Sygn. akt: KIO 2456/22

WYROK

z dnia 07 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez Odwołującego MS-Eko sp. z o.o. (ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Dąbrówka (ul. Tadeusza Kościuszki 14, 05-252 Dąbrówka)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: RDF sp. z o.o., MPK Pure Home sp. z o.o. (Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punktach: 2,3,9,10,11,12,13,14,18 z uwagi na uwzględnienie ich przez Zamawiającego,

2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punktach: 4,7,8,17 z uwagi na wycofanie ich przez Odwołującego,

3. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punktach: 6,15,16 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji zamówienia w tym treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu:

a) poprzez uwzględnienie w przesłankach nałożenia na wykonawcę kary umownej przewidzianej w §11 ust. 1 pkt 12 postanowień umowy kwestii dotyczącej zawinienia wykonawcy,

b) poprzez modyfikację formularza oferty uwzględniającą zróżnicowanie odpadów, jakie mogą być odbierane z nielegalnych wysypisk i ujęcie w osobnej grupie odpadów przypominających odpady komunalne, a w osobnej - odpadów niebezpiecznych z dzikich wysypisk,

c) poprzez uzupełnienie rozdziału 3 ust. 3 OPZ o określenie, jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) - w zakresie grupy podstawowej odpadów,

4. oddala odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punktach 1,5.

5. kosztami postępowania obciąża: Zamawiającego Gmina Dąbrówka (ul. Tadeusza Kościuszki 14, 05-252 Dąbrówka) w części 3/5 oraz Odwołującego MS-Eko sp. z o.o. (ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa) w części 2/5 i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego MS-Eko sp. z o.o. (ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

5.2. zasądza od Zamawiającego Gmina Dąbrówka (ul. Tadeusza Kościuszki 14, 05-252 Dąbrówka) na rzecz Odwołującego MS-Eko sp. z o.o. (ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa) kwotę 11160 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci 3/5 wpisu od odwołania oraz wysokości 3/5 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1170 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2456/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Dąbrówka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2023 roku".

Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 3 sierpnia 2022 roku

pod numerem 2022/S148-423825.

Odwołujący MS EKO sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zmienionej dokumentacji zamówienia, która została opublikowana 8 września 2022 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 522 ust. 4 Pzp poprzez niedokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z treścią żądań do zarzutów nr 1-10 oraz 13-40 przedstawionych w odwołaniu z dnia 16 sierpnia 2022 roku pomimo odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 1 września 2022 roku, w której wskazał, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-10 oraz 13-40 i dokona modyfikacji dokumentów zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu dot. w/w zarzutów w terminie do dnia 02.09.2022 r., a dokonał modyfikacji niezgodnych z treścią złożonego w odpowiedzi oświadczenia; (Zarzut 1),

- art. 353^1kc i art. 471 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. żart. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie zbyt szerokiego zakresu odpowiedzialności nieopartego na zasadzie winy tj. że za wszelkie wypadki i ich następstwa wynikłe przy i w związku z wykonywaniem umowy odpowiada Wykonawca (Zarzut 2),

- art. 353 i art. 471 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 433 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie zbyt szerokiego zakresu odpowiedzialności nieopartego na zasadzie winy, tj. że Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy (Zarzut 3),

- art. 353^1 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 436 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób niejednoznaczny, wzajemnie sprzeczny, z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi przez wadliwe ustalenie okresu realizacji umowy oraz okresu przygotowawczego przed

rozpoczęciem realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów (Zarzut 4),

- art. 99 ust.1 i 4 Pzp oraz art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 16 Pzp oraz art. 395 Pzp i art. 471 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umówi i zasad odpowiedzialności Wykonawcy w zakresie regulacji prawa odstąpienia przez Zamawiającego w paragrafie 8 ust. 1 (Zarzut 5),

- art. 483 k.c., art. 484 par. 1 kc art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 436 pkt 3 Pzp i art. 16 Pzp poprzez określenie kary umownej w par. 11 ust. 1 pkt 12 w nadmiernej wysokości, oderwanej od zawinienia oraz niewspółmiernej do przewinienia (Zarzut 6),

- art. 483 k.c., art. 484 par. 1 kc art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 436 pkt 3 Pzp i art. 16 Pzp poprzez określenie kary umownej w par. 11 ust. 1 pkt 13 w nadmiernej wysokości, oderwanej od zawinienia oraz niewspółmiernej do przewinienia (Zarzut 7),

- art. 483 k.c., art. 484 par. 1 kc art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 436 pkt 3 Pzp i art. 16 Pzp poprzez niejasną kwalifikację kary z par. 11 ust. 3 umowy, określenie jej w nadmiernej wysokości oderwanej od zawinienia i wpływu Wykonawcy na jej wysokość (Zarzut 8),

- art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 436 pkt 4 lit. b) pzp poprzez nieokreślenie wymaganych przesłanek zmian umowy w postaci jednoznacznych postanowień wskazujących na zakres dopuszczonych zmian umowy oraz zawarcie przesłanek zmiany umowy niezgodnych z przepisami pzp poprzez niezasadne ograniczenie wysokości waloryzacji w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp (Zarzut 9),

- art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy obligatoryjnej waloryzacji ponieważ z opisu zakresu zamówienia oraz sposobu i terminu jego realizacji wynika, że umowa jest zawierana na okres powyżej 12 miesięcy, a także nieprzewidzenie w umowie przypadku waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w szczególności kosztów paliwa co skutkuje przeniesieniem na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi (Zarzut 10),

- art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 95 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie w dokumentacji postępowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dot. dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, które pozostawia możliwość swobodnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu oraz SWZ oraz projektowanych postanowieniach umownych zakresu wymogu zatrudnienia na umowę o pracę (Zarzut 11),

- art. 108 ust. 1 Pzp oraz art. 109 ust. 1 Pzp w z w. z art. 134 ust. 1 pkt 7) oraz ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie w rozdziale IX i X SWZ podstaw wykluczenia (Zarzut 12),

- art. 63 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 14) Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez nieprawidłowe i wzajemne sprzeczne opisanie w SWZ zasad poświadczenia dokumentów za zgodność oraz podpisania oferty (Zarzut 13),

- art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez niejednoznaczne określenie zakresu dopuszczonych zmian umowy, w tym nieprzewidzenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zwiększenia wynagrodzenia w przypadku rozszerzenia przedmiotu zamówienia o dodatkowe kody odpadów (Zarzut 14),

- art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w rozdziale 2.4. OPZ zasad likwidacji nielegalnych wysypisk (Zarzut 15),

- art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny poprzez brak określenia jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności

regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 3 ust. 3 OPZ (Zarzut 16),

- art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w rozdziale 3 ust. 6 OPZ okresu przygotowawczego na realizację obowiązków dotyczących podstawienia pojemników oraz zasad wymiany uszkodzonych pojemników (Zarzut 17),

- art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6d ust.4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez niejednoznaczne i nieuwzględniające uwarunkowań prawnych zawartych w przepisach branżowych określenie sposobu wskazania miejsc, gdzie następować będzie zagospodarowanie odpadów (brak wskazania możliwości przekazania niewielkich ilości odpadów segregowanych do zbierających odpady) (Zarzut 18).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób szczegółowo określony w odwołaniu.

Zarzut 1 - naruszenie art. 522 ust. 4 Pzp

16 sierpnia br. zostało złożone odwołanie przez Wykonawcę MS EKO Sp. z o.o. wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (sygnatura akt: KIO 2138/22). W odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września 2022 roku, Zamawiający wskazał: „Zamawiający informuje iż uwzględnia w odwołanie w następującym zakresie: zarzut nr 1-10. Zamawiający dokona modyfikacji dokumentów zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu w terminie do dnia 02.09.2022r. (...). Zarzut nr 13-40. Zamawiający dokona modyfikacji dokumentów zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu w terminie do dnia 02.09.2022r. W związku z powyższym Zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą zgodnie z przesłankami wynikającymi z art. 522 ustawy z dnia 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych."

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący 2 września br. wycofał odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego tj. zarzutu nr 11 i 12, które zostały uwzględnione w części - zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 5 września br. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie.

Odwołujący wskazał, że modyfikacja dokumentacji postępowania ukazała się na platformie zakupowej dopiero w dniu 8 września br. i nie była zgodna z treścią odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września br. - zmiany dokonane w dokumentacji postępowania nie były zgodne z zakresem wskazanym w odwołaniu z dnia 16 sierpnia br.

Odwołujący wskazał na art. 522 ust. 4 pzp oraz okoliczność, że Zamawiający, mimo uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów nr 1-10 oraz 13-40, nie dokonał modyfikacji dokumentacji zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, co jest działaniem niezgodnym z art. 522 ust. 4 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu z dnia 16 sierpnia br. w zakresie zarzutów nr 1-10 oraz 13- 40.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w jego ocenie dokonane modyfikacje dokumentacji postępowania uwzględniały zmianę zapisów wskazanych przez Odwołującego.

Zarzut 2 - § 1 Przedmiot umowy ust. 10

W§ 1 ust. 10 Zamawiający przewidział: „10. Za wszelkie wypadki spowodowane przez Wykonawcę i ich następstwa wynikłe przy i w związku z wykonywaniem umowy odpowiada Wykonawca."

Zdaniem Odwołującego tak sformułowane postanowienie umowy jest niejednoznaczne, a zarazem nadmiernie uciążliwe i wykracza poza granice swobody kontraktowania, ponieważ nie przewiduje w sposób czytelny, że odpowiedzialność, o której mowa w § 1 ust. 10 dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę. Ukształtowanie odpowiedzialności jako nieopartej na zasadzie winy, lecz ryzyka, jest nadmiernie uciążliwe i wykracza poza granice kontraktowe. Nawet odpowiedzialność z tytułu kar umownych oraz odpowiedzialność za

niedotrzymanie terminów oparta jest na zasadzie winy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 1 ust. 10 umowy poprzez wskazanie, że odpowiedzialność Wykonawcy dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę i nadanie mu brzmienia: „Za wszelkie powstałe z winy Wykonawcy, przy i w związku z wykonywaniem umowy, odpowiada Wykonawca."

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokona zmiany § 1 Przedmiot umowy ust. 10, który otrzyma brzemiennie: „Za wszelkie wypadki powstałe z winy Wykonawcy, przy i w związku z wykonywaniem umowy, odpowiada Wykonawca”

Zarzut 3 - § 1 Przedmiot umowy ust. 11

W § 1 ust. 11 Zamawiający przewidział: „Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy powstałych na skutek działania lub zaniechania Wykonawcy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy".

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie umowy jest niejednoznaczne, a zarazem nadmiernie uciążliwe i wykracza poza granice swobody kontraktowania, ponieważ nie przewiduje w sposób czytelny, że odpowiedzialność, o której mowa w § 1 ust. 11 dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę. Nawet odpowiedzialność z tytułu kar umownych oraz odpowiedzialność za niedotrzymanie terminów oparta jest na zasadzie winy. Brak jest jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia, aby odpowiedzialność Wykonawcy dotyczyła wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy była ponoszona przez Wykonawcę, jeżeli pozostają one bez związku z jego zawinieniem. Tak ukształtowana odpowiedzialność ma charakter odpowiedzialności gwarancyjnej, opartej na zasadzie ryzyka, podczas gdy zasadą odpowiedzialności kontraktowej jest zawinienie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 1 ust. 11 umowy poprzez wskazanie, że odpowiedzialność Wykonawcy dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę i nadanie mu brzmienia: „Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy powstałych na skutek zawinionych działania lub zaniechania Wykonawcy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy." Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokona zmiany § 1 Przedmiot umowy ust. 11, który otrzyma brzemiennie: „Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy powstałych na skutek zawinionych działań lub zaniechań Wykonawcy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy.”

Zarzut 4 - § 2 Termin realizacji, okres przygotowawczy

W § 2 umowy Zamawiający przewidział: „Przedmiot umowy będzie realizowany w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą”. Z SWZ oraz innych dokumentów Postępowania wynika natomiast, że realizacja przedmiotu umowy rozpocznie się 1 stycznia 2023 roku i obejmie 12 miesięcy tak w Rozdziale V SWZ: Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 12 miesięcy. Planowana data rozpoczęcia realizacji: 01.01.2023r.".

Odwołujący zwrócił uwagę, że ze względu na przedmiot umowy, niezbędne jest wcześniejsze przygotowanie się do świadczenia zamówienia w tym wykonanie czynności takich jak np. opracowanie harmonogramu, wydruk harmonogramu i doręczenie go do mieszkańców nieruchomości, które to czynności mogą nastąpić najwcześniej dopiero z chwilą zawarcia umowy przez obie strony ze względu na postanowienia zawarte w projektowanych postanowieniach umownych.

Zdaniem Odwołującego brak okresu przygotowawczego faworyzuje dotychczasowego Wykonawcę. Zamawiający jest zobowiązany tak prowadzić postępowanie, aby zapewnić niezbędne terminy na przygotowanie się do świadczenia usługi każdemu Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że z dniem zawarcia umowy, Wykonawca nie rozpocznie świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów ze względu na brak takiej możliwości - dopiero po zawarciu umowy, otrzyma on szereg niezbędnych danych do realizacji usługi od Zamawiającego, na co w dokumentacji postępowania wskazał sam Zamawiający.

W ocenie Odwołującego brak uwzględnienia odpowiednich terminów na realizację poszczególnych obowiązków umownych stanowi nie tylko o niejednoznacznym opisie warunków wykonania zamówienia, ale także dyskryminuje nowych wykonawców, którzy nie

świadczyli do tej pory usług na rzecz Zamawiającego. Nakłada na nich znacznie większy ciężar ryzyk, aż do ryzyka rozwiązania umowy włącznie, podczas gdy konieczność zapewnienia odpowiedniego czasu na wykonanie czynności przygotowawczych wynika z samego charakteru usług, jakie mają być świadczone na podstawie umowy. Ponadto postanowienie, jakoby umowa była realizowana tylko 12 miesięcy od jej podpisania może sugerować, że obowiązuje ona tylko 12 miesięcy, podczas gdy okres jej obowiązywania jest dłuższy nawet na podstawie postanowień OPZ opracowanych przez Zamawiającego. Taka sugestia przekłada się natomiast na inne postanowienia umowy, tj. np. brak obligatoryjnej waloryzacji wynagrodzenia dla umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy tj. waloryzacji, o której mowa w art. 439 pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 2 umowy poprzez jednoznaczne wskazanie, że przedmiot umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów będzie realizowany przez 12 miesięcy po upływie okresu przygotowawczego do wykonywania tych usług i określenie okresu przygotowawczego obejmującego min. 40 dni od zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 stycznia 2023 roku. Skrócenie okresu przygotowawczego może nastąpić tylko za zgodą Wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że: w § 2 istotnych postanowień umowy wskazano: „Przedmiot umowy będzie realizowany w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą."

Podobnie w Rozdziale V SWZ wskazano: „Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 12 miesięcy od dnia podpisania umowy z Zamawiającym."

Ponadto Zamawiający wskazał na fakt, że „termin realizacji umowy to świadczenie określonych usług odbioru i zagospodarowania odpadów, zaś przygotowanie i organizacja realizacji umowy nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy i nie podlega doliczeniu do okresu realizacji umowy. Przy założeniu, że Zamawiający dokona wyboru wykonawcy w termie do połowy listopada 2022 Wykonawca będzie miał niezbędny czas na należyte przygotowanie się do wykonywania usługi".

Zarzut 5 - § 8 ust. 1 Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego

Zamawiający przewidział:

„1. ZAMAWIAJĄCY może odstąpić od umowy (w całości lub w części) w przypadku zaistnienia któregokolwiek z poniższych zdarzeń:

1) rozpoczęto likwidację firmy WYKONAWCY,

2) WYKONAWCA utracił uprawnienia do wykonywania przedmiotu umowy wynikające z przepisów szczególnych;

3) w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy;

4) WYKONAWCA nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową w terminie zgodnym z harmonogramem i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez ZAMAWIAJĄCEGO do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na rozpoczęcie realizacji usług nie krótszego niż 3 dni;

5) WYKONAWCA zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez co najmniej kolejnych 5 dni kalendarzowych i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez ZAMAWIAJĄCEGO do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na realizację usług nie krótszego niż 3 dni;

6) co najmniej 10 krotnie WYKONAWCA opóźniał się z realizacją przedmiotu umowy lub jego części w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu realizacji usług o co najmniej 3 dni robocze. (...)

3. ZAMAWIAJĄCY może odstąpić od umowy w całości lub w części w terminie 60 dni od powzięcia wiadomości o zaistnieniu okoliczności uzasadniających odstąpienie, o których mowa w ust. 1."

Odwołujący wskazał, że z opisu przesłanek odstąpienia w § 8 ust. 1 pkt 4, 5 i 6 powyżej nie wynika, że dotyczą tylko okoliczności zawinionych przez Wykonawcę. Postanowienie umowne jest niejednoznaczne, ponieważ przypadki odstąpienia od umowy powinny być uregulowane w sposób niebudzący wątpliwości i jednoznaczny. Odstąpienie od umowy nie

może natomiast dotyczyć okoliczności niezawinionych, ponieważ taki skutek wykraczałby poza zasady odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy oraz stanowiłby

naruszenie granic swobody kontraktowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że z uwagi na sankcyjny charakter pkt 4 i 5 konieczne jest uprzednie wezwanie Wykonawcy przez Zamawiającego wraz z wyznaczeniem terminu na przystąpienie do realizacji usług nie krótszego niż 3 dni robocze. Zauważył, że w pkt 6 nie jest jasne, czy wskazany termin obejmuje dni robocze. Powinno być to jednoznacznie określone, ponieważ brak doprecyzowania, że chodzi o dni robocze może być źródłem wątpliwości i sporów. Z kolei termin liczony w dniach kalendarzowych byłby zbyt krótki i nadmiernie uciążliwy, ponieważ usługa nie jest realizowana w dni niebędące dniami roboczymi. Tym samym skutek w postaci odstąpienia od umowy byłby nieproporcjonalny do naruszenia, np. z sytuacji gdyby termin na realizację usługi co do której nie dotrzymano terminu (3 dni) przypadał na okres weekendu lub dni świątecznych. Wykonawca nie miałby zatem żadnej realnej możliwości naprawienia uchybienia. Konieczne jest zatem doprecyzowanie, że chodzi o dni robocze, ponieważ w inne dni nie ma obowiązku ani możliwości realizacji usług, a termin naprawczy musi być realny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 8 ust. 1 pkt 4, 5 i 6 zgodnie z zarzutem. Poniżej proponowane brzmienie:

„4) WYKONAWCA ze swojej winy nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową w terminie zgodnym z harmonogramem i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez Zamawiającego do rozpoczęcia realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na rozpoczęcie realizacji usług nie krótszego niż 3

dni robocze;

4) WYKONAWCA ze swojej winy zaniechał realizacji umowy, tj. ze swej winy w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez co najmniej kolejnych 5 dni roboczych i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez Zamawiającego do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na realizację usług nie krótszego niż 3 dni robocze;

5) co najmniej 10 krotnie WYKONAWCA pozostawał w zwłoce z realizacją przedmiotu umowy lub jego części w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu realizacji usług o co najmniej 3 dni robocze".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokona zmiany § 8 ust. 1 pkt 4, 5 i 6, który otrzyma brzemiennie:

„4) WYKONAWCA ze swojej winy nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową w terminie zgodnym z harmonogramem i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez ZAMAWIAJĄCEGO do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na rozpoczęcie realizacji usług nie krótszego niż 3 dni;

5) WYKONAWCA ze swojej winy zaniechał realizacji umowy, tj. ze swojej winy w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez co najmniej kolejnych 5 dni kalendarzowych i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez ZAMAWIAJĄCEGO do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na realizację usług nie krótszego niż 3 dni;

6) co najmniej 10 krotnie WYKONAWCA pozostawał w zwłoce z realizacją przedmiotu umowy lub jego części w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu realizacji usług o co najmniej 3 dni robocze.”

Zarzut 6 - ad. § 11 Kary umowne ust. 1 pkt 12 umowy

Zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 12 przewidział karę umowną: „12) w przypadku niezważenia pojazdu odbierającego odpady komunalne, w wysokości 500 zł za każdy niezważony pojazd”.

W ocenie Odwołującego tak określona kara umowna jest nadmiernie wygórowana i nieadekwatna do przewinienia, zatem konieczne jest jej obniżenie do maksymalnie 100 zł za każdy niezważony pojazd.

Odwołujący zauważył, że ważenie pojazdu na wadze PSZOK nie wskaże dokładnej masy odpadu, ponieważ pojazd przed wyjazdem w trasę ma inną tarę niż tarę po wykonaniu pracy. Waga ma charakter kontrolny, a nie wskazujący faktyczną masę odpadu. Faktyczną masę

odpadu można uzyskać jedynie dokonując wysypu odpadu. Ważenie na wadze Zamawiającego jest kontrolne, a najbardziej wiarygodnymi danymi są dane z legalizowanej wagi u przejmującego odpady, ponieważ wiąże się to również z prowadzeniem kart ewidencji odpadów. Waga ta nie ma charakteru rozliczeniowego, a wagę odpadów i tak ostatecznie ustala się na podstawie innych dokumentów. Ponadto kara umowna nie wskazuje, że jest należna tylko za działanie zawinione, co sugeruje, że Zamawiający miałby prawo jej naliczenia w przypadku chociażby awarii wagi, za którą nie odpowiada. Brak jest zatem przesłanek, aby naliczać karę umowną w ww. nadmiernej wysokości i bez określenia jednoznacznie, że dotyczy tylko przypadków zawinionych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 11 ust. 1 pkt 12 umowy poprzez obniżenie kary umownej do wysokości maksymalnie 100 zł za każdy niezważony pojazd oraz o jednoznaczne wskazanie, że kara umowna dotyczy tylko przypadków zawinionych. Proponowane postanowienie umowne powinno brzmieć następująco: „12) w przypadku niezważenia pojazdu odbierającego odpady komunalnej w wysokości 100,00 zł za każdy niezważony z winy Wykonawcy pojazd".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył jednocześnie, że: „dokona zmiany §11 ust. 1 pkt 12, który otrzyma brzemiennie" jednocześnie nie wskazał żadnego nowego brzmienia dla tego artykułu. Dalej Zamawiający stwierdził, że podtrzymuje swój zapis i że nie widzi uzasadnionego powodu, dla którego Wykonawca miałby celowo unikać ważenia pojazdów. Dalej wskazał, że: „W przypadku unikania ważenia pojazdów przez Wykonawcę Zamawiający nie będzie miał możliwości zweryfikowania ilości odebranych odpadów od mieszkańców. Zamawiający rozlicza się od każdej tony odebranych odpadów w związku z tym Zamawiający musi mieć możliwość weryfikacji tych danych. Zamawiający w związku z częściowym uwzględnieniem odwołania z dnia 16 sierpnia dokonał zmiany w § ust. 1 pkt 12 obniżając wysokość kary o 50 %. W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do obniżenia kary do wysokości 100 złotych w sytuacji gdy rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawca prowadzone będą na podstawie faktycznie odebranej ilości odpadów".

Zarzut 7 - § 11 Kary umowne ust. 1 pkt 13 umowy

Zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 13 przewidział karę umowną: „13) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 2% wynagrodzenia umownego brutto, należnego wykonawcom/dalszym podwykonawcom, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień."

Zdaniem Odwołującego, kara umowna w takiej wysokości jest wygórowana i nieadekwatna do przewinienia.

Odwołujący wskazał, że wystarczająca i spełniająca swoje zadania jest kara umowna ustalona na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego brutto, należnego wykonawcom/dalszym podwykonawcom, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień. Kara określona na takim poziomie przeciwdziała naruszaniu postanowień umownych przez Wykonawcę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 11 ust. 1 pkt 13 umowy poprzez zmianę sposobu jej obliczania i obniżenie. Poniżej proponowany zapis:

„13) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokona zmiany § 11 ust. 1 pkt 13. Wyjaśnił, że: „częściowo uwzględnił odwołanie z dnia 16 sierpnia 2022r, w zakresie zarzutu nr 12 uznając za zasadne naliczanie kary w oparciu o wysokość należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom wynagrodzenia, które nie zostało zapłacone w terminie, nie zaś w stosunku do maksymalnego wynagrodzenia umownego brutto. W ocenie Zamawiającego aby kara umowna zachowała swoją rolę wysokość kary winna wynosić 2 % (nie zaś 0,2%) i winna być naliczane w oparciu o wysokość wynagrodzenia które nie zostało zapłacone w terminie, nie zaś wynagrodzenia miesięcznego". Dalej Zamawiający wskazał, że wprowadzi stosowne zmiany w § 11 ust. 1 pkt 13 umowy o treści „w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 2% wynagrodzenia umownego brutto, należnego wykonawcom/dalszym podwykonawcom, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień".

Zamawiający oświadczył także, że nie widzi podstaw do wprowadzenia kolejnej zmiany w

tym zakresie. W ocenie Zamawiającego kara na poziomie 2% wynagrodzenia, które nie zostało zapłacone w terminie nie jest karą wygórowaną biorąc pod uwagę zarówno interesy Zamawiającego, Wykonawcy a w szczególności Podwykonawców.

Zarzut 8 § 11 Kary umowne ust. 3 umowy

Zamawiający w § 11 ust. 3 przewidział: „Niezależnie od kar umownych wskazanych powyżej Zamawiający obciąży Wykonawcę także kwotą odpowiadającą 50% wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ustawy, jeżeli działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę."

Zamawiający przewidział w ust. 3, że obciąży Wykonawcę także kwotą odpowiadającą 50% wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ustawy, jeżeli działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca nie może odpowiadać w tak dużym stopniu za brak osiągniętych poziomów, ponieważ zależy to od wielu czynników, tj. ilości wytworzonych przez mieszkańców odpadów, jakości segregacji oraz zawartości tej segregacji. Nie każdy papier, plastik czy szkło będą przyjmowane przez recyklerów. Ponadto we frakcjach segregowanych zawsze znajdują się zanieczyszczenia, których nie da się poddać recyklingowi. Obowiązek zapłaty kary umownej powinien zostać uzależniony od możliwości określenia rozmiaru przyczynienia się do powstania podstaw do nałożenia kary, w tym nieprzekazania do recyklingu przynajmniej 40% sumy odebranych odpadów w sposób selektywny. Kara musi mieć charakter zawiniony, co Zamawiający jest zobowiązany wykazać (co dotyczy każdej kwalifikacji kary opisanej w ust. 3).

Ponadto w ocenie Wykonawcy jest to kara umowna, co oznacza, że zgodnie z Pzp jest należna tylko za zawinione działania i zaniechania, jak również dotyczy jej limit kar

umownych, co nie wynika z obecnego brzmienia § 11 ust. 3 umowy. Zamawiający powinien zatem jednoznacznie wskazać, że limit kary umownej dotyczy także kary z § 11 ust. 3. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 11 ust. 3 zgodnie z opisanym wyżej zarzutem. Poniżej proponowany zapis:

„3. Niezależnie od kar umownych wskazanych powyżej Zamawiający obciąży Wykonawcę także kwotą (karą umowną) odpowiadającą nie więcej niż 50% wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust 3 ustawy, jeżeli zawinione działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę. Nałożenie kary wymaga wykazania, że zawinione działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyniło się do powstania podstaw do nałożenia kary oraz

rozmiaru tego przyczynienia, w tym nieprzekazania do recyklingu przynajmniej 40% sumy

odebranych odpadów w sposób selektywny. Kara umowna, o której mowa w zdaniu poprzedzającym objęta jest limitem kar umownych wskazanym w §11 ust. 8 poniżej".
Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokona zmiany §11 ust. 3. Dalej Zamawiający oświadczył, że „częściowo uwzględnił odwołanie z dnia 16 sierpnia 2022r, w zakresie zarzutu nr 8 poprzez obniżenie poziomu kary z 70% do 50%. Zamawiający zmienił zapis w § 11 ust. 3 umowy".

Zamawiający wyjaśnił, że zapis umowy określa, że kara zostanie naliczona jeżeli działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary. Zamawiający powierza Wykonawcy jako profesjonaliście gospodarowanie odpadami, to Wykonawca kierując odpady do konkretnych instalacji ma wpływ na to jak zostaną one zagospodarowane i w jakim stopniu nastąpi ich odzysk. Dodatkowo w przypadku spadającej jakości segregacji odpadów u źródła, to właśnie Wykonawca jako pierwszy dokonuje weryfikacji właściwej segregacji odpadów u mieszkańców i zawiadamia o tym Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego to Wykonawca ma realny wpływ na osiągnięte poziomy poprzez kierowanie ich do właściwego zagospodarowania oraz ma możliwość reagowania w przypadku kiedy mieszkańcy zaczną słabiej segregować odpady.

§11 ust. 3 „Niezależnie od kar umownych wskazanych powyżej Zamawiający obciąży Wykonawcę także kwotą odpowiadającą 50%) wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ustawy, jeżeli działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę". Zamawiający oświadczył, że nie widzi podstaw do wprowadzenia kolejnej zmiany w tym zakresie.

Zarzut 9 - § 14 Zmiany treści umowy

Odwołujący wskazał, że w chwili obecnej umowa nie zawiera żadnych skutecznych postanowień o jej zmianie prócz waloryzacji, pomimo że jest oczywistym, że w czasie jej realizacji może zaistnieć potrzeba jej zmiany i powinna je przewidywać. Biorąc pod uwagę charakter usługi będącej przedmiotem zamówienia, w ocenie Odwołującego jako profesjonalisty działającego w branży, niezbędne jest przewidzenie innych przesłanek zmiany umowy zgodnych z art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, prócz zwiększenia wynagrodzenia na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w postanowieniu umownym zawartym w § 14 ust. 6 wskazano na limit możliwości waloryzacji wynagrodzenia umownego na podstawie przesłanek określonych w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp w wysokości do 5% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 umowy.

W ocenie Odwołującego konieczne jest zmodyfikowanie postanowień dotyczących zmian umowy poprzez wykreślenie postanowienia wskazującego na limit waloryzacji wynagrodzenia umownego na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, ale także poprzez wskazanie, że waloryzacja wynagrodzenia nastąpi w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy, co jest uzasadnione sposobem płatności za realizację usługi, ponieważ wartość określona w § 3 ust. 3 Umowy to całkowita wysokość wynagrodzenia umownego, jednak rozliczenie między stronami odbywać się będzie na podstawie cen jednostkowych zawartych w § 3 ust. 2 Umowy. W związku z czym aneksowanie umowy w zakresie wynagrodzenia dot. będzie zarówno postanowień wskazanych w § 3 ust. 3 jak i w § 3 ust. 2 Umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę na potrzebę przewidzenia przesłanek zmiany umowy dostosowanych do jej przedmiotu określonych zgodnie z wymaganiami art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. W ocenie Odwołującego przesłanki zmiany umowy powinny obejmować istotne elementy dotyczące realizacji umowy np. kwestie podwykonawstwa, zmiany zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 14 poprzez:

1] wykreślenie treści całego ust. 6 oraz

2] wskazanie, że waloryzacja wynagrodzenia nastąpi w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy,

3] rozbudowanie postanowień umownych i wskazanie innych przypadków zmian umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokona zmiany § 14, w którym dodał do umowy zapisy przewidujące możliwość zmiany. Zamawiający przedstawił brzmienie nowego §14:
„Zmiany treści umowy

1. Zmiany umowy mogą być dokonywane za zgodą umawiających się Stron, wyrażoną na piśmie w formie aneksu pod rygorem nieważności, o ile nie będzie to sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych. W przypadku wystąpienia zmian, mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę a wynikających ze zmiany:

1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, z tym zastrzeżeniem, że wartość netto wynagrodzenia wykonawcy nie zmieni się, a wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów;

2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących niniejsze zamówienie do wysokości

obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia;

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących niniejsze zamówienie;

4) zasad gromadzenia / wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572) z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobligowany ponieść w przypadku zmiany przepisów dotyczących zasad gromadzenia lub wpłat podstawowych finansowanych przez podmiot zatrudniający do pracowniczych planów kapitałowych w odniesieniu do osób bezpośrednio wykonujących niniejsze zamówienie;

5) ZAMAWIAJĄCY dopuszcza możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w formie aneksu, zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i określa warunki takiej zmiany tj.

a) dopuszcza się zmianę lub rezygnację z podwykonawcy w trakcie realizacji umowy w przypadku jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby powoływał się, na zasadach określonych wart. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, WYKONAWCA jest zobowiązany wykazać ZAMAWIAJĄCEMU, że proponowany inny podwykonawca lub WYKONAWCA samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

b) dopuszcza się zmiany dla podwykonawców w trakcie realizacji umowy, na których zasoby WYKONAWCA się nie powoływał na zasadach określonych wart. 462 Prawo zamówień publicznych w zakresie:

c) rezygnacji z podwykonawcy,

d) zmiany podwykonawcy,

e) wskazania innego zakresu wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawstwa z zastrzeżeniem, że zmiana ta nie będzie mogła dotyczyć części zamówienia wskazanych przez ZAMAWIAJĄCEGO do osobistego wykonania przez WYKONAWCĘ,

f) wskazania podwykonawcy w przypadku, gdy oferta WYKONAWCY realizującego usługi stanowiące przedmiot zamówienia nie zawierała takiego wskazania.

g) ZAMAWIAJĄCY dopuszcza zmianę rodzaju zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wniesionego w jednej formie na inną formę, na pisemny wniosek WYKONAWCY pod warunkiem, że WYKONAWCA zachowa ciągłość zabezpieczenia jego odpowiednią wysokość.

h) Dopuszcza się dokonywanie zmian w zawartej Umowie w przypadku gdy konieczność zmian wynika ze zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa, prawomocnych orzeczeń lub ostatecznych aktów administracyjnych właściwych organów - w takim zakresie, w jakim będzie to niezbędne w celu dostosowania Umowy do zaistniałego stanu prawnego lub faktycznego oraz w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COV/D-19, wpływają na należyte wykonanie tej umowy.

i) Dopuszcza się zmianę wartości brutto umowy określonej w § 3 ust 3 w przypadku wyczerpania się środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia przed końcem terminu obowiązywania umowy o ile Zamawiający będzie dysponował środkami na zwiększenie.

j) Dopuszcza się zmiany w zakresie wynagrodzenia w przypadku podjęcia decyzji o rozszerzeniu katalogu odpadów odbieranych w PSZKO. Przy czy zmiana możliwa będzie po złożeniu przez Wykonawcę stosownej wyceny.

k) Dopuszcza się zmianę instalacji oraz podmiotów zbierających na etapie realizacji umowy. Zmiana instalacji wymaga przedłożenia wniosku w przedmiotowej sprawie do Zamawiającego, w sposób uzgodniony między Stronami, określającego:

a. kod odpadu, którego dotyczy zmiana,

b. termin dodania, wykreślenia lub zmiany instalacji,

c. pełną nazwę instalacji (wynikającą z posiadanej przez instalację decyzji),

d. nazwę prowadzącego instalację (przedsiębiorcy),

e. kserokopię, posiadanej przez daną instalację, ważnej decyzji.

l) Dopuszcza się zmianę kodów (klasyfikacji odpadów), pod którymi będą zbierane lub odbierane odpady, przy czym zmiany te nie mogą powodować podwyższenia wynagrodzenia WYKONAWCY z tytułu realizacji Umowy, pod warunkiem:

a. złożenia przez WYKONAWCĘ pisemnego wniosku do Zamawiającego o dokonanie takiej zmiany i zakresu zmian w klasyfikacji odpadów, ze wskazaniem uzasadnienia zmiany;

b. pisemnej akceptacji ZAMAWIAJĄCEGO, z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy potrzeba zmiany Umowy w powyższym zakresie wynika ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa na terenie Rzeczpospolitej Polskiej lub z postanowień aktów prawa miejscowego, Strony zmieniają Umowę zgodnie z tymi przepisami;

3. Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Strony dopuszczają możliwość żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tj. w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy (klauzula waloryzacyjna), na następujących warunkach:

1) Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 2 może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%. Waloryzacja będzie dokonana poprzez zmianę wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust .2 Umowy o wysokość opublikowanego wskaźnika inflacji przez GUS obowiązującego na dzień podpisania aneksu. Za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony Umowy przyjmują wskaźnik cen towarów i usług

konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia

2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 65, poz. 545, z późno zm.) - zwany dalej wskaźnikiem GUS; początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi data zawarcia Umowy;

2) Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 6 miesiącach. Ewentualna druga i następne waloryzacje będą możliwe na analogicznych warunkach jak w pkt poprzedzających, w przypadku gdy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%.

3) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 20% wysokości cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2

Umowy;

4) Waloryzacji podlegać będą ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wskazane w § 3 ust. 2 Umowy również w przypadku zmiany (wzrostu) cen paliwa w postaci oleju napędowego (Ekodiesel), określonej przez spółkę PKN Orlen S.A., w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 15% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowań. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie liczby możliwych zmian umowy na tej podstawie ani terminów jej dokonania przy czym w przypadku kolejnych wniosków dot. waloryzacji wynagrodzenia na tej podstawie, każda kolejna zmiana wynagrodzenia powinna być możliwa w przypadku wzrostu cen za paliwo o minimum 15% w porównaniu do cen za paliwo obowiązujących w dniu złożenia przez Wykonawcę wniosku o poprzednią waloryzację na tej podstawie, na podstawie którego to wniosku doszło do zawarcia poprzedniego aneksu."

4. W przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 2 ust. 3 Wykonawca obowiązany jest przedstawić na piśmie Zamawiającemu wniosek o zmianę wynagrodzenia wskazujący proponowaną jego wysokość wraz z wyszczególnieniem i uzasadnieniem wystąpienia okoliczności wskazanych powyżej i wykazaniem wpływu tych okoliczności na wysokość wynagrodzenia za wykonywaną w ramach umowy usługę. Do pisma Wykonawca obowiązany jest przedłożyć stosowne wyliczenia, a na żądanie Zamawiającego także

dodatkowe dokumenty, z zastrzeżeniem ust. 5.

5. Zamawiający w terminie nie dłuższym niż 30 dni licząc od dnia przedłożenia kompletnego wniosku wraz z niezbędnymi załącznikami obowiązany jest ustosunkować się do wniosku. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji wyliczeń przedłożonych przez Wykonawcę oraz żądania ich poprawienia.

6. W przypadku ustalenia wystąpienia wskazanych w niemniejszym paragrafie okoliczności wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu odpowiednio do zmiany wysokości obciążeń, o których mowa w niniejszym paragrafie w stosunku do dotychczasowych ich wysokości. Zmiana wynagrodzenia nastąpi od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zwiększone obciążenia, w drodze stosownego Aneksu do umowy przygotowanego przez Zamawiającego.

7. Zmiany wynagrodzenia w okolicznościach, o których mowa w niniejszym paragrafie mogą być wszczęte również przez Zamawiającego, jeżeli wyżej określone zmiany będą skutkowały zmniejszeniem kosztów (wynagrodzenia) Wykonawcy."

Zarzut 10 - Brak postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia

Odwołujący wskazał, że w § 2 wzoru umowy Zamawiający błędnie określił termin realizacji umowy. Czynności, które Wykonawca musi zrealizować, aby przygotować się do świadczenia usługi, same w sobie nie realizują celów, dla jakich Zamawiający udziela zamówienia, tj. nie wchodzą w okres 12 miesięcy, lecz je poprzedzają, gdyż w tym czasie faktyczna usługa odbioru i zagospodarowania odpadów nie będzie realizowana. Ponadto celem udzielenia zamówienia nie jest np. przygotowanie harmonogramu, lecz odbiór i

zagospodarowanie odpadów. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę postanowienia art. 439 ust. 1 Pzp, we wzorze umowy w ocenie Odwołującego konieczne jest przewidzenie klauzuli waloryzacyjnej, umożliwiającej zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący wskazał również, że w niniejszym zamówieniu waloryzacji podlegać powinny również ceny jednostkowe, które stanowią ceny rozliczeniowe, a nie tylko łączna wysokość wynagrodzenia. Pominięcie cen jednostkowych w ramach waloryzacji oznaczałoby, że postanowienia umowy miałyby charakter niejednoznaczny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do wzoru umowy następujących postanowień dot. waloryzacji umowy:

„Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Strony dopuszczają możliwość żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tj. w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy (klauzula waloryzacyjna), na następujących warunkach:

1) Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 2 może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%. Waloryzacja będzie dokonana poprzez zmianę wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy o wysokość opublikowanego wskaźnika inflacji przez GUS obowiązującego na dzień podpisania aneksu. Za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony Umowy przyjmują wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 65, poz. 545, z późn. zm.) - zwany dalej wskaźnikiem GUS; początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi data zawarcia Umowy;

2) Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 6 miesiącach. Ewentualna druga i następne waloryzacje będą możliwe na analogicznych warunkach jak w pkt poprzedzających, w przypadku gdy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%.

3) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 20% wysokości cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy;

2. Waloryzacji podlegać będą ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wskazane w § 3 ust. 2 Umowy również w przypadku zmiany (wzrostu) cen paliwa w postaci oleju

napędowego (Ekodiesel), określonej przez spółkę PKN Orlen S.A., w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 15% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie ogranicza maksymalnej waloryzacji wynagrodzenia, ani liczby możliwych zmian umowy na tej podstawie ani terminów jej dokonania, przy czym w przypadku kolejnych wniosków dot. waloryzacji wynagrodzenia na tej podstawie, każda kolejna zmiana wynagrodzenia powinna być możliwa w przypadku wzrostu cen za paliwo o minimum 15% w porównaniu do cen za paliwo obowiązujących w dniu złożenia przez Wykonawcę wniosku o poprzednią waloryzację na tej podstawie, na podstawie którego to wniosku doszło do zawarcia poprzedniego aneksu."

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że niniejszy zarzut uwzględnił w treści odpowiedzi na zarzut nr 9.

Zarzut 11 - Niejednoznaczne postanowienia dot. wymogu zatrudnienia na umowę o pracę oraz warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia

Zamawiający przewidział w SWZ: „1. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę w trakcie realizacji niniejszego zamówienia, na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane poniżej czynności:

1) co najmniej 5 osób (pracowników) bezpośrednio wykonujących usługę tj. czynności związane z obsługą zamówienia na stanowisku związanym bezpośrednio z czynnościami odbioru i zagospodarowania odpadów (kierowcy i ładowacze) w pełnym wymiarze czasu pracy. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem realizacji zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do niezwłocznego zatrudniania innej osoby".

Z kolei w rozdziale 6 ust. 9 OPZ Zamawiający przewidział „9. W zakresie zatrudnienia Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, osób (pracowników odbierających odpady) wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia zgodnie z przepisami Prawa pracy".

W § 1 ust. 16 umowy wskazano:

„Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą kierowały samochodami przeznaczonymi do odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy Dąbrówka."

W wyniku odpowiedzi na pytania dot. SWZ z dnia 8 września br. Zamawiający wskazał: „Zamawiający dokonał zmiany w SWZ oraz w istotnych postanowieniach umowy ujednolicając zapisy. Zamawiający wymaga zatrudnienia 5 pracowników na umowę o pracę nie narzucając Wykonawcy czy są to kierowcy czy ładowacze, a precyzując iż chodzi o osoby bezpośrednio wykonujące usługę ti. czynności związane z obsługą zamówienia na stanowisku związanym bezpośrednio z czynnościami odbioru odpadów."

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie w zakresie warunków udziału w postępowaniu jest niejednoznaczne, co narusza art. 99 ust. 1 Pzp. Postanowienie SWZ dot. warunku udziału w postępowaniu zmodyfikowane przez Zamawiającego w dniu 8 września br. daje Wykonawcom swobodę samodzielnego zdecydowania o dokładnej treści, sposobie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Uwzględniając obecne brzmienie warunku, za Wykonawcę spełniającego warunek udziału w postępowaniu Zamawiający powinien uznać Wykonawcę, który wykaże, że posiada wyłącznie 5 ładowaczy, nie dysponuje natomiast żadnym kierowcą. Oczywistym jest, że bez posiadania odpowiedniej kadry w postaci zarówno ładowaczy jak i kierowców, nie sposób jest zrealizować zamówienia. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że również dyspozytora można uznać za osobę bezpośrednio wykonującą usługę. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego niezbędne jest konkretne i jednoznaczne określenie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu poprzez określenie kategorii osób i ich liczby jako osób, którymi Wykonawca ma dysponować, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu. Powyższe sprecyzowanie powinno mieć także zastosowanie w zakresie postanowień dot. zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia w oparciu o umowę o pracę. Zdaniem Odwołującego obecne brzmienie budzi wątpliwości, ponieważ określenie: zatrudnienia na stanowisku związanym bezpośrednio z czynnościami odbioru odpadów nie jest jednoznaczne. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ujednolicenia dokumentów zamówienia poprzez jednoznaczne określenie warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że Zamawiający wskaże, ile spośród 5 osób ma pełnić funkcję ładowacza, a ile kierowcy oraz wskaże, że obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy osób zatrudnionych na stanowisku kierowców (lub kierowców i ładowaczy) realizujących bezpośrednio czynności

związane z odbiorem odpadów.

Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany w SWZ oraz w istotnych postanowieniach umowy ujednolicając zapisy w następujący sposób: „Zamawiający wymaga zatrudnienia 5 pracowników na umowę o pracę bezpośrednio wykonujących usługę tj. czynności związane z obsługą pojazdów na stanowisku ładowaczy".

Zarzut 12 - rozdział IX SWZ

Odwołujący wskazał, że postanowienia Rozdział X. SWZ są niezgodne z postanowieniami Rozdziału IX SWZ w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia. Z kolei wzór załącznika nr 8 do SWZ przewiduje szereg innych fakultatywnych przesłanek wykluczenia prócz przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 4 pzp. Skutkuje to niejasnością w zakresie obowiązujących podstaw wykluczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego określenia podstaw wykluczenia w dokumentacji postępowania, tj. wskazania, że obejmują one art. 108 ust. 1

Pzp oraz art. 109 ust. 4 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że ujednolici zapisy rozdziału X oraz rozdziały IX SWZ oraz zamieści zaktualizowany Załącznik nr 8 do SWZ.

Zarzut 13 - rozdział XIII ust. 8 SWZ

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami prawa, w przypadku postępowań unijnych, oferty pod rygorem nieważności składa się podpisane podpisem kwalifikowanym elektronicznym. Również inne dokumenty takie jak pełnomocnictwo, podmiotowe środki dowodowe itd. składa się opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast Zamawiający w SWZ wskazał kilkukrotnie na możliwość złożenia w/w opatrzonych elektronicznym podpisem osobistym lub zaufanym. Zdaniem Odwołującego, po zmianach opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 8 września br., SWZ wciąż zawiera sprzeczne postanowienia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie załączył pliku zawierającego treść SWZ po modyfikacjach, ani nie opatrzył wprowadzonych zmian żadnym komentarzem. Ponadto w dalszym ciągu Zamawiający pozostawił aktualne inne postanowienia SWZ dopuszczające złożenie oferty podpisanej podpisem elektronicznym zaufanym lub osobistym, np. w Rozdziale XIII ust. 5 SWZ, w Rozdziale XV ust. 5 SWZ.

Odwołujący wskazał, że kwestia dotycząca formy, w jakiej należy złożyć ofertę powinna zostać jednoznacznie, z należytą starannością uregulowana przez Zamawiającego, ponieważ złożenie oferty niezgodnie z przepisami pzp, skutkuje odrzuceniem oferty. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dostosowania całej dokumentacji postępowania do obowiązujących przepisów poprzez wskazanie, prawidłowej formy, w jakiej należy składać ofertę oraz inne dokumenty w niniejszym postępowaniu, wyeliminowanie postanowień wzajemnie się wykluczających w tej kwestii.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że: „Rozdział XII ust. 5 otrzymuje brzmienie: „5. Ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym."

Rozdział XIII ust. 8 otrzymuje brzmienie: „8. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej"

Rozdział XIV ust. 9 otrzymuje brzmienie: „ 9. Oferta powinna być:

a) sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim,

b) złożona przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tzn. za pośrednictwem platformazakupowa.pl,

c) podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/osoby upoważnioną/upoważnione"."

Zarzut 14 - Brak odpowiednich postanowień umownych dot. jej zmiany

Odwołujący zwrócił uwagę na brak stosownych postanowień dotyczących zmiany umowy w przypadku rozszerzenia katalogu odpadów odbieranych z PSZOK, które określałyby, że przed rozpoczęciem odbierania odpadów nowej kategorii/o nowych kodach, Zamawiający zwróci się do Wykonawcy z wnioskiem o wycenę ich odbioru i zagospodarowania, a następnie dokona zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w formie aneksu do umowy i dopiero po jego zawarciu, Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji odbioru i zagospodarowania tych odpadów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji projektowanych postanowień umownych i przewidzenie w niej przesłanki zmiany (zwiększenia) wynagrodzenia umownego w przypadku dodania kolejnych kategorii i/lub kodów odpadów do listy. Projektowane postanowienia umowne powinny m. in. przewidywać procedurę ustalenia ceny za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów oraz wskazywać, że dopiero po zawarciu stosownego aneksu zwiększającego wartość wynagrodzenia z wyszczególnieniem cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie danej kategorii odpadów, Wykonawca będzie zobowiązany do ich odbioru i zagospodarowania. W opinii Odwołującego w postanowieniach umownych powinno również zostać sprecyzowane, że obowiązek podstawienia odpowiednich pojemników na te odpady do PSZOK obowiązuje w terminie 14 dni od dnia zawarcia aneksu. Za zgodą Wykonawcy, termin 14 dni strony będą mogły skrócić do 3 dni roboczych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że w związku z zapisem Rozdziału 2.2. ust. 1 pkt 15 OPZ Zamawiający wprowadzi do projektu umowy stosowne zapisy: „§ 14 ust. 2 pkt 5) lit j) m) Dopuszcza się zmiany w zakresie wynagrodzenia w przypadku podjęcia decyzji o rozszerzeniu katalogu odpadów odbieranych w PSZKO. Przy czy zmiana możliwa będzie po złożeniu przez Wykonawcę stosownej wyceny.”

Zarzut 15 - OPZ 2.4. CZĘŚĆ IV - Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk

W rozdziale 2.4. OPZ Zamawiający przewidział regulację w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk. Jak wskazał Odwołujący, zarówno w odwołaniu z 16 sierpnia br. jak i w pytaniu dotyczącym treści SWZ Odwołujący wskazał, że ww. postanowienie jest niejednoznaczne, przez co narusza art. 99 ust. 1 Pzp, ponieważ

Zamawiający nie podaje żadnych danych, nawet historycznych, które pozwoliłyby na ocenę zakresu zamówienia. Z ww. opisu wynika, że średnio 15 kontenerów z nielegalnych składowisk było odbierane, zatem możliwe jest wskazanie, jakie odpady i w jakich ilościach były odbierane podczas likwidacji nielegalnych wysypisk w poprzednich latach. Odwołujący zwrócił uwagę, że koszt zagospodarowania odpadów z dzikich wysypisk może być bardzo różny.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na znaczne zróżnicowanie kosztowe odpadów, jakie mogą być odbierane z nielegalnych wysypisk, dla prawidłowej wyceny oferty niezbędne jest, aby Zamawiający umożliwił wskazanie dwóch grup odbieranych odpadów z dzikich wysypisk: pierwsza grupa to odpady z charakteru przypominające odpady komunalne (pierwsza cena za 1 Mg) oraz druga grupa odpady niebezpieczne z dzikich wysypisk (druga odrębna cena 1 Mg). Każda z tych grup podlegałaby odrębnej wycenie w formularzu ofertowym. W przeciwnym razie na Wykonawców nałożone jest zbyt duże ryzyko i niepewność w zakresie prawidłowej kalkulacji kosztów świadczenia usług. Z informacji udostępnionych na stronie Zamawiającego dot. nielegalnych składowisk wynika, że nie są składowane na nich wyłącznie odpady komunalne, w związku z czym powyższy zarzut jest w pełni uzasadniony - na fotografiach widnieją np. opakowania po produktach, które nie stanowią odpadów komunalnych. Odwołujący jako dowód załączył do odwołania zrzuty ze strony internetowej Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji formularza oferty poprzez wskazanie dwóch grup odbieranych odpadów z dzikich wysypisk: pierwsza grupa to odpady z charakteru przypominające odpady komunalne (pierwsza cena za 1 Mg) oraz druga grupa odpady niebezpieczne z dzikich wysypisk (druga odrębna cena 1 Mg) i ujęcie ich jako odrębnych pozycji w formularzu ofertowym.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, że: „odebrał: w 2020 r. - 25 Mg odpadów, w 2021 r. - 6 Mg odpadów o kodzie 20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzących z nielegalnych wysypisk. Likwidacja nielegalnych wysypisk organizowana jest w ramach akcji społecznych. Mieszkańcy nie zbierają odpadów

niebezpiecznych typu azbest. W związku z tym Zamawiający wskazuje jeden rodzaj odpadów do wyceny „Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzących z nielegalnych wysypisk”.”

Zarzut 16 - rozdział 3 ust. 3 OPZ

W rozdziale 3 ust. 3 OPZ Zamawiający przewidział:

„3. Grupa podstawowa odpadów (2.1 pkt 1) będzie regularnie odbierana z nieruchomości, natomiast grupa dodatkowa (2.1 pkt 1 ppkt 2) odbierana będzie okresowo z nieruchomości oraz stałe w PSZOK. Częstotliwość odbioru poszczególnych frakcji określono w punkcie 2.1., 2.2., 2.3”.

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienia były niejednoznaczne oraz ustalały obowiązki nadmiernie uciążliwe, co narusza art. 99 ust. 1 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że w OPZ nie zostało określone okresowe zbieranie tekstyliów czy odpadów niebezpiecznych z nieruchomości (grupa 2.1. ppkt 2). Warunki odbioru takich odpadów (wszystkich ich rodzajów) z nieruchomości powinny być precyzyjnie określone, co wymagane jest zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp. Ponadto wprowadzenie odbioru tych odpadów z nieruchomości wymaga posiadania wpisu w RDR w zakresie tych kategorii odpadów, co wpływa na zakres wymaganego wpisu (tj. warunek udziału w postępowaniu) (naruszenie art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp). Żadna z tych okoliczności nie została ujęta ani w OPZ ani w innych postanowieniach SWZ, dlatego w odwołaniu z dnia 16 sierpnia 2022 roku Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia rozdziału 3 ust. 3 OPZ o określenie, z jaką częstotliwością Zamawiający przewiduje okresowy odbiór z nieruchomości odpadów z grupy dodatkowej (każdego z rodzajów), jak również jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 3 ust. 3 OPZ. Odwołujący wskazał, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem Zamawiającego, jednocześnie Zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, w związku z czym to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania kodów odpadów, dla których Wykonawcy mają posiadać wpis do RDR. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia rozdziału 3 ust. 3 OPZ o określenie jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 3 ust. 3 OPZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że doprecyzowuje zapisy OPZ:

„Grupa dodatkowa, która obejmuje:

a) tekstylia (20 01 10,20 01 11),

b) przeterminowane leki (20 01 31 ,20 01 32).

c) zużyte baterie, akumulatory (16 06 05)

d) inne odpady niebezpieczne - puszki i pojemniki z i po odpadach takich jak rozpuszczalniki, kwasy, alkalia, odczynniki fotograficzne, środki ochrony roślin I i II klasy toksyczności, farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lakiery, zawierające substancje niebezpieczne, detergenty zawierające substancje niebezpiecznej 5 01 10*, 20 01 13*, 20 01 14*, 20 01 15*, 20 01 17*,

20 01 19*, 20 01 27*, 20 01 28, 20 01 29*, 20 01 30, 20 01 80);

e) żarówki (w tym halogenowe), świetlówki, źródła światła z diodami

elektroluminescencyjnymi (dalej LED), itp.(20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 33*, 20 01 34, 20 01 35*, 20 01 3620 01 21*)

f) odpady budowlane i rozbiórkowe z drobnych remontów prowadzonych samodzielnie niewymagających pozwolenia na budowę, ani zgłoszenia zamiaru prowadzenia robót do Starosty, np. gruz, ceramika, kleje do płytek, skawalony cement, panele podłogowe i ścienne, farby (17 01 01, 17 01 02, 17 01 07, 17 06 04, 17 08 02, 17 09 04),

g) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 33*, 20 01 34, 20 01

35*, 20 01 36)

h) meble i inne odpady wielkogabarytowe (w tym okna - w całości, jak również zdekompletowane, bądź szyby okienne) (20 03 07),

i) zużyte opony (16 01 03)

j) czysty styropian (w tym opakowaniowy),

k) odpady zielone z pielęgnacji ogrodów nienadające się do kompostowania w przydomowym kompostowniku m.in. karpy, gałęzie, korzenie, kawałki pni, itp. (20 02 01,20

01 08).”

Zarzut 17 - rozdział 3 ust. 6 OPZ

W rozdziale 3 ust. 6 zmodyfikowanego w dniu 8 września br. OPZ Zamawiający przewidział: „6. Pojemniki (poza opisanymi workami) do zbierania odpadów w zabudowie jednorodzinnej zapewnia właściciel nieruchomości, Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć pojemniki do instytucji publicznych, przychodni i aptek zgodnie z opisem w niniejszym OPZ. Wykonawca podstawi ww. pojemniki do zbierania odpadów najpóźniej 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów. Wykonawca zobowiązany jest wymienić uszkodzony pojemnik (kontener) w terminie 2 dni roboczych od daty zgłoszenia."

Zamawiający przewidział, że termin na podstawienie pojemników to najpóźniej 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi. W ocenie Odwołującego postanowienie to jest jednak niejednoznaczne, ponieważ nie zostało skorelowane z okresem przygotowawczym po podpisaniu umowy. Z OPZ nie wynika jednoznacznie, jak należy liczyć 5 dni na podstawienie pojemnika. Zdaniem Odwołującego, w OPZ powinno być jasno sprecyzowane, w jakich terminach Wykonawca powinien wykonać obowiązki przewidziane zamówieniem, w tym okres przygotowawczy na przygotowanie harmonogramu, następnie jego wydrukowanie, dostarczenie do uprawnionych podmiotów, dostarczenie worków i pojemników. W ocenie Wykonawcy, okres dodatkowy poza 30 dniami na sporządzenie harmonogramu powinien obejmować nie mniej niż 10 dni.

Dalej Odwołujący wskazał, że obowiązek wymiany pojemnika powinien dotyczyć tylko takiego przypadku, gdy uszkodzenie nastąpiło z winy Wykonawcy. W pozostałych przypadkach wymiana pojemnika, do którego podstawienia Wykonawca jest zobowiązany powinna następować na koszt podmiotu, którego konieczność wymiany dotyczy. Nieuprawnione jest oczekiwanie, że Wykonawcę obciążać będzie ryzyka uszkodzeń pojemników, które nie znajdują się w jego władaniu i pod jego kontrolą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji rozdziału 3 ust. 6 poprzez ustalenie okresu przygotowawczego na dostarczenie pojemników co najmniej 10 dni ponad okres przygotowawczy na sporządzenie harmonogramu, przy czym termin na okres przygotowawczy powinien być liczony od przekazania wykazu nieruchomości przez Zamawiającego po podpisaniu umowy, jak również o wskazanie, że obowiązek wymiany pojemnika powinien dotyczyć tylko takiego przypadku gdy uszkodzenie nastąpiło z winy Wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że nie uwzględnia przedstawionego zarzutu oraz nie zmienia wymagań w zakresie rozdziału 3 ust. 6 OPZ. W ocenie Zamawiającego Wykonawca startujący w postępowaniu będzie miał wystarczający czas na dostarczenie pojemników. Składając ofertę każdy wykonawca jest świadomy zakresu realizacji zamówienia.

Zarzut 18 - Formularz ofertowy

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w formularzu ofertowym pominął możliwość podania podmiotu zbierającego zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co przewidział także w OPZ (rozdział 3 ust. 2). Obecne brzmienie jest niejednoznaczne i może budzić wątpliwości, przez co narusza art. 99 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego, dla zachowania przejrzystości postępowania, niezbędna jest stosowna modyfikacja Formularza ofertowego i przewidzenie w nim stosownego miejsca na wskazanie podmiotów zbierających odpady.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia formularza ofertowego o wskazanie zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, że przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do instalacji komunalnych, możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uzupełni formularz ofertowy o możliwość skorzystania z zapisu wskazanego w art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu

czystości i porządku w gminie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie, wskazując zakres i sposób uwzględnienia, a także zobowiązał się do dokonania zmian we wskazanym zakresie. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu w punktach: 2, 3, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 18, z uwagi na uwzględnienie ich przez Zamawiającego - poprzez czynność dokonaną (wskazanie sposobu zmiany dokumentacji postępowania w sposób odpowiadający żądaniom Odwołującego, na co również zwracał uwagę Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron).

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa zarzuty opisane w odwołaniu w punktach: 4, 7, 8, 17. Z uwagi na powyższe, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie tych zarzutów.

Za bezzasadny został uznany zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 1, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu o sygnaturze akt KIO 2138/22 Zamawiający uwzględnił zarzuty opisane w ww. odwołaniu pod numerami 1-10 oraz 13-40 i zobowiązał się do dokonania zmian w dokumentacji postępowania przetargowego.

W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego zmiana dokumentacji nie odpowiadała w całości żądaniom Odwołującego. Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że obecnie wnoszone odwołanie zawiera zarzuty, które odnoszą się do zmian dokonanych przez Zamawiającego w dniu 8 września 2022 r. - tych, które nie zostały wprowadzone tak, jak żądał tego Odwołujący. Odwołujący wyjaśnił również, że Zamawiający dokonał zmian w dokumentacji postępowania, które wprawdzie nie odpowiadały żądaniom Odwołującego (wyrażonym w odwołaniu z 16 sierpnia 2022 roku), jednakże Odwołujący nie podnosi (w aktualnym odwołaniu) zarzutów wobec dokonanych zmian, gdyż pogodził się z ich treścią - jak wskazał, uznał, że nie są na tyle istotne.

W treści aktualnego odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu z dnia 16 sierpnia br. w zakresie zarzutów nr 1 - 10 oraz 13 - 40.

Zgodnie z artykułem 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Powyższy artykuł ma charakter instrukcyjny. Wskazuje, że Zamawiający powinien wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zdaniem Zamawiającego, wyrażonym w treści złożonej odpowiedzi na odwołanie, dokonane modyfikacje dokumentacji postępowania uwzględniały zmianę zapisów wskazanych przez

Odwołującego. Odwołujący w aktualnym odwołaniu nie przytoczył i nie dokonał porównania zarzutów z odwołania wniesionego w dniu 16 sierpnia 2022 roku z aktualnie podnoszonymi zarzutami, jak również stawianych uprzednio żądań względem dokonanych przez Zamawiającego zmian, w tym zakresie nie podnosił dodatkowej argumentacji, która przeczyłaby stanowisku Zamawiającego. Co istotne, Odwołujący jednoznacznie przyznał, że nie podnosi wszystkich zarzutów, jakie postawił w odwołaniu z 16 sierpnia 2022 roku. Odwołujący uznał sporą część dokonanych przez Zamawiającego zmian za wystarczające. Już powyższe oznacza, że żądanie Odwołującego, które odpowiadać ma postawionemu zarzutowi, nie jest realne, jest sprzeczne z postawionym zarzutem - Odwołujący bowiem żąda, aby Zamawiający dokonał modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu z dnia 16 sierpnia br. w zakresie zarzutów nr 1 - 10 oraz 13 - 40, podczas gdy jednocześnie nie podnosi wielu zarzutów, jakie postawił w odwołaniu z

16 sierpnia 2022 roku. Uwzględnienie żądania, jakie stawia Odwołujący w aktualnym odwołaniu, przede wszystkim nie odpowiadałoby stawianym obecnie zarzutom, a ponadto spowodowałoby chaos w dokumentacji. Tym bardziej, że Odwołujący przyznał, że dokonana przez Zamawiającego zmiana w wielu przypadkach została uznana przez niego za wystarczającą.

Ponadto należy zauważyć, że w sytuacji, gdy Zamawiający dokonuje zmian w dokumentacji przetargowej (nawet gdy są to zmiany nie do końca odpowiadające żądaniom wykonawcy), wykonawcom przysługuje możliwość postawienia nowych zarzutów wobec dokonanej modyfikacji, jeśli dokonane zmiany, w ocenie wykonawcy, naruszają przepisy prawa. I z tej możliwości Odwołujący skorzystał.

Za bezzasadny został uznany zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 5, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust.1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 395 i art. 471 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności Wykonawcy w zakresie regulacji prawa odstąpienia przez Zamawiającego w paragrafie 8 ust. 1. Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron wskazał, że powyższy zarzut został przez niego podtrzymany w części, w jakiej Zamawiający nie uwzględnił żądania odwołania (i w tym zakresie był rozpoznawany na rozprawie). W pozostałym zakresie Odwołujący nie podtrzymywał zarzutu z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego pozostałych żądań.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący wyjaśnił, że w pkt 4 i 5 (§ 8 ust. 1 umowy) Zamawiający powinien wskazać 3 dni robocze dla dodatkowego terminu na rozpoczęcie realizacji usługi, w miejsce dni kalendarzowych. Jest to istotne, gdyż w jego ocenie, 3 dni kalendarzowe stanowi wymaganie zbyt restrykcyjne, zważywszy na okoliczność, że dni świąteczne, jak również sobota i niedziela, mogą wchodzić w zakres tego terminu. Może zatem dojść do sytuacji naruszenia równowagi stron, gdyż terminy są bardzo krótkie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z artykułem 554 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy. Odwołujący nie wykazał, z jakimi przepisami ustawy niezgodne jest uwzględnienie przez Zamawiającego w § 8 ust. 1 pkt 4 i 5 dni kalendarzowych zamiast dni roboczych. Odwołujący wskazał, że w zakres 3 dni kalendarzowych mogą wejść dni takie, jak sobota, niedziela, czy dni świąteczne. Należy jednak wskazać, że nawet w takiej sytuacji wykonawcy pozostanie co najmniej jeden dzień roboczy na przystąpienie do realizacji zamówienia.

Odwołujący pominął okoliczność istotną, że wskazywane przez niego postanowienia umowy (§ 8 ust. 1 pkt 4 i 5) dotyczą sytuacji, gdy wykonawca nie rozpoczął lub nie realizuje umowy. Zatem konieczność rozpoczęcia realizacji umowy, jak również dalszej jej realizacji jest kwestią bardzo ważną i pilną, a zatem krótsze wymaganie (dotyczące dni kalendarzowych, a nie roboczych) jest uzasadnione potrzebami tak Zamawiającego, jak społecznymi - przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów. W świetle powyższego, nie może być mowy o nadmiernej uciążliwości wykonawcy, czy jakichkolwiek niejasnościach, na które wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu powyższego zarzutu.

Za zasadny został uznany zarzut opisany w treści odwołania pod numerem 6, w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego, tj. w zakresie okoliczności, iż kara umowna powinna dotyczyć tylko przypadków zawinionych przez wykonawcę.

Odwołujący przyznał w trakcie posiedzenia z udziałem stron i rozprawy, że rezygnuje z żądania co do wysokości kary umownej (a zatem nie podtrzymuje w tym zakresie zarzutu), jednakże istotną kwestią jest fakt, że została przewidziana kara umowna, oderwana od zawinienia wykonawcy. Odwołujący wyjaśnił, że w odwołaniu odniósł się do konieczności jednoznacznego wykazania, że kara umowna może dotyczyć tylko przypadków zawinionych przez wykonawcę.

Odwołujący wyjaśnił także, że dokonywane ważenie odpadów w PSZOK ma charakter kontrolny i nie jest podstawą do rozliczenia z Zamawiającym, ani podstawą wystawienia faktury. Rozliczenie z Zamawiającym odbywa się na podstawie kart przekazania odpadów komunalnych, bądź kart przekazania odpadów z PSZOK. Wówczas ważenie odbywa się na wadze, która jest regularnie kalibrowana. Ważenie odpadów w PSZOK, które Zamawiający uwzględnił w treści umowy, dokonywane jest przez gminy, które zapominają dokonać kalibracji wagi, a zatem mogą zdarzyć się sytuacje, w których z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, w ogóle nie dojdzie do pomiaru lub pomiar będzie nieprawidłowy.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której nie przedstawił stanowiska w powyższym zakresie. Zamawiający nie stawił się na rozprawie z udziałem stron, a zatem również nie skorzystał z możliwości odniesienia się do powyższego twierdzenia Odwołującego.

Izba uznała stanowisko Odwołującego za zasadne.

Istotne znaczenie ma artykuł 433 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowne nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Jeżeli zatem prawdopodobne są sytuacje, w których z przyczyn niezależnych od wykonawcy może nie nastąpić ważenie odpadów (jak w przykładzie wskazanym powyżej), wykonawca nie powinien zostać obciążony odpowiedzialnością w tym zakresie. Z powyższych względów w treści sentencji nakazano Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji, tj. uwzględnienie w przesłankach nałożenia na wykonawcę kary umownej przewidzianej w § 11 ust. 1 pkt 12 postanowień umowy kwestii dotyczącej zawinienia wykonawcy.

Za zasadny został uznany zarzut opisany przez Odwołującego w odwołaniu pod numerem 15. Odwołujący oczekiwał, iż Zamawiający w formularzu ofertowym dokona rozdzielenia dwóch rodzajów grup odpadów (które będą zbierane w ramach likwidacji dzikich wysypisk). Jak wyjaśnił Odwołujący, pierwszą grupę miałyby stanowić odpady przypominające charakterem odpady komunalne, a drugą grupę - odpady niebezpieczne. Odwołujący załączył do odwołania zdjęcie stanowiące załącznik nr 5, na którym znajdują się odpady z dzikich wysypisk z Gminy Dąbrówka. Zdjęcie zostało załączone celem wykazania, że na dzikim wysypisku mogą znaleźć się pojemniki po farbach, co stanowi odpad niebezpieczny. Może znaleźć się gruz, sprzęt elektroniczny, chemikalia, odpady wielkogabarytowe - w tym także wersalki, kokpity samochodowe. Zatem niezbędne jest rozdzielenie odpadów niebezpiecznych (takich jak wskazane powyżej) od tych, które mogą przypominać odpady komunalne. Odwołujący wyjaśnił, że zakwalifikowanie wszystkich odpadów jako komunalne i nierozdzielenie grupy odpadów niebezpiecznych będzie generowało dla wykonawcy znacznie większe koszty.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wskazał jedynie, że likwidacja nielegalnych wysypisk organizowana jest w ramach akcji społecznych. Mieszkańcy nie zbierają odpadów niebezpiecznych typu azbest i dlatego Zamawiający wskazał jeden rodzaj odpadów do wyceny.

Zamawiający nie stawił się na rozprawę z udziałem stron i nie odniósł do argumentacji podniesionej przez Odwołującego.

W ocenie Izby, argumentacja podniesiona przez Odwołującego jest przekonująca i zasadna. Być może, tak jak twierdzi Zamawiający, mieszkańcy Gminy nie zbierają odpadów typu

azbest, jednakże nie jest wykluczone, że odpady takie jak pojemniki po farbach, czy inne niebezpieczne, mogą zostać przez nich zebrane, zatem zasadne będzie rozróżnienie grup odpadów. Zgodnie z artykułem 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wskazane przez Odwołującego okoliczności mogą mieć wpływ na prawidłowe sporządzenie oferty, w tym w szczególności na prawidłową wycenę odbioru odpadów. Z powyższych względów, w treści sentencji nakazano Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji, tj. dokonanie modyfikacji formularza oferty uwzględniającej zróżnicowanie odpadów, jakie mogą być odbierane z nielegalnych wysypisk i ujęcie w osobnej grupie odpadów przypominających odpady komunalne, a w osobnej - odpadów niebezpiecznych z dzikich wysypisk.

Za zasadny został uznany także zarzut opisany w odwołaniu pod numerem 16, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 oraz art. 16 i art. 8 ust. 1 oraz art. 112 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, poprzez brak określenia, jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 3 ust. 3 OPZ.

Zamawiający w rozdziale 3 ust. 3 OPZ przewidział, że grupa podstawowa odpadów będzie regularnie odbierana z nieruchomości, zaś grupa dodatkowa będzie odbierana okresowo z nieruchomości oraz stale w PSZOK. Zamawiający nie przedstawił kodów odpadów w SWZ. Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron wyjaśnił, że wykonawca składając ofertę powinien posiadać wpis do rejestru RDR. Taki rejestr jest prowadzony przez gminę. Posiadanie wpisu do rejestru RDR jest warunkiem udziału w postępowaniu. Obowiązek posiadania wpisu do rejestru RDR już na etapie składania ofert wynika z rozdziału 8 ust. 2

pkt 2a SWZ.

Jak wskazał Odwołujący, w sytuacji, gdy Zamawiający nie określił kodów odpadów w SWZ, każdy wykonawca składający ofertę, może mieć różne kody we wpisie do rejestru RDR. Stąd istotne jest, aby Zamawiający określił kody odpadów.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której doprecyzował postanowienia OPZ, jednakże wyszczególnione przez niego kody odpadów dotyczą odpadów objętych okresowym odbiorem oraz odbiorem w PSZOK. Zamawiający nie określił natomiast kodów dla odpadów odbieranych z nieruchomości regularnie.

Odwołujący powołał się na obowiązek wynikający z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie - art. 9 c ust 1.

Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, że jako podmiot, który nigdy nie odbierał odpadów na terenie Gminy Dąbrówka, nie zna charakteru odpadów na tym terenie, a zatem i kodów odpadów, jakie są tam odbierane.

W ocenie Izby, argumentacja podniesiona przez Odwołującego jest przekonująca i zasadna. Zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z artykułem 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Skoro Zamawiający wymaga od wykonawców, aby już na etapie składania ofert posiadali wpis do rejestru RDR, uwzględniający kody odpadów, to Zamawiający już w dokumentacji postępowania powinien określić kody odpadów, które będą odbierane. Zwłaszcza w sytuacji, gdy to Zamawiającemu znane są kody odpadów, które w Gminie odbierane są regularnie i jednocześnie mogą pozostawać nieznane wykonawcom, którzy są zainteresowani udziałem w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany jest do równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Tym samym Zamawiający powinien zadbać, by wykonawcy mieli możliwość złożenia jednakowych dokumentów na etapie składania ofert (wpisów do rejestru RDR w zakresie zbieranych odpadów), w sytuacji, gdy ich treść dotyczy okoliczności, co do których wiedzę powinien posiadać i posiada Zamawiający. Z powyższych względów, w treści sentencji nakazano Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentacji, tj. uzupełnienie rozdziału 3 ust. 3 OPZ o określenie, jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) - w zakresie grupy podstawowej odpadów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 5 pkt 2 lit. b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1

, zaliczając w poczet
kosztów postępowania: uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Uwzględniając powyższe przepisy, Zamawiającego oraz Odwołującego obciążono kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych, rozpoznawanych na rozprawie. Do rozpoznania na rozprawie skierowano pięć zarzutów, z których trzy zarzuty zostały uwzględnione, dwa zarzuty podlegały oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 3/5 oraz Odwołującego w wysokości 2/5.

W konsekwencji, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę zł 11160 zł 00 gr, która stanowi sumę wysokości 3/5 wpisu od odwołania (9000 zł), oraz 3/5 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (2160 zł).

W przypadku wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, proporcje zostały ustalone w odniesieniu do wynagrodzenia 3600 zł, co wynika z § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: