy Strony mają możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 ust. 1 i ust. 10, w przypadku zmiany: ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana średniorocznego

wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS o wartość większą niż 1,0% powyżej wartości tego wskaźnika cen towarów i usług z dnia zawarcia umowy (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana ta tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 7 Umowy). § 18 ust. 4 pkt 1 lit. e) W przypadku zmian, o których mowa w ust. 3, Strony ustalają następujący tok postępowania:

1) w przypadku zmiany: zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 12 ostatnich miesięcy będzie różna od $\pm 3,5\%$.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

gdzie:

C₀ - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

C_{N1} - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 12 miesięcy),

W_a - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 12 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 12 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie a = 1, 2, ..., 12.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia

umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych.

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości $\pm 4\%$ całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.

Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne

wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty

potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający dokonał zmiany § 18 ust. 3 pkt 5 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia „5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy nastąpi zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników, cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS na 12 ostatnich miesięcy będzie różna od $\pm 3,5\%$ od dnia zawarcia umowy (z tym jednak zastrzeżeniem, iż zmiana tam tj. cen materiałów lub kosztów pozostaje bez wpływu na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy należnego mu z tytułu realizacji prac interwencyjnych, które będzie ustalane zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 7 umowy),”.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Stosownie do art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, w umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Izba wskazuje, że klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Podkreślić należy, iż wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu (tak KIO w wyroku z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt: KIO 2335/21). Jednocześnie należy zwrócić uwagę na sformułowaną klauzulę waloryzacyjną sprzyjającą zwiększeniu konkurencyjności postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w umowie określa się m.in. maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Podkreślić należy, że przepis ma charakter ogólny stanowiąc, że „określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia” bez wskazania, czy chodzi o wartość „w górę”, tj. wartość o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy o wartość „w dół”, tj. wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Wobec tego wnioskować należy, że celem przepisu jest określenie limitów „maksymalnych” zmian wynagrodzenia w obie strony, celem zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron.

Odnosząc się do postawionego w odwołaniu zarzutu Izba wskazuje, iż za uzasadnione należało uznać stanowisko Odwoławczego I, który kwestionował przyjęty przez

Zamawiającego w § 18 ust. 3 pkt 5 projektu umowy limit waloryzacji na poziomie +/- 4% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto, w całym okresie jej obowiązywania, żądając jego podniesienia do +/- 8%, w celu zapewnienia równowagi ekonomicznej stron. W ocenie Izby, propozycję Odwołującego I, co do poziomu całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto należy uznać za racjonalną i wyważoną zwłaszcza w kontekście aktualnej sytuacji gospodarczej w kraju i na świecie. Izba wzięła również pod uwagę, dowody złożone przez Odwołującego I, w postaci projekcji inflacji na rok 2023. W związku z ukształtowaniem zamówienia przez Zamawiającego i planowanym zawarciem umów na okres niewiele dłuższy niż 12 miesięcy, dopuszczenie przez Zamawiającego waloryzacji dopiero po upływie minimum 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy nosi znamiona pozorności klauzuli waloryzacyjnej. W ocenie Izby, treść art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, nie stoi na przeszkodzie, aby pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy była dokonywana już po 6 miesiącach od jej zawarcia. Jak wskazano już wyżej, rolą zamawiającego jest dokonanie oceny sytuacji rynkowej i określenie postanowień projektu umowy z uwzględnieniem tej sytuacji. Zdaniem Izby, wskazane wyżej okoliczności faktyczne, w tym przede wszystkim rosnące w miesiąca na miesiąc ceny, uzasadniają to, by możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, następowała już po upływie minimum 6 miesięcy od zawarcia umowy i dalej po upływie każdego kwartału, wg wskaźnika uprawniającego do zmiany wynagrodzenia tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS liczonego odpowiednio do tych okresów. Dlatego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie stosownych zmian w projektach umów. Jednocześnie pomimo znacznej dynamiki zmiany cen, Izba nie znalazła uzasadnienia dla przychylenia się do żądania Odwołującego I co do waloryzacji wynagrodzenia już po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, uznając, iż okres 6 miesięcy dla pierwszej waloryzacji jest okresem wystarczającym dla zabezpieczenia interesów ekonomicznych stron. Nie bez znaczenia dla sposobu rozstrzygnięcia tego zarzutu, pozostaje również okoliczność, że również Odwołujący ALBA podnosił zarzut dot. sformułowania klauzuli waloryzacyjnej lecz jego żądania odbiegały od żądań Odwołującego Chemeko. Izba wydając rozstrzygnięcie zarzutów obu Odwołujących, w odniesieniu do tych samych postępowań częściowo uwzględniła ich żądania.

Mając na uwadze powyższe, zarzut należało uwzględnić.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Odwołującego I prezentowanej w ramach zarzutu dotyczącego tzw. poziomów recyklingu.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem III SWZ Opis przedmiotu zamówienia „2. Szczegółowo przedmiot zamówienia został określony w Szczegółowych warunkach umowy (zwanym dalej „SWU”), stanowiących załącznik nr 1 do SWZ.

3. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych w SWU oraz w projekcie umowy stanowiącym załącznik A do SWZ.

Z Rozdziału I SWU pkt 5 ppkt 9 [dla sektora I i III, pkt 4 ppkt 8) dla sektora II i IV] wynika, iż „W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia rocznych poziomów:

- a) ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,
- b) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, (...).”

Zgodnie z Rozdziałem XVI. SWU pn. Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa [[dla sektora I i III, Rozdział XVII dla sektora II i IV]

1. W zakresie poziomów ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz osiągnięcia poziomów, przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych, w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:

1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania na podstawie art. 3c ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 ze zm.)

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w wysokości 35% wagowo za rok 2023, na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Osiągany w roku rozliczeniowym poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się:

a) zgodnie z zasadami określonymi w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

b) w stosunku do masy odpadów tych rodzajów odpadów uwzględnianych w obliczeniach poziomów zgodnie z przepisami powołanymi w lit. a, które w toku wykonywania przedmiotu zamówienia Wykonawca odebrał od właścicieli nieruchomości, zebrał lub zostały Wykonawcy przekazane przez Zamawiającego do zagospodarowania. (...)

7. Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów:

1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania:

$$WK1 = MK1 \times S$$

gdzie:

WK1- wysokość kary wyrażona w zł,

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.),

MK1 - brakująca masa odpadów komunalnych wyrażona w Mg wymagana do osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania, o którym mowa w pkt 1 ppkt 1),

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych

$$WK2 = MB1 \times S$$

gdzie:

WK2 - wysokość kary wyrażona w zł

MB1 - brakująca masa odpadów komunalnych, wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.).

Ponadto projekt umowy zawiera § 15 Kary umowne w brzmieniu: Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach: ust. 2) pkt 14 lit. r. [dla sektora I i III oraz lit. q) dla sektora II i IV, brzmienie postanowień tożsame z uwzględnieniem zmian numeracji odesłań] Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XVII, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1973 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XVII pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XVII pkt 8, ppkt 2).

Zgodnie z art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. (dalej „uucpg”), [wymagane poziomy recyklingu w gminach]

1. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

1) 20% wagowo - za rok 2021;

2) 25% wagowo - za rok 2022;

3) 35% wagowo - za rok 2023;

4) 45% wagowo - za rok 2024;

5) 55% wagowo - za rok 2025;

(...)

la. Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

lb. Przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Zgodnie z art. 9g uucpg [Wymagane poziomy recyklingu] Podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów:

- 1) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu określonych walbo
- 2) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w przepisach wydanych na podstawie
- 3) nieprzekraczających poziomów składowania określonych w

Stosownie do art. 9 z ust. 2a. uucpg: Gmina, która nie wykonuje obowiązków, o których mowa w lub- podlega karze pieniężnej obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu:

- 1) przygotowania odpadów komunalnych do ponownego użycia i recyklingu;
 - 2) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania;
 - 3) składowania.
3. Kary pieniężne, o których mowa w:
- 1) ust. 2 i ust. 2a pkt 1 i 2 - oblicza się w sposób określony w
 - 2) ust. 2a pkt 3 - oblicza się w sposób określony w

Art. 9x ust. 3 uucpg stanowi: Karę pieniężną, o której mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

4. Karę pieniężną, o której mowa w ust. 2 pkt 3, oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania wyrażonej w Mg.

Od 4 września 2021 r. obowiązuje Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Odwołujący I w odwołaniu podkreślał, że w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu, wykonawca ma ograniczony wpływ na możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, a co za tym idzie nie może gwarantować pod rygorem kary umownej osiągnięcia niezależnego od swoich działań skutku. Ponadto Odwołujący wskazywał, że przedmiotowe postanowienia sprzeciwiają się właściwości (naturze) umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych i stanowią jednocześnie o naruszeniu przepisów regulujących karę umowną, zgodnie z którymi konieczność zapłaty kary wiąże się z ustaleniem okoliczności obciążających dłużnika. Odwołujący wskazywał również na niezgodność takiego uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z zasadami współżycia

społecznego. Odwołujący powoływał się także na szereg okoliczności które w ocenie Odwołującego winny powodować zmianę sposobu ukształtowania tej odpowiedzialności, m.in. kwestię edukacji, samodzielnej zbiórki odpadów przez Zamawiającego czy też uwarunkowań rynkowych związanych z recyklingiem.

Odnosnie tego zarzutu, skład orzekający, podziela stanowisko wielokrotnie wyrażone w wyrokach Izby, że biorąc pod uwagę przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wskazane powyżej, nie może dziwić, że gmina wykonując zadanie własne powierzone jej ustawą organizując odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zleca wykonywanie tych zadań z reguły w drodze udzielenia zamówienia publicznego wyspecjalizowanemu podmiotowi gospodarczemu z założeniem, że wykonawca wypełni nałożone na gminę i powierzone w drodze umowy obowiązki, którymi sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia wskaźników pochodnych w stosunku do określonych w ustawie nie stanowi samo w sobie naruszenia przepisu prawa. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągnięcia przez ustawodawcę poziomu recyklingu. (por. analogiczna argumentacja w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2023/22 oraz z 13 czerwca 2022 sygn. akt KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, a także w wyroku z 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 81/22 i w wyroku z 14 października 2022 r. o sygn. akt KIO 2574/22). W ocenie Izby, kwestionowana kara spełnia zatem przypisywaną jej funkcję odszkodowawczą i represyjną i ma na celu motywowanie wykonawców do wypełnienia obowiązków z zakresu osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, tym bardziej, iż dotyczy nie globalnego poziomu recyklingu lecz odnosi się do poziomu osiąganego przez wykonawcę na odpadach za których odbiór i zagospodarowanie on odpowiada. Zgodnie z uucpg kwestionowany w odwołaniach obowiązek osiągnięcia tzw. poziomu recyklingu ma charakter ustawowy. Ustawodawca przyjął wzrost wskaźnika poziomu recyklingu w kolejnych latach. Obowiązek osiągnięcia określonego poziomu recyklingu jest, w ocenie Izby, elementem świadczenia odbioru i należytego zagospodarowania odpadów. W tym kontekście, przeniesienie do opisu przedmiotu zamówienia, wymagania co do konieczności osiągnięcia wskaźnika w wysokości określonej w uucpg nie stanowi per se naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa, nie jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz nie narusza zasad współżycia społecznego. Zgodnie z wyrokiem SA w Gdańsku w sprawie o sygn. akt przepis art. 5 KC może być stosowany wyjątkowo tylko w takich sytuacjach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawnych prowadziłoby do skutku nieaprobowanego ze względu na przyjęte w społeczeństwie reguły zachowania, wyznaczone przez wartości powszechnie uznawane w społeczeństwie, których przestrzeganie spotyka się z pozytywną oceną, jest aprobowane, zaś ich naruszanie jest traktowane jako naganne, spotyka się z dezaprobatą. Przepis ten ustanawia zakaz korzystania w określonych granicach z praw podmiotowych. Stanowi tzw. klauzulę generalną odsyłającą do zasad współżycia społecznego, której treść wymaga każdorazowo doprecyzowania na gruncie konkretnej sprawy. Rola zasad współżycia społecznego polega na synchronizowaniu przepisów prawa z nakazami moralności i obyczajów. Stosowanie art. 5 KC znajduje uzasadnienie w sytuacjach, gdy wydane rozstrzygnięcie, mimo że zgodne z prawem, musiałoby jednocześnie zostać negatywnie ocenione na podstawie norm pozaprawnych, regulujących zasady moralne funkcjonujące w społeczeństwie. W tym ujęciu, Izba doszła do przekonania, iż kary ustalone przez Zamawiającego nie naruszają norm współżycia społecznego. Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się tezy Odwołujących o nałożeniu na nich odpowiedzialności za uzyskanie wymaganego poziomu recyklingu za zasadzie ryzyka. Zgodnie z § 15 umowy „kary zostały ustalone z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/niewykonywania umowy, a tym samym odpowiedzialność wykonawcy jest odpowiedzialnością kontraktową za strumień odpadów odebranych i zagospodarowanych przez niego (co podkreślano już wcześniej), a więc kary umowne są zależne od zawinienia wykonawcy, i nie będzie on ponosił negatywnych konsekwencji z tytułu nieosiągnięcia poziomów recyklingu z powodów nie zależnych od niego. Ponadto Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, w tym przywołane tam orzecznictwo i doszła do przekonania, że zasadne jest aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za nieosiągnięcie wymaganych wskaźników, jeżeli z przyczyn leżących po jego stronie, taki wskaźnik nie zostanie osiągnięty. W szczególności Izba, nie podzieliła stanowiska Odwołujących, iż na poziom recyklingu wymaganych od nich powinien mieć wpływ np. poziom recyklingu odpadów zbieranych przez Zamawiającego poza umowami z wykonawcami, czy też wykonawcy powinni mieć możliwość zwolnienia się z obowiązku zapłaty kary w sytuacji gdy zamawiający takiej kary ostatecznie nie poniesie. W ocenie Izby, wykonawca w świetle postanowień projektu umowy i SWU ma obowiązek dążyć do wypełnienia swych obowiązków. W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał, iż zakładany poziom recyklingu na rok 2023 w wysokości 35% nie jest możliwy do uzyskania. W szczególności za dowód na tę okoliczność nie mogą być uznane wyliczenia własne Odwołującego, których nie dało się zweryfikować pod kątem realności przyjętych w nim wyliczeń. Ponadto dowód ten nie został podpisany w związku z tym skoro nikt ze strony

odwołującego nie zdecydował się wziąć odpowiedzialności za jego treść przez prostą, ale znaczącą czynność złożenia pod nim podpisu, to w ocenie Izby nie można było mu przypisać żadnej mocy dowodowej. Co do przedłożonych jako dowody „Analizy możliwości i barier zagospodarowania odpadów z tworzyw sztucznych, pochodzących z selektywnego zbierania odpadów komunalnych, a kwestie GOZ”, „prezentacji podsumowującej główne wnioski ww. analizy”, czy też własne opracowanie Odwołującego w oparciu o ww. Analizę, a także wydruk z projektu Krajowego planu gospodarki odpadami 2028, czy też dokumentacja fotograficzna składu tzw. „żółtego worka”, normy jakościowe recyklerów, oraz Oświadczenia recykerów o tzw. stratach, Izba stwierdziła, iż dowody te mogą co najwyżej obrazować trudności i problemy związane z zagospodarowaniem odpadów, jednakże w ocenie Izby nie mogą przesądzać o niemożliwości spełnienia zakładanego wskaźnika recyklingu w odniesieniu do tego konkretnego zamówienia. Sam Odwołujący w odwołaniu z jednej strony wskazuje, że konieczna jest poprawa poziomu selektywnej zbiórki „u źródła” i jednocześnie stwierdza, iż „świadomość mieszkańców w zakresie segregacji wzrasta”. Także argumentacja związana z niewypełnianiem funkcji represyjnej przez Zamawiającego i brakiem kar za nienależyte segregowanie odpadów, traci na znaczeniu gdy z pisma przedstawionego jako dowód przez Odwołującego ALBA wynika, iż do zamawiającego w roku 2021 r. wpłynęły 654 protokoły stwierdzające nieprawidłową segregację odpadów, co przy skali zamówienia jest wartością marginalną i pomijalną. Również Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Wrocław za rok 2021, jako dokument historyczny odnoszący się do rynku właściwego, w ocenie Izby nie pozwala na przesądzenie, że zakładany poziom nie jest realny. Oczywiście Analiza ta dotyczy gminy jako całości, a nie poszczególnych sektorów w których operują wykonawcy, niemniej jednak oprócz zagrożeń podnoszonych przez Odwołującego I, wskazuje również na pewne tendencje. Należy nadmienić, iż Gmina Wrocław w 2021 r. zanotowała co do zasady wzrosty efektów selektywnego zbierania odpadów w stosunku do roku 2020 (str. 30 analizy) oraz zmniejszenie strumienia odpadów zmieszanych, a w 2021 r. osiągnięto poziom recyklingu w wysokości 30,28% (poziom był już liczony wg. nowych zasad zakreślonych w przywołanym w ustaleniach Rozporządzeniu Ministra Klimatu). Wobec tych okoliczności nie jest możliwe przesądzenie, że oczekiwany poziom nie jest poziomem realnym, tym bardziej, że Zamawiający zamierza w dalszym ciągu prowadzić działania edukacyjne, których znaczącą rolę podkreślał Odwołujący. O niezgodności z prawem czy też niedopuszczalności zastosowanych przez Zamawiającego kar, nie przesądza również, przedłożony przez Odwołującego, dowód w postaci wyciągu z dokumentacji postępowania o udzielenie analogicznego zamówienia przez Miasto Poznań, dowód ten potwierdza wyłącznie, że Miasto Poznań przyjęło inną metodykę udzielania zamówienia.

Jednocześnie Izba, ma świadomość znaczącej roli wykonawców odbierających i zagospodarowujących odpady, w osiąganych wskaźnikach, chociażby poprzez możliwość doboru recyklerów czy też wysortowywania surowców wtórnych nadających się do recyklingu ze strumienia odpadów zmieszanych, który to poziom wysortowania jest różny u różnych wykonawców. Jak Odwołujący I wskazał, on osiągnął kilkanaście procent wysortowania, a Odwołujący ALBA kilka procent.

Należy także nadmienić, że Izba zdaje sobie sprawę z trudności z jakimi boryka się branża. Ponadto, za składem orzekającym w sprawie KIO o sygn. akt KIO 2574/22, wskazać należy, że Izba ma świadomość tego, że przedmiotowy zarzut dotyka materii, która z pewnością będzie wywoływać ożywioną dyskusję, szczególnie z biegiem kolejnych lat podczas, których poziomy recyklingu będą skokowo wzrastać (o 10% rocznie do 55% w 2025 r., a następnie o 1% rocznie docelowo do 65%). Zagadnienie to wymagało będzie, niewątpliwie przemysłanych rozwiązań systemowych będących efektem dyskusji prowadzonej pomiędzy ustawodawcą, a uczestnikami rynku, których Izba powinna być co najwyżej pośrednim beneficjentem, a nie bezpośrednim kreatorem.

Co do ostatniego z zarzutów z odwołania Chemeko, podlegających rozstrzygnięciu tj. dot. naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1.2.2.1 i 1.2.2.2. SWZ w sposób nieprecyzyjny, nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób nie umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale IV pkt. 1.2.2.1 i 1.2.2.2 SWZ określił następujące warunki udziału w postępowaniu: „1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienia lub zamówienia, w ramach którego/którego obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie [dla sektora I - 55 000 Mg odpadów, dla sektora II i III 60 000 Mg odpadów komunalnych a dla sektora IV -

45 000 Mg odpadów], w ciągu przez okres maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych,

1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych."

Stosownie do art. 112 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z kolei art. 116 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że warunki udziału Zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego, oczywiście przy uwzględnieniu specyfiki zamówienia. Nadmienić przy tym należy, iż określenie warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem Zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania. W ocenie Izby Odwoławczy I, kreował nieprecyzyjność postawionych warunków w celu ich zaostreżenia, a tym samym ograniczenia konkurencji. Tezę tę potwierdza, stanowisko Odwoławczego stwierdzające, że Zamawiający dopuszcza do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie dają rękojmi jego prawidłowego zrealizowania, której to tezy Odwoławczy nie wykazał. Na taki cel Odwoławczego I, wskazuje również sformułowane żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia tego zarzutu tj. żądanie zmiany kwestionowanych warunków w taki sposób aby nowy warunek odnosił się do zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w znacznie większej ilości niż obecnie wymagana przez Zamawiającego, a potencjalny wykonawca mógł wykazać się jako doświadczeniem referencyjnym, wyłącznie doświadczeniem nabytym podczas wykonywania usługi na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą zawarł z gminą (...).

Rozpoznając ten zarzut, Izba za słuszną uznała argumentację Zamawiającego, który podkreślał, iż nie jest dla niego istotna kwestia formalna, czy dany wykonawca zawarł umowę z gminą lecz kluczowe jest co było przedmiotem jego doświadczenia i czy wykonawca będzie miał doświadczenie w zakresie „przedsięwzięcia logistycznego”. W ocenie Izby, brak jest podstaw do przychylenia się do zarzutu Odwoławczego I, gdyż warunki zostały opisane w sposób związany z przedmiotem zamówienia i z poziomem doświadczenia uznanym przez Zamawiającego za wystarczający do realizacji zamówienia. Należy również pamiętać, że potencjał wykonawcy Zamawiający bada również na innych płaszczyznach i to one jako całość decydują o zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

KIO 2440/22

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia

faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu nr 1 odwołania tj. dot. naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ KC poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty z sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, Izba ustaliła co następuje. Zgodnie z Rozdziałem II pkt 2 SWU „W zakresie terminów wyposażenia nieruchomości obsługiwanych położonych wzdłuż ulic w obrębie Sektora zgodnie z załącznikiem nr 1 - Uchwała nr XXIX/655/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie podziału Wrocławia na sektory odbierania odpadów komunalnych (ze zm.), Wykonawca zobowiązany jest do:

- 1) Zamawiający przekaze protokolarnie Wykonawcy na okres maksymalnie 2 miesięcy do obsługi pojemniki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych wydierżawione przez Zamawiającego od poprzedniego Wykonawcy, w przypadku gdy Wykonawca będzie wymieniał wszystkie pojemniki służące do obsługi nieruchomości na terenie Sektora,
- 2) Wykonawca zobowiązany jest do zgłoszenia Zamawiającemu w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia przekazania pojemników, zastrzeżeń co do stanu technicznego pojemników. Niezgłoszenie zastrzeżeń w wskazanym terminie, będzie traktowane za równoznaczne z brakiem zastrzeżeń. Przez zgłoszenie zastrzeżeń co do stanu technicznego pojemników, Zamawiający rozumie udokumentowanie zastrzeżeń poprzez dokumentację fotograficzną poszczególnych pojemników,
- 3) Wykonawca zobowiązany jest do obsługi przekazanych pojemników zgodnie z zapisami SWU,
- 4) Wykonawca dokona wymiany pojemników, o których mowa w pkt 1) przekazanych mu przez Zamawiającego na pojemniki będące w jego dyspozycji w terminie maksymalnie 2 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi,
- 5) pojemniki, które zostaną wymienione na pojemniki Wykonawcy, Wykonawca przetransportuje na bazę magazynowo-transportową poprzedniego Wykonawcy zlokalizowaną przy ul. Jerzmanowskiej 4-6 we Wrocławiu,
- 6) Wykonawca zobowiązany jest do poinformowania Zamawiającego drogą elektroniczną o terminie zakończenia wymiany wszystkich pojemników na 10 dni kalendarzowych przed tym faktem,
- 7) po przetransportowaniu wszystkich pojemników Zamawiający dokona ich protokolarnego odbioru od Wykonawcy
- 8) Wykonawca w trakcie użytkowania pojemników odpowiada za ich stan techniczny. W przypadku uszkodzenia pojemnika dokona jego wymiany na pojemnik o takich samych parametrach,
- 9) w przypadku gdy Wykonawca nie będzie wymieniał wszystkich pojemników służących do obsługi nieruchomości na terenie Sektora, Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki przeznaczone do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych z wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki Wykonawcy.
- 10) w przypadku gdy Wykonawca nie będzie wymieniał wszystkich pojemników służących do obsługi nieruchomości na terenie Sektora, Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki i/lub worki przeznaczone do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, tj. odpadów z papieru, odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych, oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy,
- 11) Wykonawca zobowiązany jest do sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca jednorazowo ma przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze

jednorodzinny maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowy maksymalnie 1000 sztuk worków.

Zamawiający uwzględniając częściowo zarzut oświadczył, że zmieni treść ppkt 5 poprzez nadanie mu brzmienia: „5) pojemniki, które zostaną wymienione na pojemniki Wykonawcy, Wykonawca przetransportuje na bazę magazynowo - transportową poprzedniego Wykonawcy zlokalizowaną przy ul. Jerzmanowskiej 4-6 we Wrocławiu w dniach i godzinach otwarcia bazy, tj. od poniedziałku do piątku w godzinach od 6⁰⁰ do 22⁰⁰ oraz w soboty w godzinach od 6⁰⁰ do 14⁰⁰, z zastrzeżeniem, że do rozładunku pojemników na terenie bazy zobowiązany jest Wykonawca,”.

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 13 SWU Zamawiający podczas trwania umowy udostępni Wykonawcy na czas realizacji usługi nie więcej niż 150 sztuk pojemników naziemnych wyposażonych w grzybek typu F90, o danych technicznych opisanych w załączniku nr 28 - „Rysunek techniczny uchwytu pojemnika” i z mechanizmem otwierania opisanym w załączniku nr 29 - „Europejski patent nr EP 1 172 308 B1”, usytuowanych w Sektorze II - Krzyki, zgodnie z wytycznymi:

- a) Zamawiający dokona protokolarnego przekazania do obsługi ww. pojemniki,
- b) Wykonawca zobowiązany jest do oznakowania pojemników naziemnych zgodnie z Rozdziałem II, pkt 5, ppkt 2), lit. b), c), d) oraz z Rozdziałem II, pkt 5, ppkt 3), 4), 5) i 6), z zastrzeżeniem, że termin oznakowania pojemników liczony będzie od dnia protokolarnego przekazania pojemników zgodnie z lit. a),
- c) Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania pojemników w należytej czystości oraz w pełnej sprawności technicznej, zgodnie z Rozdziałem II, pkt 8, ppkt 1), 2), 3), 4), 8).
- d) Wykonawca pojemniki, o których mowa w pkt 13 przekaze Zamawiającemu w ostatnim dniu realizacji usługi, Protokołem zdawczo-odbiorczym określającym liczbę przekazanych Zamawiającemu pojemników, ich usytuowanie oraz stan techniczny.

Stosownie do art. 99 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Art. 353¹ KC stanowi, że 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.

W ocenie Izby, postanowienia SWU dotyczące procedury przekazywania pojemników wykonawcy i ich ewentualnego zwrotu wykonawcy uprzednio wykonującemu umowę, nie naruszają zarzucanych przez Odwołującego II przepisów. Procedura ta reguluje sposób postępowania z pojemnikami w okresie przejściowym (2 miesiące) pomiędzy zakończeniem świadczenia usług przez jednego wykonawcę, a rozpoczęciem ich świadczenia przez innego wykonawcę. Z uwagi na przedmiot zamówienia niezwykle istotne jest zapewnienie ciągłości w dostępie mieszkańców do pojemników na odpady, co jest celem tej procedury i jak wskazywał Zamawiający uniknięcie nadmiernej liczby pojemników lub też ich braku. Zauważyć należy, iż Odwołujący z jednej strony w odwołaniu wskazuje, iż weryfikacja stanu technicznego pojemników w terminie 14 dni jest fizycznie niemożliwa, a jednocześnie nie kwestionuje tego terminu tylko domaga się fizycznego udziału pracowników Zamawiającego w procedurze przejęcia. Zatem argumentacja Odwołującego jest wewnętrznie niespójna. Odwołujący nie wykazał, iż faktycznie nie jest w stanie przeprowadzić weryfikacji stanu technicznego czy też fizycznej obecności pojemnika w MGO. Ponadto należy wskazać, że to w interesie wykonawcy leży sprawne przejęcie sektora, w celu rozpoczęcia świadczenia zakontraktowanych usług. Izba w zakresie obu zarzutów, związanych z przejęciem lub zwrotem dzierzawionych pojemników podziela stanowisko Zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz dalszym piśmie procesowym. W szczególności podziela pogląd, że Odwołujący kreuje jednostronne scenariusze nie uwzględniając własnej roli w tym procesie. To przecież m.in. od wykonawcy w znacznym stopniu będzie zależało tempo wymiany pojemników oraz czas trwania procesu transportowania i odbioru pojemników, a tym samym nie potwierdza się teza Odwołującego II o tym, że niemożliwe jest ustalenie jakie zasoby i w jak długim czasie będzie zobligowany zapewnić. Dokumentacja fotograficzna dot. powierzchni baz dotychczasowego wykonawcy oraz Odwołującego II w ocenie Izby, nie

może świadczyć o tym, że przeprowadzenie procedury zwrotu nie będzie możliwe czy też obarczone nadmiernymi ryzykami, gdyż przedmiotowa baza wskazana jest jako miejsce dostarczenia pojemników, brak jest natomiast informacji w jaki sposób i gdzie dotychczasowy wykonawca usług zamierza te pojemniki przechowywać.

Izba, podziela również argumentację Zamawiającego, co do aspektu zarzutu dotyczącego niewystarczającego określenia maksymalnej częstotliwości przekazywania dodatkowych worków właścicielom nieruchomości (.) tj. wymagania określonego w rozdziale II pkt 2 ppkt 11 SWU, co w ocenie Odwołującego II może prowadzić do dostarczenia ogromnej, niesprecyzowanej liczby dodatkowych worków i tym samym wygenerowania niemożliwych do oszacowania, a potencjalnie znaczących kosztów związanych z zakupem i dystrybucją worków na odpady, a tym samym uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej, w której Zamawiający odwoływał się do treści Załącznika nr 3 do SWU. Załącznik ten określa przewidywaną liczbę pojemników i worków niezbędną do realizacji zamówienia określoną liczbowo. Zatem wyrażane przez Odwołującego II obawy, o ogromnej niesprecyzowanej liczbie worków na odpady są bezpodstawne. Zamawiający przekazał wykonawcy dane niezbędne do wyliczenia ceny oferty, a jak wskazywał Zamawiający w toku postępowania odwoławczego w razie drastycznego zwiększenia tych ilości, wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

W ocenie składu orzekającego, nie znalazł potwierdzenia również ostatni aspekt podnoszonego zarzutu dotyczącego Rozdziału II pkt 13 SWU dotyczącego nie określenia przez Zamawiającego lokalizacji w których pojemniki typu F 90 będą umiejscowione oraz bez określenia frakcji odpadów, których będą on dotyczyć, co w ocenie Odwołującego II uniemożliwia wykonawcy ustalenie liczby i częstotliwości kursów związanych z opróżnianiem tych pojemników, realizowanych specjalistycznymi pojazdami, a w konsekwencji oszacowania kosztów realizacji usługi w tym zakresie. Należy nadmienić, że wykonawcy składając ofertę określają cenę za odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie tony odpadów określonej frakcji, cena ta jest niezależna od typu pojemnika w jakim odpady są zbierane. Zamawiający przedstawiając stanowisko co do odwołania wskazał, iż na tym etapie postępowania nie jest możliwe jednoznaczne podanie nieruchomości w których planowane jest rozmieszczenie przedmiotowych pojemników, gdyż jest to zależne od woli mieszkańców i zgłaszanego przez nich zapotrzebowania, natomiast naturalne jest, iż będą w nich gromadzone odpady wszystkich frakcji, a pojemniki będą posadowione w Sektorze II Krzyki. Zamawiający wskazywał również, że liczba i częstotliwość kursów nie jest zależna od lokalizacji pojemników lecz od konieczności odbioru odpadów z danego MGO uwarunkowanej ilością wytwarzanych na danej nieruchomości odpadów, bez znaczenia pozostaje również rodzaj pojemnika. Izba przechylając się do argumentacji Zamawiającego, uwzględniając jego uzasadnione potrzeby w tym zakresie i jednocześnie mając na uwadze niewielką ilość pojemników w skali całego Sektora II, doszła do przekonania, że dość lakoniczna regulacja w SWU dot. pojemników typu F 90, nie stoi na przeszkodzie oszacowaniu kosztów usługi świadczonej w tym zakresie. Jednocześnie nadmienić należy, iż wykonawcy powołują się w tym zakresie na konieczność dysponowania specjalistycznym samochodem, w celu odbierania odpadów z tych pojemników, lecz brak jest w odwołaniach zarzutów w tym przedmiocie co do warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawcy akceptują przy tego rodzaju opisie przedmiotu zamówienia konieczność dysponowania drogim specjalistycznym sprzętem.

Wobec powyższego zarzut nr 1 petitum odwołania nie potwierdził się w stosunku do żadnego z aspektów w nim podnoszonych.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia również kolejnego zarzutu dot. wymagania Zamawiającego określonego w Rozdziale III pkt 4 ppkt 2 SWU.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 4. SWU W zakresie przeprowadzania kontroli oraz informowania Zamawiającego o utrudnieniach w odbiorze odpadów:

1) w przypadku braku możliwości odbioru odpadów (brak możliwości bezpośredniego dojazdu do miejsca zbiórki, niewystawiony pojemnik, brak dostępu do MGO, itp.) Wykonawca ma obowiązek:

a) niezwłocznie sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników zgodnie z załącznikiem nr 14 - Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników.

b) niezwłocznie zrealizować usługę odbioru odpadów, gdy będzie ona możliwa, nie później jednak niż w ciągu najbliższych 3 dni kalendarzowych,

2) w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do

MGO (np. remont drogi, roboty budowlane), Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z zapisami umowy oraz niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o tymczasowych lokalizacjach MGO.

Brak ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową.”.

Izba, również odnośnie tego zarzutu podziela argumentację Zamawiającego i uznaje ją za własną. Słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu nienależytej realizacji umowy nie jest odpowiedzialnością absolutną. W sytuacji, gdy nie z własnej winy nie dokona on ustalenia z właścicielem nieruchomości odbioru odpadów (np. w sytuacjach skrajnych gdy kontakt z właścicielem będzie niemożliwy lub gdy ten oczekiwać będzie, że wykonawca będzie odbierał odpady z miejsca niedozwolonego), Wykonawca nie będzie ponosił z tego tytułu odpowiedzialności. Dodatkowo jak wskazał Zamawiający kwestionowane postanowienie rozdziału III pkt 4 ppkt 2 SWU ma pełnić rolę motywującą wykonawcę, aby dochował on wszelkich starań, aby ustalić z właścicielem nieruchomości nowe, zgodne z wymogami BHP miejsce odbioru odpadów. Zamawiający przywołał również postanowienia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia (§ 15 ust.

3) — zgodnie z którymi właściciel nieruchomości zobowiązany jest do ustawienia pojemników lub worków z odpadami przeznaczonymi do odebrania w sposób zapewniający podmiotowi odbierającemu odpady komunalne bezpośredni do nich dojazd za pomocą wyspecjalizowanego pojazdu o dopuszczalnej masie całkowitej co najmniej 26 t oraz łatwy odbiór odpadów. Zatem w tej konkretnej sytuacji, odpowiedzialność spoczywa przede wszystkim na właścicielu nieruchomości. Jednakże również Wykonawca nie może tej sytuacji nadużywać argumentując przy każdej sytuacji, że odbiór odpadów był niemożliwy. Taki był cel wprowadzenia tego postanowienia do rozdziału III pkt 4 ppkt 2 SWU zdanie 2. Słusznie wskazuje Zamawiający, że przedmiotowe postanowienie, wobec treści i podstaw zarzutu, nie może być interpretowane inaczej niż przez pryzmat postanowień umowy - § 8 ust. 3 pkt 4 umowy stanowi, że Wykonawca zobowiązuje się do: wykonywania czynności objętych przedmiotem umowy zgodnie z wymaganiami ochrony środowiska, gospodarki odpadami, z zakresu ochrony przeciwpożarowej oraz bezpieczeństwa i higieny pracy - określonymi w aktualnych przepisach prawa, w sposób nieuciążliwy dla środowiska i okolicznych mieszkańców, a nadto w sposób zapewniający bezpieczeństwo osób oraz mienia znajdujących się w pobliżu wykonywanych prac. Zatem w każdym wypadku odbiór odpadów powinien dokonywać się każdorazowo zgodnie z wymaganiami BHP. Jeżeli brak uzgodnienia miejsca odbioru odpadów uniemożliwia ich odbiór zgodnie z postanowienia BHP (wymagałoby naruszenia tych zasad), Wykonawca zwolniony jest z takiego obowiązku. Wobec tak sformułowanych postanowień umowy, bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego II, iż Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby realizował on swoje świadczenie w sposób naruszający zasady bhp, czy narusza art. 353¹ KC oraz inne normy rangi ustawowej oraz wydane na podstawie delegacji ustawowej wskazane w odwołaniu.

W ocenie składu orzekającego, potwierdzenia nie znalazł również ostatni z zarzutów dot. ustalenia w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. c) Projektu Umowy kary umownej za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek wprowadzenia zmian w Harmonogramach, o których mowa w SWU bez wymaganej akceptacji Zamawiającego, przy jednoczesnym określeniu w Rozdziale II pkt 4 ppkt 2 SWU wymogu zapewnienia częstotliwości gwarantującej niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności oraz systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napelnienia poszczególnych pojemników w celu niedopuszczania do ich napelnienia powyżej 80% całkowitej pojemności oraz ustanowieniu w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) - r) Projektu Umowy kar za stwierdzenie przepełnienia pojemników (pow. granicy 80%).

Izba ustaliła, że zgodnie z § 15 ust. 2 pkt 3 lit. c) projektu umowy: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w zakresie Harmonogramów, o których mowa w SWU: w wysokości 5 000,00 zł - za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek wprowadzania zmian w Harmonogramach, o których mowa w SWU, bez wymaganej akceptacji Zamawiającego.”.

Zgodnie z § 15 ust. 2 pkt 11 „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów (.)

o) w wysokości 75,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych danej frakcji o pojemności mniejszej niż 1,1 m³ przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80 %

całkowitej pojemności danego pojemnika, p) w wysokości 300,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych danej frakcji o pojemności 1,1 m³ i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,

q) w wysokości 250,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych danej frakcji: niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,

r) w wysokości 200,00 zł - za każdorazowe niewykonanie obowiązku poinformowania Zamawiającego

o wymianie pojemnika na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach, w terminie jednego dnia kalendarzowego od dnia wymiany pojemnika wraz z informacją dotyczącą jego pojemności, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu.”.

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 2. SWU W zakresie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do:

1) odbioru odpadów z miejsc przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych zgodnie z opracowanym przez siebie Harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków przy uwzględnieniu następujących częstotliwości:

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - co najmniej jeden raz w tygodniu,

b) odpady metali, tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe - w przypadku nieruchomości o charakterze wielolokalowym - co najmniej raz na dwa tygodnie;

w przypadku nieruchomości o charakterze jednorodzinnym - co najmniej raz na trzy tygodnie,

c) odpady z papieru- w przypadku nieruchomości o charakterze wielolokalowym - co najmniej raz na dwa tygodnie; w przypadku nieruchomości o charakterze jednorodzinnym

- co najmniej raz na cztery tygodnie,

d) odpady ze szkła - co najmniej jeden raz na cztery tygodnie,

e) bioodpady - co najmniej jeden raz w tygodniu, w tym drzewka bożonarodzeniowe w okresie od stycznia do końca lutego. W przypadku nieruchomości o charakterze wielolokalowym Wykonawca w okresie od 15 maja do 15 września zobowiązany jest do odbioru bioodpadów co najmniej dwa razy w tygodniu.

Ponadto częstotliwość odbioru odpadów komunalnych ma gwarantować niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności.

Izba zważyła, że Odwołujący wywodził, że takie ukształtowanie projektu umowy i SWU może stawiać Wykonawcę w sytuacji, w której z jednej strony powinien on na bieżąco dostosowywać harmonogram odbioru do zapewnienia pojemników, drugiej zaś nie mógłby takiego dostosowania dokonać bez akceptacji Zamawiającego, a co tym samym oznacza, że w przypadku zagrożenia przepełnieniem pojemników Wykonawca może nie mieć możliwości szybkiego dostosowania Harmonogramu i tym samym zapobiegnięcia ich przepełnieniu bez narażenia się na ryzyko obciążenia go karą umowną. Odwołujący ocenił obciążenie Wykonawcy dwoma sprzecznymi w omawianym zakresie obowiązkami oraz powiązanymi karami umownymi z tytułu ich niewykonania, jako ułożenie stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadami współżycia społecznego - te bowiem wymagają, aby stosunki umowne były kształtowane w sposób możliwy do wykonania i spójny - tak, aby realizacja poszczególnych zobowiązań przy zachowaniu należytej staranności nie narażała zobowiązanego na odpowiedzialność za niewykonanie innych zobowiązań, co w świetle przywołanych postanowień umownych mogłoby mieć miejsce.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że akcentowana przez Odwołującego II

sprzeczność postanowień umownych ma charakter pozorny. Niewątpliwie Zamawiający musi pozostawić sobie prawo kontroli nad zmianą harmonogramu, ponieważ udzielając akceptacji na jego zmianę, Zamawiający kieruje się w tym zakresie interesem mieszkańców, wyważając różne interesy. Z jednej strony konieczne jest niedoprowadzanie do przepełnienia pojemników, z drugiej odbiór odpadów powinien następować w sposób jak najmniej uciążliwy dla mieszkańców. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w sytuacji sporadycznego przepełnienia pojemników, Wykonawca może, a wręcz powinien odbierać je w sposób niezaplanowany w harmonogramie. Harmonogram, jak sama nazwa wskazuje, stanowi rozplanowanie określonych czynności w czasie i w sposób oczywisty nie będzie miał zastosowania do sytuacji nagłych i nadzwyczajnych. W ocenie Izby, zmiana Harmonogramu, w przypadku incydentalnego przepełnienia pojemnika, ze względu na uwarunkowania logistyczne (poinformowanie mieszkańców, ewentualne zmiany dla innych lokalizacji) nawet nie powinna mieć miejsca, a przepełnienie winno być usunięte poprzez doraźny odbiór odpadów. Słusznie w tym zakresie argumentował Zamawiający, iż dopiero w przypadku powtarzalności problemu, konieczne będzie podjęcie dalszych działań adekwatnych do zaistniałego problemu i możliwości związanych np. z ustawieniem większego pojemnika, lub dostawieniem kolejnego, a dopiero w braku pożądanego skutku tych działań wykonawca winien wystąpić o zmianę Harmonogramu.

Wobec powyższego w ocenie Izby odwołanie Odwołującego II podlegało oddaleniu w całości.

KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na częściowe uwzględnienie.

W celu zachowania ekonomiki postępowania w zakresie zarzutu uwzględnionego dot. waloryzacji, a oznaczonego w odwołaniu nr 13 w petitum odwołania, a także co do zarzutów dot. poziomu recyklingu tj. zarzutu nr 1 i 2 petitum odwołania oraz zarzutu dot. warunku udziału w postępowaniu tj. zarzutu nr 14 z petitum odwołania, Izba odsyła do argumentacji przedstawionej w rozstrzygnięciu odwołań Odwołującego Chemeko, uznając ją za właściwą i adekwatną również do ww. zarzutów podnoszonych przez Odwołującego ALBA. Natomiast co do zarzutu nr 7 z petitum odwołania argumentacją właściwą jest argumentacja przedstawiona w odpowiedzi na zarzut Odwołującego FBSerwis dot. pojemników typu F 90.

Nadmienić należy, że Odwołujący III formułował analogiczne zarzuty wobec wszystkich 4 postępowań wskazanych na wstępie, ze względu na fakt, iż dokumentację tych postępowań zawierają analogiczne postanowienia, jednakże sektory I i III oraz II i IV różnią się numeracją pewnych elementów. Dla ułatwienia, Izba w uzasadnieniu stanowiska będzie powoływać się na numerację właściwą dla sektora II, chociaż rozważania są adekwatne do wszystkich postępowań.

Co do pozostałych zarzutów odwołania wskazać należy, iż Odwołujący oparł je zasadniczo na art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wskazując, że przywoływane postanowienia czy to projektu umowy czy poszczególnych SWU naruszają zasady zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym doszło do zaniechania przygotowania i prowadzenia postępowania z należyłą starannością i dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny lub w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, rozpoznając poszczególne zarzuty trudno nie odnieść wrażenia, że wykonawca nie dąży do eliminacji niezgodności postanowień szeroko rozumianej SWZ z ustawą Pzp, a de facto stara się polepszyć własną sytuację i ukształtować postanowienia SWZ wg formuły jemu odpowiadającej.

W ocenie składu orzekającego nie znalazł potwierdzenia zarzut podniesiony w pkt 4 petitum odwołania, który odnosił się do prawa opcji dot. odbioru odpadów wielkogabarytowych. Wobec wykreślenia przez Zamawiającego postanowienia § 1 ust. 4 projektu umowy rozpatrywanie tego zarzutu w tej części jest bezprzedmiotowe.

Odpowiadając na zarzuty odwołania Zamawiający wskazał, że określił zasady udzielania zamówień w trybie prawa opcji dla odpadów wielkogabarytowych - zostały one opisane w § 2 ust. 3-6, w szczególności:

1) Zamawiający wskazał rodzaj oraz maksymalną wartość opcji.

Rodzaj opcji został podany w sposób przedmiotowo-ilościowy:

Opcja dotyczy odbioru odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach opisanym w SWU w Dziale IV (o ilości odpadów wskazanych w Załączniku nr III).

Maksymalna wartość opcji wynika z ceny wskazanej przez Wykonawcę w ofercie na usługę objętą opcją i z zakresu tej opcji wskazanej w Załączniku nr III.

W załączniku nr III do oferty podane zostały następujące ilości odpadów wielkogabarytowych, po zmianie zapisów SWZ pismem z dnia 28.09.2022 r.:

Sektor I - 2 683,93 Mg,

Sektor II - 2 973,51 Mg,

Sektor III - 4 806,56 Mg,

Sektor IV - 1 524,63 Mg.

2) Zamawiający wskazał okoliczności skorzystania z opcji:

Warunkiem skorzystania z opcji jest posiadanie środków finansowych na realizację tych zadań. Jest to właściwie najczęściej spotykana na rynku okoliczność skorzystania z opcji, ponieważ zamawiający korzystają z tego rozwiązania właśnie wtedy, kiedy nie są w stanie z góry przewidzieć czy będą posiadali określone środki na realizację prawa opcji. Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie przyjęte rozwiązanie nie jest sprzeczne z ustawą Pzp, która stanowi, że „Przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień”. Wartość zamówienia oraz kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to są dwa odrębne wartości. Pierwsza dotyczy szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, druga możliwości budżetowych Zamawiającego.

Nadto Zamawiający przewidział tryb skorzystania z prawa opcji (w jaki sposób dojdzie do jej uruchomienia): Wykonawca każdorazowo zostanie poinformowany pisemnie lub drogą

elektroniczną na adres ____, o skorzystaniu z prawa opcji przez Zamawiającego

wraz z zakresem, na 30 dni przed planowanym terminem rozpoczęcia usług, przy czym nie później niż do dnia 30.11.2023 r.

Zatem w przypadku rzeczowej usługi, najpierw Wykonawca będzie odbierał, zbierał, transportował i zagospodarowywał odpady wielkogabarytowe w ilości przewidzianej dla zamówienia podstawowego. Po wyczerpaniu tej kwoty, Zamawiającemu przysługuje prawo do uruchomienia opcji (choć Zamawiający nie wyklucza, że decyzja o uruchomieniu opcji zostanie podjęta wcześniej, nie później jednak niż do 30.11.2023 r.).

3) Opcja nie modyfikuje ogólnego charakteru zamówienia.

Przez ogólny charakter zamówienia rozumie się te informacje, które pozwalają odróżnić to zamówienie od innych zamówień na rynku — chodzi zatem o jego najważniejsze cechy identyfikacyjne. Tymczasem prawem opcji objęte jest odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych, które częściowo objęte są również zamówieniem podstawowym. Stąd nie ma tutaj mowy o zmianie ogólnego charakteru zamówienia.

Izba zgadzając się z powyższą argumentacją i uznając ją za własną oddaliła zarzut. Odnosnie zarzutu dot. systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, Odwołujący III nie wykazał, iż wymagania opisane przez Zamawiającego naruszają wytyczne ustawy Pzp co do

sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie nie można traktować jako dowodu przedłożonego przez Odwołującego III wyroku Izby w innej sprawie, wydanego w okolicznościach dla niej właściwych. Postępowanie przez Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i Odwołujący III, formułując zarzuty winien je udowodnić lub chociażby w odniesieniu do art. 99 ustawy Pzp uprawdopodobnić. W ocenie Izby, zarzutu tego nie uprawdopodobniają, również przedłożone wydruki z dokumentacji postępowań. Wobec tego zarzut podlegał oddaleniu.

Izba, nie podzieliła również stanowiska Odwołującego III, co do braku uzasadnionych obiektywnych potrzeb Zamawiającego, co do wymogów określonych w rozdziale VIII ust. 3 pkt 4 SWU w odniesieniu do okresu magazynowania odpadów do 3 miesięcy. Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VIII ust. 3 pkt 4 SWU określił następujące zobowiązanie: „W zakresie magazynowania odpadów Wykonawca zobowiązany jest do magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej selektywnie odebranych odpadów nie dłużej niż 3 miesiące lub dłużej wyłącznie za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez Wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to Wykonawca musi stosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji,”.

Odwołujący argumentował, iż jest to zobowiązanie nadmierne ingerujące w sferę przynależną wykonawcy i narusza jego ekonomiczne interesy. W szczególności, dla zobrazowania nieracjonalności tego wymagania Odwołujący III, przedstawił karty bilansu odpadów dla leków przedstawiając minimalne ilości zgromadzonych odpadów, których nieuzasadnione ekonomicznie byłoby przewożenie do instalacji co 3 miesiące. W ocenie Izby, postanowienie w rozdziale VIII ust. 3 pkt 4 SWU, nie stoi na przeszkodzie aby wykonawca mógł magazynować odpady przez okres dłuższy. Jednakże dla takiego działania konieczna jest zgoda Zamawiającego. Oczywiście też postanowienie to, nie narusza właściwych przepisów prawa. Jednocześnie Zamawiający argumentował, że uiszcza wynagrodzenie za odpad zagospodarowany, tak więc nie leży w jego interesie zbyt długie magazynowanie odpadów przez wykonawców i uzasadnione jest oczekiwanie, aby w celu rozliczenia umowy wykonawcy w określonym terminie zagospodarowywali odebrane odpady. Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut.

Zarówno w zakresie zarzutu dot. prac interwencyjnych jak i elektromobilności, w ocenie Izby argumentacja Odwołującego III, podnoszona na rozprawie wykraczała poza podstawy faktyczne podnoszonych zarzutów przedstawione w odwołaniu. I tak w zakresie zasad zlecania prac interwencyjnych i ich zakresu Odwołujący III przywoływał oprócz dokumentacji niniejszego postępowania dokumentację postępowania pn. całoroczne utrzymanie czystości i porządku (.) i argumentował w sposób z nią powiązany. Argumentacja ta jako wykraczająca poza zarzut podlegała pominięciu. Podobnie rzecz ma się z zarzutem dot. tzw. elektromobilności, dopiero na rozprawie, Odwołujący III skonkretyzował swoje wątpliwości, przedstawiając własne symulacje obrazujące możliwe sposoby liczenia poziomu elektromobilności, wobec tego faktu również ta argumentacja została pominięta.

W ramach przedmiotowych zarzutów Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na uzasadnienie zawarte w odwołaniu. W uzasadnieniu odwołania, oprócz zacytowania kwestionowanych postanowień projektu umowy oraz zacytowania wyroku Izby Odwołujący III, zawarł ogólnikowe stwierdzenia koncentrujące się na wskazaniu oczekiwań.

Tak ogólnikowe stanowisko podane jako uzasadnienie zarzutów, które w żaden sposób nie odnosiło się do konkretnych i osadzonych w realiach rynkowych okoliczności dotyczących kwestionowanych postanowień, nie mogło w żaden sposób stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Odwołujący III, jak wskazano powyżej, dopiero na rozprawie podnosił pewne konkretne argumenty w kontekście przedmiotowego zarzutu, jednakże Izba nie mogła wziąć tej argumentacji pod uwagę. Dlatego też zarzuty te podlegały oddaleniu. Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający w ocenie Izby, zawarł w Rozdziale VII SWU opisał zobowiązanie wykonawcy w tym zakresie wraz z zasadami udzielania zleceń. Ponadto, w przypadku zarzutu dot. prac interwencyjnych podobnie jak i w przypadku zarzutu dot. odbioru odpadów typu strzykawki/igły, argumentacja Odwołującego III wynikała z dotychczasowego sposobu realizacji zamówienia, a nie dotyczyła postanowień SWZ. Zamawiający podkreślał, że zgodnie z Rozdziałem V ust. 1 - Odpady wymagające odbierania, transportu i unieszkodliwiania - leki inne niż wymienione w 20 01 31 0 kodzie 20 01 32 oraz Rozdziałem I ust. 1 SWU, zakres zamówienia nie wymienia i nie obejmuje frakcji igieł i strzykawek. W zakresie zużytych igieł i strzykawek Rozdział V SWU (ust. 8 i n.) stanowi jedynie o obowiązku zakupu pojemników na nie, obowiązku oznakowania pojemników i dostarczenia ich do punktów aptecznych. Ponadto Formularz ofertowy przewiduje pozycję rozliczeniową: Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków. Postanowienia SWZ są spójne, jasne i precyzyjne oraz nie nakładają one na Wykonawcę obowiązku odbioru, zabrania, transportowania i zagospodarowania odpadów w postaci zużytych igieł i strzykawek. Tak więc, zarzut ten był zupełnie bezpodstawny.

W ocenie Izby, nie potwierdziły się również zarzuty dot. obsługi nieruchomości niezamieszkałych oraz odbioru odpadów wielkogabarytowych, w zakresie którego Odwołujący III podnosił również nadmierne wymagania dot. obowiązku odbioru odpadów i sprzątania miejsca ustawienia kontenerów jeszcze przez 3 dni po jego zabraniu, gdy takiego obowiązku Zamawiający nie ustanowił. Izba podziela argumentację Zamawiającego, odnośnie tych zarzutów i uznaje ją za własną, w szczególności wskazując, że w zakresie procedury obsługi nieruchomości niezamieszkałych:

- a) procedura obsługi nieruchomości niezamieszkałych — jest taka sama jak nieruchomości zamieszkałych i najogólniej rzecz biorąc polega np. na fizycznym podstawieniu/zabraniu pojemnika;
- b) podstawienia/zabrania pojemników będą zgłaszane przy pomocy systemu KOSZ (SWU Rozdział II, pkt 10/11- w zależności od Sektora);
- c) dane z deklaracji objęte są tajemnicą i Zamawiający nie może ich przekazać Wykonawcy; na podstawie deklaracji wykonawcy przekazywane jest zgłoszenie;
- d) Wykonawca nie kontroluje, czy deklaracja została wypełniona zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu. Po stronie Wykonawcy jest obowiązek odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałej wg zgłoszenia.

Ponadto w toku rozprawy sam Odwołujący przyznał, iż na rynku istnieje różna praktyka co do momentu udostępniania wykonawcom danych związanych z obsługą nieruchomości niezamieszkałych, często zdarza się, że dane te są udostępniane już po zawarciu umowy co nie wpływa na kalkulację ceny oferty.

Odnosnie odbioru odpadów wielkogabarytowych, Zamawiający wskazał, że co do ilości podstawień kontenerów, to częstotliwość tych podstawień Wykonawcy jest znana i wynika ona z regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia (co najmniej 1 raz na dwa miesiące, a w przypadku nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi co najmniej 1 raz w miesiącu - § 18 ust. 1 pkt 6 projektu umowy). Wykonawca zna również maksymalną ilość tych odpadów w rozbiu na zamówienia podstawowe i opcjonalne, która określona jest w Załączniku nr III do Oferty. Zamawiający stwierdził również, z czym Izba się zgadza, że średnia waga odpadów w kontenerze nie jest Wykonawcy potrzebna do kalkulacji cenowej (dla tej potrzeby kluczowa jest ilość tych odpadów). Nadto w formularzu ofertowym podany został strumień gabarytów.

Kolejnym zarzutem podnoszonym przez Odwołującego III, był zarzut związany z przewidywanym przez Zamawiającego terminem rozpoczęcia świadczenia usług, określonym zdaniem Odwołującego III w sposób nieproporcjonalnie krótki. Izba ustaliła, że Zamawiający w § 4 ust. 4 projektu umowy wskazał, „Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. X pkt 2, rozdz. XII pkt 2, rozdz. XV, świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia 01.01.2023 r. i nie później niż do dnia 31.12.2023 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy.” Tak więc w ocenie Izby, termin 30 dni poprzedzony słowami „nie wcześniej niż” nie jest terminem ostatecznym w którym wykonawca ma rozpocząć świadczenia usług. Jednocześnie Zamawiający podjął czynności w postaci przewidywanej dzierżawy pojemników w okresie przejściowym, aby wykonawcy w szybszym czasie mogli rozpocząć realizację umowy. Jednocześnie należy zgodzić się z Zamawiającym, iż przedstawiony przez Odwołującego III, terminarz obowiązków wykonawcy nie dowodzi, że termin ten jest terminem zbyt krótkim. Wykonawca może realizować poszczególne czynności w krótszych niż zakładane terminach.

Wobec tak ukształtowanych postanowień projektu umowy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Do akt sprawy wpłynęły również pisma procesowe (w dniu 7 października 2022 r. Odwołującego Chemeko oraz w dniu 10 października 2022 r., Odwołującego ALBY), w których Odwołujący Ci wnosili o ponowne otwarcie rozprawy. Zgodnie z art. 551 ust. 2 ustawy Pzp „Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.” Wobec faktu, iż złożone pisma stanowiły de facto dalszą polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego i nie ujawniono w nich nowych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, brak było podstaw do ponownego

otwarcia rozprawy, a wnioski podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowań odwoławczych we wszystkich sprawach orzeczono stosownie do ich wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2, ust. 6 oraz §8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając strony postępowań odwoławczych kosztami, wskazanymi w pkt 4, 5 i 6 sentencji, stosowanie do wyniku sprawy oraz uwzględniając liczbę zarzutów uwzględnionych i oddalonych, a także koszty dotychczas poniesione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: