sygn. akt: KIO 2592/22

WYROK

z dnia 18 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę MS-EKO sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7; 03-186 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Zakroczym, ul. Warszawska 7; 05-170 Zakroczym,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 16 odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr: 5, 6, 7, 11, 12, 13 i nakazuje zamawiającemu dokonanie odpowiedniej modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z założeniami wynikającymi z uzasadnienia orzeczenia.

3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża w 10/16 wykonawcę MS-EKO sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7; 03-186 Warszawa oraz w 6/16 zamawiającego Gminę Zakroczym, ul. Warszawska 7; 05-170 Zakroczym i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MS-EKO sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7; 03-186 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Zakroczym, ul. Warszawska 7; 05-170 Zakroczym na rzecz wykonawcy MS-EKO sp. z o.o., ul. Modlińska 129/U7; 03-186 Warszawa, kwotę 6 975 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt pięć złotych, zero groszy) stanowiącą 6/16 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

sygn. akt: KIO 2592/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Zakroczym, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów

komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Zakroczym".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2022 r., pod nr 2022/S 184-519652.

Dnia 3 października 2022 roku, wykonawca MS-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ"), w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ") i projektowanych postanowieniach umowy oraz Ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 i art.116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez

formułowanie warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do potencjału technicznego (zdolności technicznych) w sposób sprzeczny z Ogłoszeniem o zamówieniu, nadmierny, wykraczający poza minimalny poziom zdolności, w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego a przez to nieproporcjonalny oraz ograniczający konkurencję, uniemożliwiając dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania

w zakresie wymagania od wykonawcy certyfikatu ISO 14001 wystawionego przez akredytowaną jednostkę (Zarzut 1);

2. art. 353 1 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 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 oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi i zakresu odpowiedzialności wykonawcy przez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu (Zarzut 2);

3. art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 PZP i art. 8 ust. 1 Pzp

poprzez niezagwarantowanie minimalnej wartości świadczenia wykonawcy (Zarzut 3);

4. art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w rozdziale III ust. 7 OPZ, ponieważ nie wynikają z niego szczegółowe i konkretne zasady obsługi PSZOK (Zarzut 4),

5. art. 353 1 kc w zw. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, SWZ i postanowień umowy z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi w zakresie terminu realizacji usług, który został określony konkretnymi datami, braku określenia okresu przygotowawczego poprzedzającego rozpoczęcie świadczenia usług zapewniającego możliwość wykonania czynności przygotowawczych (Zarzut 5),

6. art. 353 1 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 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 oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi przez wadliwe ustalenie terminu na realizację reklamacji (Zarzut 6);

7. art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2022, poz. 1297 ze zm.) (dalej jako „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach") poprzez nieprawidłowe uregulowanie w Formularzu ofertowym, jak również w rozdziale IV ust. 3 OPZ informacji dotyczących miejsc zagospodarowania

odpadów oraz w innych postanowieniach OPZ referujących do miejsc zagospodarowania odpadów określanych jako „instalacje” - pominięcie podmiotów zbierających odpady (Zarzut 7);

8. art. 353 1 kc i art. 371 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 PZP poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nakładając nadmierne i nieuzasadnione obowiązki, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez nieokreślenie jednoznacznie w § 4 ust. 9 umowy, że odpowiedzialność dotyczy tylko przypadków zawinionych przez wykonawcę (Zarzut 8);

9. art. 353 1 kc i art. 371 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 PZP i w zw. z art. 16 PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób nakładający nadmierne i nieuzasadnione obowiązki, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez sformułowanie wymagania stawienia się osoby nadzorującej umowę w ciągu 3 godzin od wezwania (Zarzut 9);

10. art. 353 1 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 PZP oraz art. 8 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny oraz

z przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy poprzez nieuregulowanie przypadku realizacji usług w kontekście przekroczenia wartości wynagrodzenia umownego, brak regulacji trybu zwiększenia wynagrodzenia, braku obowiązku świadczenia usług po wyczerpaniu wynagrodzenia (Zarzut 10);

11. art. 353 1 kc, art. 395 kc i art. 471 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 PZP poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności wykonawcy za przypadki przez niego zawinione w zakresie regulacji przypadków prawa odstąpienia przez zamawiającego (Zarzut 11);

12. art. 353 1 kc, art. 395 kc i art. 471 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności wykonawcy w zakresie pominięcia obowiązku wyznaczenia dodatkowego terminu na usunięcie naruszeń i przystąpienie do realizacji umowy w sposób prawidłowy przed odstąpieniem od umowy przez zamawiającego (Zarzut 12),

13. art. 353 1 kc, art. 471 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 PZP i art. 8 ust. 1 PZP formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności wykonawcy w zakresie regulacji wykonania zastępczego (Zarzut 13);

14. art. 436 pkt 4 lit. b) PZP w zw. art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy obligatoryjnej waloryzacji wynagrodzenia oraz cen jednostkowych wymaganej na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, pomimo że umowa zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy (Zarzut 14);

15. art. 439 PZP w zw. z art. 16 PZP i art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych wymaganej na podstawie art. 439 Pzp, pomimo że umowa zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy (Zarzut 15);

16. art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 353 1 kc i art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez sformułowanie niejasnych i nadmiernie restrykcyjnych postanowień w zakresie możliwości zmiany instalacji w trakcie obowiązywania umowy poprzez bezzasadne ograniczenie dopuszczalnej zmiany tylko do instalacji komunalnej (§ 13 ust. 3 umowy) (Zarzut 16),

17. art. 353 1 kc, art. 395 kc i art. 471 kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 16 PZP i art. 8 ust. 1 PZP poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności wykonawcy w zakresie regulacji przypadków prawa odstąpienia przez wykonawcę (Zarzut 17).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), projektowanych postanowień umowy oraz Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie i w sposób szczegółowo

określony w dalszej części odwołania, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia oraz Ogłoszenia o zamówieniu, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność zamawiającego uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia z uwagi na sformułowany warunek udziału w postępowaniu, zaś w pozostałym zakresie uniemożliwia mu ubieganie się o udzielenie zamówienia na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa. Tym samym, bez odpowiednich zmian warunków zamówienia, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Odwołujący wskazuje także, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności warunków zamówienia z prawem i ubiegania się o zamówienie, w tym bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Ponadto odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Pzp ww. czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału odwołującego

w Ppostępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty (por. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 443/16). Objęta odwołaniem czynność zamawiającego prowadzi więc do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu ubiegania się o zamówienie, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 16, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Uwaga ogólna.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy i przypadku uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c ustawy Pzp, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest nie-zgodne z przepisami ustawy. Natomiast na podstawie art. 554 ust. 6 ustawy Pzp, Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowień

o określonej treści, co w ocenie Izby oznacza, że kontrola projektowanych postanowień umowy odbywa się jedynie pod względem legalności, a nie celowości, efektywności ekonomicznej projektowanych postanowień i wnioski strony o nakazanie wprowadzenia postanowień określonej treści nie mogą być przez Izbę uwzględnione. Izba, jeśli ustali, że dane postanowienie umowne jest niezgodne z ustawą może jedynie nakazać wykreślenie postanowienia albo jego zmianę wskazując w uzasadnieniu, na czym polegało naruszenie i przedstawiając wytyczne, którymi zamawiający winien się kierować wprowadzając nakazaną zmianę, ale konkretna treść zmiany pozostaje w wyłącznej gestii zamawiającego i to on za jej brzmienie ponosi wyłączną odpowiedzialność.

Zarzut nr 1 certyfikat ISO 14001.

Odwołujący wskazał, iż w rozdziale IV ust. 3 SWZ zamawiający przewidział następujący warunek udziału w postępowaniu: „Zamawiający wymaga wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków dotyczących zdolności technicznej w zakresie spełnienia wymagań systemu zarządzania środowiskowego ISO 14001. Zamawiający uzna warunek za spełniony na podstawie certyfikatu IS014001, o którym mowa w Rozdz VIII ust. 2 pkt 3 SWZ". W rozdz.

VIII ust. 2 pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał na wymaganie przedłożenia ww. certyfikatu ISO 14001 wydanego przez jednostkę akredytowaną.

Zdaniem odwołującego warunek ustanowiony przez zamawiającego jest warunkiem nadmiernym, przekraczającym minimalny poziom zdolności, jakich zamawiający może wymagać od wykonawców, nieznajdującym uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach zamawiającego, a przez to ograniczającym konkurencję i krąg wykonawców zdolnych do złożenia oferty w tym postępowaniu. Został zatem sformułowany w sposób niezgodny w przepisami wskazanymi w petitum odwołania.

Zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r. poz. 24 i 974). Warunki wpisu do rejestru działalności regulowanej określone są w dalszych przepisach ww. ustawy o utrzymaniu czystości

i porządku w gminach oraz w przepisach do niej wykonawczych. Bez ich spełnienia nie jest możliwe świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W świetle art. 9d ust. 1 ww ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do spełnienia następujących wymagań: 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego; 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości; 3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości; 4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej, Szczegółowe wymagania, o których mowa w ust. 1, kierując się koniecznością ujednolicenia wymagań dotyczących odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, zostały określone w przepisach wykonawczych. Ponadto transport odpadów, ich ewentualne zbieranie w stacji przeładunkowej, jak i zagospodarowanie również wymaga posiadania szczególnych uprawnień określonych przepisami prawa (w tym ustawą o odpadach oraz Prawem ochrony środowiska). Obowiązujące przepisy regulują w sposób kompleksowy i powszechnie wiążący usługi objęte przedmiotem zamówienia. Certyfikacja zarządzania środowiskowego 14001 ma charakter nieobowiązkowy, a w przypadku przedmiotowego zamówienia nadmierny, ponieważ kwestie środowiskowe i zasady wykonania usług odbioru odpadów regulowane są przez obowiązujące bardzo restrykcyjne przepisy. Wedle wiedzy odwołującego wykonawcy, którzy są zdolni do wykonania zamówienia, w tym znajdujące się w rejestrze działalności regulowanej podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Zakroczym, nie posiadają takiej certyfikacji, zatem zamawiający uniemożliwia złożenie oferty większości lub co najmniej znacznej części podmiotów wpisanych do rejestru działalności regulowanej w Gminie Zakroczym, a zatem tym podmiotom, które uznał za zdolne do wykonywania usług odbioru odpadów na terenie Gminy Zakroczym. Oznacza to zarazem,

że zamawiający w ten sposób skrajnie zawęża krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, równocześnie preferując te podmioty, które dysponują taką nieobowiązkową certyfikacją. Wymaganie w ww. zakresie jako warunek udziału w postępowaniu praktycznie nie występuje na rynku. Nie było go także w poprzednio prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego wprowadzenie w niniejszym postępowaniu w SWZ nie znajduje oparcia w przepisach Pzp, jest nadmiarowe i prowadzi tylko do bezprawnego ograniczenia konkurencji, w szczególności ograniczając udział w postępowaniu podmiotom z sektora MŚP. Pozostaje zatem w sprzeczności z podstawowymi zasadami formułowania warunków udziału w postępowaniu, w tym zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również zasadą przejrzystości.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wykreślenia warunku udziału w postępowaniu wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków dotyczących zdolności

technicznej w zakresie spełnienia wymagań systemu zarządzania środowiskowego ISO 14001 oraz certyfikatu IS014001, o którym mowa w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 SWZ i obowiązku przedłożenia takiego certyfikatu określonego w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 SWZ.

Zamawiający podniósł, iż jest uprawniony do postawienia ww. wymogu na mocy art. 116 ust. 1 pzp, zgodnie z którym „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 spełnili 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". Ustawodawca wskazał zatem wprost na możliwość żądania przez zamawiającego spełnienia wymagań systemu zarządzania środowiskowego, a ISO 14001 jest takim właśnie systemem. Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do ustawy (Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r.) wskazał, iż „Zamawiający może również postawić warunek, aby wykonawcy spełniali wymagania innych norm zarządzania środowiskowego, które są oparte na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych oraz certyfikowane przez akredytowane jednostki. Liczy się przede wszystkim certyfikacja systemu zarządzania środowiskowego na zgodność z normą PN-EN ISO 14001:2015 (System Zarządzania Środowiskowego)", UZP wskazał ISO 14001 jako najważniejszy system zarządzania środowiskowego. UZP zauważa także, że dzięki odwołaniu się do norm europejskich zapewnione jest równe traktowanie wykonawców ze wszystkich państw członkowskich oraz harmonizacja standardów jakości. Twierdzenie odwołującego, że postawienie wymogu ogranicza konkurencję w postępowaniu należy więc zdecydowanie uznać za niewłaściwe, chybione, jak i pozbawione racjonalności.

Usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych wywiera silny wpływ na środowisko. Jest zatem pożądane, aby wykorzystywać ustawowe narzędzia do maksymalnego zmniejszenia tego wpływu właśnie przy tego typu usługach związanych z odpadami. Norma ISO 14001 zapewnia jasne ramy zarządzania w celu zmniejszenia wpływu na środowisko. ISO 14001 jest najbardziej uznaną międzynarodową normą systemów zarządzania środowiskiem. Wykonawca spełniający wymogi ww. systemu ma ustaloną politykę w zakresie ochrony środowiska, wdraża niezbędne środki i określa jasne cele mające zadanie poprawy efektywności środowiskowej. Zamawiający zlecając wykonanie usługi wykonawcy spełniającemu wymogi ww. systemu ma gwarancję, iż usługa zostanie wykonana z maksymalnym ograniczeniem wpływu na środowisko. Wymaganie, aby wykonawca spełniał wymagania systemów lub norm zarządzania środowiskowego, ma zagwarantować,

że wykonawca, w takcie wykonywania zamówienia, będzie przestrzegał zasad określonych w takim systemie lub normie, dzięki czemu negatywny wpływ na środowisko związany z realizacją zamówienia zostanie ograniczony.

Nie sposób zatem uznać, iż określony przez zamawiającego warunek jest nadmierny. Odwołujący wskazuje na szereg wymogów technicznych jakim należy sprostać dotyczących m.in. wyposażenia, stanu sanitarnego i wymogów dla pojazdów, a także wyposażenia bazy magazynowo sprzętowej. Wskazane wymagania, wynikające jak zauważył odwołujący z obowiązujących przepisów prawa dotyczą fizycznego wyposażenia (zaplecza technicznego) podczas gdy system zarządzania środowiskowego ma zupełnie odmienną specyfikę - dotyczy obszaru planowania i zarządzania przedsiębiorstwem, a nie wyposażenia w określone urządzenia czy narzędzia. Odwołujący wskazał także, iż postawienie ww. warunku ogranicza udział w postępowaniu podmiotom z sektora MŚP. System ISO 14001 jest powszechny i brak jest przeszkód uzyskania certyfikatu przez małe lub średnie przedsiębiorstwa. System zarządzania środowiskowego może wdrożyć każde przedsiębiorstwo na jednakowych zasadach. Twierdzenie odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia, tym bardziej,

iż odwołujący w ogóle nie wskazał jakie przeszkody stoją na uzyskaniu certyfikatu przez

MŚP.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 28 stycznia 2022 roku, sygn. akt: KIO 64/22 „Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca uprawnia zamawiających do określenia takich warunków jako narzędzie służące do weryfikacji rzetelności wykonawców. Naczelną zasadą, jaką zamawiający winien kierować się określając warunki udziału w postępowaniu, jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. Przy czym wykonawca

kwestionujący dany warunek udziału w postępowaniu winien wykazać, w jaki sposób zasada proporcjonalności jest naruszona, w jaki sposób dane wymaganie zamawiającego jest nadmierne w stosunku do zakładanego celu. W tym kontekście kluczowe jest ustalenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć poprzez wprowadzenie określonego warunku udziału w postępowaniu. Ustawodawca wskazał w art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, że warunki udziału w postępowaniu mają służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, tym samym ocena ich proporcjonalności musi obywać się właśnie przez pryzmat weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia".

Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Norma ISO 14001 jest zbiorem przepisów dotyczących organizacji Systemu Zarządzania Środowiskowego w przedsiębiorstwach oraz instytucjach z uwzględnieniem ochrony środowiska. Istotnym zadaniem normy jest wspomagać działania przedsiębiorstw w zakresie ochrony środowiska, które mogą zapobiec zanieczyszczeniom. Oczywistym jest, że zamawiający jako jednostka samorządu terytorialnego jest szczególnie odpowiedzialna za zapewnienie odpowiednich rozwiązań usprawniających należyte dochowanie ochrony środowiska. Należy mieć również szczególną uwagę na coraz bardziej restrykcyjne przepisy dotyczące ww. ochrony. Cały ten aspekt sprawia, że również od wykonawców wymaga się spełnienia coraz większych minimalnych wymagań, co do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, wymóg posiadania certyfikacji ISO 14001 nie jest nadmiemy. Co więcej zamawiający ma pełnie praw wymagać od wykonawców minimalnych standardów wykonywanych usług. Tym bardziej, że chodzi o zabezpieczenie interesu zamawiającego, jakim z całą pewnością jest utrzymanie czystości i porządku na jej terenie.

Jak wskazał odwołujący kwestie środowiskowe i zasady wykonania usług odbioru odpadów regulowane są przez obowiązujące bardzo restrykcyjne przepisy. Jest to przesłanka tym bardziej determinująca wymóg posiadania certyfikatu ISO 14001, ponieważ procedura ta gwarantuje ramy, dzięki którym organizacja może zapewnić poprawę efektywności środowiskowej zgodnie ze swoimi zobowiązaniami z polityki środowiskowej. Nie można więc stwierdzić, że wymóg zamawiającego jest nadmiarowy.

Odwołujący wskazał, że według jego wiedzy wykonawcy, którzy są zdolni do wykonania zamówienia, w tym znajdujący się w rejestrze działalności regulowanej podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na terenie zamawiającego, nie posiadają takiej certyfikacji. Jednocześnie odwołujący nie wskazał żadnych dowodów na potwierdzenie swojej tezy. Zatem twierdzenia odwołującego należy uznać za gołosłowne i nie przesądzające o takim stanie rzeczy.

Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada uprawnienie do kształtowania warunków podmiotowych w taki sposób, aby w jak najwyższym stopniu odpowiadały one celom, jakie zamierza osiągnąć zamawiający przy uwzględnieniu odpowiedniego potencjału i doświadczenia wykonawców. Norma ISO 14001 jest zbiorem przepisów dotyczącym organizacji Systemu Zarządzania Środowiskowego w przedsiębiorstwach i instytucjach z uwzględnieniem ochrony środowiska. Nie oznacza to zatem, jak twierdzi odwołujący jedynie legitymowaniem się przez wykonawcę odpowiednim potencjałem sprzętowo-kadrowym, ale również sposobem organizacji przedsiębiorstwa (zarządzania) aby osiągnąć cele środowiskowe. Okoliczność, iż przepisy obowiązującego prawa regulują kwestie związane ze sposobem odbierania i przetwarzania odpadów nie może być utożsamiane ze sposobem organizacji Systemu Zarządzania Środowiskowego w przedsiębiorstwach i instytucjach

z uwzględnieniem ochrony środowiska.

Jak słusznie wskazał zamawiający, norma ISO 14001 funkcjonuje na rynku od wielu lat. ISO 14001 to wiodący standard dotyczący systemów zarządzania środowiskowego. Funkcjonuje w oparciu o międzynarodowe standardy i stanowi potwierdzenie konsekwentnego wdrażania wszystkich elementów zmierzających do maksymalnego ograniczenia negatywnego wpływu organizacji na środowisko. Celem wdrożenia systemu środowiskowego opartego na normie ISO 14001 jest ciągłe doskonalenie i poprawa efektów działalności środowiskowej oraz przygotowanie do reagowania w przypadku zagrożenia ekologicznego. Jest to uznawana w skali międzynarodowej norma pomagająca zmniejszać wpływ działalności na środowisko naturalne przy jednoczesnym zwiększaniu rentowności. W 2015 roku opublikowana została nowa wersja tego standardu. Jako jeden z pierwszych, poza ISO 9001: 2015 (System Zarządzania Jakością), został zaktualizowany i dostosowany do wymagań Annexu SL. Annex SL opisuje, w jaki sposób systemy zarządzania powinny być tworzone. Wprowadza on tzw. Architekturę Wyższego Poziomu (AWP / HLS - High Level Structure). Jednolita struktura standardów wydawanych już w oparciu o Annex SL umożliwia między innymi lepszą integrację różnych systemów zarządzania w organizacji.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób wymóg posiadania certyfikatu ISO 14001 jest nadmiarowy.

Zarzut nr 2 - poziomy recyklingu.

Odwołujący wskazał, iż z danych zawartych w OPZ, tj. ilości odebranych odpadów w 2020 roku i w 2021 roku można szacunkowo wyliczyć ww. poziom. Z danych tych wynika, że poziom w tamtych latach nigdy nie mógł przekroczyć 28%. W 2023 roku poziom, jaki musi osiągnąć każda z gmin to 35% wagowo (art. 3b ust. 1 pkt 3 ustawy o otrzymaniu czystości i porządku

w gminach). Niestety wykonawca nie ma narzędzi umożliwiających zmotywowanie

mieszkańców do prowadzenia prawidłowej segregacji. Wykonawca jedynie może kontrolować jakość segregacji, w przypadku, gdy zgodnie z zapisem OPZ odpady segregowane będą zanieczyszczone 20% innymi odpadami. Przedsiębiorca musi jednak odebrać te odpady jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, co wynika z art. 6ka ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Równocześnie z danych OPZ wynika, że ilość niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i segregowanych zwiększa się co roku (por. str. 9-10 OPZ), jednak nie w taki sposób, aby wykonawca samodzielnie mógł odpowiadać za osiągnięcie ww. poziomu. W związku z powyższym nałożenie na niego takiego obowiązku jest nadmierne i nie znajduje oparcia w obiektywnych możliwościach jego dotrzymania. Wykonawca może jedynie zostać zobowiązany do podejmowania działań przyczyniających się osiągnięcia wymaganego poziomu

przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości wskazanej w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w tym do przekazania możliwie największej ilości odpadów segregowanych nadających się do ponownego użycia, recyklingu i odzysku do podmiotów zajmujących się taką działalnością.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do modyfikacji SWZ, OPZ i umowy (rozdział XX ust. 2 SWZ, rozdział III ust. 3 OPZ, §1 ust. 1 umowy) poprzez wskazanie, że wykonawca powinien podejmować działania przyczyniające się do osiągnięcia wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości wskazanej w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w tym do przekazania możliwie największej ilość odpadów segregowanych nadających się do ponownego użycia, recyklingu i odzysku do podmiotów zajmujących się taką działalnością.

Zamawiający wskazał, iż modyfikacja, której oczekuje odwołujący nie może zostać spełniona, gdyż jak wskazano w wyroku KIO 1015/20 z dnia 22 czerwca 2020 r. „Kolejno wspomnieć trzeba, że z przepisu art. 6c ust. 1 CzystGmU wynika explicite odpowiedzialność gminy za zorganizowanie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Przepis art. 6d ust. 1 CzystGmU precyzuje, że wspomniana organizacja odbywa się w drodze udzielenia zamówienia publicznego na odbiór lub odbiór
i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Zestawienie powyższych przepisów nie może zatem dziwić, że gmina organizując odbieranie odpadów komunalnych przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciąża wykonawcę takiego zamówienia obowiązkiem, którym sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście przeniesienie do opisu przedmiotu zamówienia wskaźnika w wysokości określonej w CzystGmU nie stanowi per se naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa. Ponadto, uwolnienie od tego obowiązku wykonawców odbierających odpady komunalne w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g CzystGmU obowiązku osiągnięcie określonego w art. 3b ust. 1 CzystGmU poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągania wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu".

Rozpatrując kwestię zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności za osiągnięcie określonych poziomów recyklingu zamawiający wskazał na wyrok KIO (sygn. akt KIO 1118/22 z dnia 13 czerwca 2022 r.) w którym wskazano, iż „Izba podziela również zapatrywanie Zamawiającego, że biorąc pod uwagę uregulowania zawarte w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, domaganie się, aby Gmina Wrocław

zrezygnowała z zabezpieczenia się przed poniesieniem negatywnych skutków finansowych nieosiągnięcia wymaganych w tej ustawie rezultatów gospodarowania odpadami komunalnymi, a jednocześnie była gotowa zapłacić przedsiębiorcom, którym udzieli dla realizacji tego zadania zamówień, wynagrodzenie w określonej przez nich na zasadach rynkowych wysokości, budzi wręcz sprzeciw. Innymi słowy według Odwołujących zgodna z zasadami współżycia społecznego, w tym zasadą uczciwości kupieckiej, byłaby sytuacja, w której przedsiębiorcy, z którym zostaną zawarte umowy w sprawie niniejszych zamówień, będą zarabiali na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Gminy Wrocław, a ta, czyli finalnie de facto
i de iure mieszkańcy gminy, którzy z mocy art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 559 ze zm.) tworzą tę wspólnotę samorządową, poniosą skutki finansowe, jeżeli nie uda się osiągnąć wymaganych przez przepisy rezultatów gospodarowania tymi odpadami".

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Utrwalone już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wskazuje, że zamawiający uprawniony jest do przeniesienia odpowiedzialności za osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu na wykonawcę wykonującego usługę. Z rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyclingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 poz. 1530) wynika, że poziom recyclingu oblicza się zgodnie z wzorem P(poziom)% równa się iloraz łącznej masy odpadów przygotowanych do ponownego użycia i recyclingu w procentach przez łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych wyrażony w Mg. W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyclingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne:

1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ucpg,

2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę jak i przez innych zbierających odpady komunalne.

W przypadku obliczania poziomów przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ucpg uwzględnia się odpady komunalne odebrane z terenu danej gminy. Masę odpadów komunalnych poddanych recyclingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyclingu.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, iż w roku 2023 nie będzie możliwy do osiągnięcia poziom recyklingu w wysokości 35%. Z dowodów złożonych przez odwołującego

wynika jedynie, jakie poziomy recyklingu były osiągane w latach poprzednich (2020 rok - 24,03%, 2021 rok - 28,58%). Biorąc pod uwagę wartości tam podane widoczny jest wzrost osiąganych poziomów. Z zestawienia poszczególnych frakcji odpadów za lata 2017-2021 daje się zauważyć fluktuację rodzajów odpadów. W jednym przypadku z roku na rok danej frakcji jest więcej, w innym przypadku danej frakcji jest mniej. Nie sposób jednak z dowodów tych wywieść, jaki będzie faktycznie poziom odpadów w 2023 roku.

Zarzut nr 3 - minimalny poziom świadczenia.

Odwołujący wskazał, iż w SWZ i umowie zamawiający określił zakres prac wykonawcy. Równocześnie zamawiający nie wprowadził żadnej minimalnej wartości realizacji przedmiotu zamówienia. Brak wskazania minimalnej wielkości zamówienia, do której zrealizowania zamawiający jest zobowiązany, stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. KIO w jednym z wyroków wskazała, że: „Zamawiający nie opisując wielkości gwarantowanych stosuje praktykę, która pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy" (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 33/07). Wyrok ten zachował w pełni aktualność. Wręcz uzyskał wzmocnienie w postaci regulacji art. 433 pkt 4 Pzp, z której jednoznacznie wynika, że przewidywane postanowienia umowy nie mogą zawierać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Na zamawiającym spoczywa zatem każdorazowo obowiązek określenia minimalnej wartości lub wielkości przedmiotu świadczenia, zamawiający, nie ustalając takiego minimalnego zakresu, naruszył wskazane w petitum odwołania przepisy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ oraz umowy poprzez podanie minimalnej wielkości lub wartości zobowiązania zamawiającego, do którego

zrealizowania zamawiający będzie zobowiązany (gwarantowana część przedmiotu zamówienia), przy czym odwołujący wskazuje, że w warunkach przedmiotowego zamówienia rozliczanego cenami jednostkowymi adekwatne jest wskazanie minimalnej wartości zobowiązania zamawiającego, stanowiącej 80% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 2 umowy (po korekcie 60%).

Zamawiający wskazał przede wszystkim, że art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, nie nakłada takiego obowiązku o jakim pisze odwołujący. Zgodnie z przytoczonym przepisem, zamawiający jest zobowiązany wyłącznie do opisania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przytoczenia wymaga wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3718/21, w którym wskazano, iż: „Dyspozycja art. 99 Prawa zamówień publicznych 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. 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. Przy czym zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przedmiotem zamówienia".

Zgodnie z tezą wyroku KIO z dnia 3 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1097/19: „Możliwe jest nałożenie obowiązków na strony przyszłej umowy, które nie będą jednoznacznie skonkretyzowane przez zamawiającego w sytuacji, gdy z przyczyn o obiektywnym charakterze i uzasadnionych potrzebami zamawiającego nie ma możliwości bardziej precyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia". Warto zwrócić także uwagę na wyrok KIO 235/22, w którym Izba rozważała zarzut nieprecyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia i zauważyła,

iż niewłaściwym jest oczekiwanie od zamawiającego określenia liczby i typów urządzeń

SRK, które miałyby zostać zabudowane w przyszłości, których liczby nie można obecnie

przewidzieć, a które mają wpływ na wielkość zamówienia (...). Izba wskazała, że „Powyższe

w ocenie Izby nie oznacza jednak, iż sporządzony przez Zamawiającego opis zamówienia opcjonalnego uchybiał przepisom Pzp zarzucanym przez Odwołującego, skoro na obecnym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie posiada

obiektywnej możliwości szerszego opisania zamówienia". Adekwatnie w niniejszym zamówieniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia na tyle precyzyjnie, na ile jest to możliwe na obecnym etapie.

Przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie wskazanych w opisie zamówienia odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Zakroczym, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Odebrane odpady zostaną przekazane do zagospodarowania do instalacji, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w tym wielkość świadczenia w sposób wyczerpujący i adekwatny do specyfiki świadczonej usługi. Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp umowa nie może przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalne wartości lub wielkości świadczenia stron. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie jest to bezwzględny nakaz określenia minimalnego świadczenia, a zakaz tworzenia przez zamawiającego zapisów umożliwiających mu zmniejszenie świadczenia. Za niedozwolone na gruncie przepisu art. 433 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron. Odwołujący nie wskazał żadnego zapisu, który umożliwiałby zamawiającemu ograniczenie zakresu zamówienia. Nie można zarzucić zamawiającemu zamieszczenia w projektowanej umowie niedozwolonego zapisu bez wskazania wprost, który zapis powinien zostać za taki uznany. Nie sposób zatem uznać, że projektowane postanowienia umowy przewidują możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Odwołujący nie wziął także pod uwagę specyfiki przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu do projektu ustawy Prawo Zamówień Publicznych wskazano,

iż wprowadzenie przepisów art. 433 „Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością,

sprawną realizacją zamówienia a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców". Zlecana usługa nie polega na odebraniu określonej ilości odpadów, lecz na sukcesywnym świadczeniu usługi w okresie 12 miesięcy. Zamawiający określił wielkość usługi wskazując liczby mieszkańców zameldowanych na stałe i czasowo, liczbę mieszkańców miast i wsi, ilość punktów odbioru odpadów z nieruchomości jednorodzinnych oraz wielorodzinnych, liczbę koszy ulicznych, a także inne dane charakteryzujące usługę. Ponadto zamawiający przekazał dane dotyczące tonażu odebranych w poprzednich okresach odpadów. Fakt,

iż wykonawca otrzyma wynagrodzenie stosowne do tonażu odebranych odpadów nie oznacza, że wielkością usługi jest odebranie z góry określonej ilości odpadów. Miarą usługi jest wskazanie wykonawcy obsługiwanego terenu objętego zamówieniem, częstotliwości odbiorów, rodzaju odbieranych odpadów oraz okresu świadczenia usługi. Wielkość zamówienia należy określać przez pryzmat przedmiotu - z ograniczeniem przedmiotu świadczenia mielibyśmy do czynienia, gdyby zamawiający zastrzegł możliwość rezygnacji z odbierania odpadów z części miejscowości, zrezygnował z odbierania odpadów określonej kategorii, ograniczył funkcjonowanie PSZOK lub przewidział możliwość skrócenia terminu realizacji świadczenia. Przedmiotem zamówienia nie jest odebranie i zagospodarowanie już wytworzonych i zważonych odpadów, lecz usługa sukcesywnego odbierania i zagospodarowania odpadów, które dopiero zostaną wytworzone. Ponadto zauważyć należy, iż wytwórcą odpadów nie jest sam zamawiający. Ilość wytwarzanych w gospodarstwach domowych odpadów jest poza kontrolą zamawiającego i ma charakter nieprzewidywalny. Celem przepisu jest eliminacja postanowień rażąco naruszających interesy wykonawców. Biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia nie mamy tutaj do czynienia z naruszaniem interesu wykonawcy, a już tym bardziej rażącym.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący i rzetelny, precyzując wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oczekiwanie, iż zamawiający zagwarantuje minimalną ilość odpadów do odebrania jest absurdalne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Zamawiający zachowując należytą staranność scharakteryzował zamówienie wykorzystując wszystkie dostępne mu dane. Nie sposób oczekiwać, że zamawiający przewidzi, ile odpadów zostanie wytworzone przez mieszkańców gminy. Sam odwołujący w uzasadnieniu zarzutu 10 przyznał, iż „specyfika

usług odbioru i zagospodarowania odpadów jest taka, że przewidzenie dokładnej ilości odbieranych odpadów jest obiektywnie niemożliwe". Spełnienie żądania odwołującego oznaczałoby,

iż zamawiający zobowiąże się do „doprodukowania" odpadów, aby wywiązać się z obowiązku umownego. Nie sposób oczekiwać od zamawiającego (który jest organizatorem systemu gospodarki odpadami a nie producentem odpadów), aby zobowiązał się do wytworzenia odpadów, aby zaspokoić roszczenia odwołującego.

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Izba w całości podziela argumentację zamawiającego, uznając ją za własną. Ponadto podnieść należało, iż w ocenie Izby, zamawiający w sposób zgodny z przepisem art. 99 ust. 1 realizując jednocześnie dyspozycję przepisu art. 433 pkt 4 ustawy Pzp nie ma obowiązku wskazywania w projektowanych postanowieniach umownych minimalnego poziomu świadczenia w sytuacji, w której zamawiający takiego poziomu nie ustalił, gdyż zainteresowany jest pełną realizacją przedmiotu umowy. Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał bowiem poziomy jakie obowiązywały i były realizowane w latach poprzednich, co daje wyraźny obraz przedmiotu zamówienia, który będzie realizowany w roku 2023. Tym samym wykonawca jest w posiadaniu wiedzy, jaki zakres świadczenia będzie obowiązywał na kontrakcie i jest w stanie prawidłowo wycenić wartość tej usługi.

Zarzut nr 4 - brak regulacji zasad prowadzenia PSZOK.

Odwołujący wskazał, iż w rozdziale III ust. 7 dotyczącym PSZOK zamawiający przewidział: „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia obsługi PSZOK w terminach uzgodnionych

z Zamawiającym, a ponadto zobowiązany jest do zapewnienia sprzętu oraz urządzeń niezbędnych do obsługi punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK), zlokalizowany jest przy ul. Byłych Więźniów Twierdzy Zakroczymskiej 11 w Zakroczymiu, wjazd na teren PSZOK odbywa się bramą wjazdową, oznakowaną tablicą informacyjną". Takie określenie, zdaniem odwołującego jest jednak niewystarczające, ponieważ nie jest wiadome, w jakich godzinach ma być obsługiwany PSZOK. Nie jest wiadome, jaka liczba pracowników jest wymagana do obsługi ani jaki sprzęt oraz urządzenia musi zapewnić wykonawca. Nie zostało także uregulowane, kto ponosi odpowiedzialność w przypadku ich uszkodzenia poza odbiorem

odpadów. Brak jest także regulacji zasad wystawiania kart przekazania odpadów oraz ewentualnego przekazania stosownych upoważnień wykonawcy. Wykonawca nie wie zatem, na jakich zasadach ma być świadczona usługa, a w konsekwencji, jak ją wycenić. Może to czynić oferty nieporównywalnymi, skoro każdy z wykonawców może przyjąć inne zasady i wymagania

w zakresie obsługi PSZOK.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji rozdziału III ust. 7 OPZ i uregulowanie szczegółowo obsługi PSZOK przez wykonawcę, w tym wskazania:

- w jakich godzinach PSZOK ma być otwarty,

- jaka liczba pracowników jest wymagana do jego obsługi,

- jaki sprzęt oraz urządzenia musi zapewnić wykonawca,

- kto ponosi odpowiedzialność w przypadku ich uszkodzenia poza odbiorem odpadów,

- zasad wystawiania kart przekazania odpadów oraz ewentualnego przekazania stosownych upoważnień wykonawcy.

W ocenie zamawiającego zarzut, a co za tym idzie żądanie odwołującego jest nadzwyczaj ograniczający. Zgodnie z żądaniem odwołującego, zamawiający na etapie postępowania ma już podać godziny funkcjonowania PSZOK, kiedy to zamawiający chce dać możliwość porozumienia się z wykonawcą, co do godzin obsługi PSZOK. Daje to możliwość wykonawcom dostawania swoich czynności do realizacji umowy. Natomiast w kontekście liczby pracowników desygnowanych przez wykonawcę oraz sprzętu i urządzeń, jakie ma zapewnić wykonawca, zamawiający wskazał w rozdziale III ust. 2 i 3 OPZ w jaki sposób będą zbierane odpady na terenie PSZOK również poprzez liczbę oraz rodzaj pojemników, które będą się znajdowały na przedmiotowym terenie. Zatem wydaje się, że na podstawie informacji zawartych w OPZ, podmiot wyspecjalizowany w odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wie jaki sprzęt należy zapewnić oraz jakich urządzeń i pojazdów należy użyć

w celu obsługi PSZOK. Zamawiający nie stawia wymogów sprzętowych. Zamawiający oczekuje efektu osiągniętego dowolnym sprzętem i dowolną ilością pracowników. Z kolei w kontekście podmiotów ponoszących odpowiedzialność - w rozdziale III ust. 7 OPZ zamawiający wskazał, że wjazd na teren PSZOK odbywa się bramą wjazdową, oznakowaną tablicą informacyjną. PSZOK tj. Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych to specjalnie zorganizowane dla mieszkańców gminy miejsce, w którym mogą oni pozostawić odpady komunalne, które następnie są odbierane przez potencjalnego wykonawcę. Ogólne ramy funkcjonowania systemu gospodarki odpadami w gminach to procesy gromadzenia, odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych. Z uwagi na specyfikę miejsca, teren PSZOK będzie służył jedynie tym celom dlatego zamawiający nie wskazał kto ponosi odpowiedzialność w przypadku uszkodzenia sprzętu i urządzeń „poza odbiorem odpadów", gdyż PSZOK nie pełni innych funkcji poza odbiorem odpadów. Zarzut dotyczący karty przekazania odpadów również należy uznać za chybiony. Bowiem obowiązek wystawienia karty przekazania odpadów spoczywa na podmiocie przekazującym odpady, zgodnie z art. 69 ust. 1 ustawy o odpadach, kartę przekazania odpadu sporządza posiadacz odpadów, który przekazuje odpady do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie miejsc zbierania odpadów lub miejsc przetwarzania odpadów, przed rozpoczęciem ich transportu. W przypadku karty przekazania odpadów komunalnych (KPOK), zgodnie z art. 71a ust. 1 ustawy o odpadach, sporządza ją 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. Z uwagi na określenie powyższego przez ustawodawcę, zamawiający nie określił zasad wystawiania kart przekazania odpadów oraz ewentualnego przekazania stosownych upoważnień wykonawcy w OPZ.

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Podzielając stanowisko zamawiającego, Izba wskazuje, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek organizacji pracy i odpowiedniego zatrudnienia osób, które będą obsługiwać PSZOK. Jako doświadczony wykonawca, znający zasady prowadzenia tego typu punktów, odwołujący jest w stanie zorganizować pracę w taki sposób, który z jednej strony będzie uzasadniony ekonomicznie po stronie wykonawcy, z drugiej zaś będzie realizował potrzeby zamawiającego w zakresie odpowiedniego funkcjonowania tego rodzaju punktu.

Zarzut nr 5 - brak okresu przygotowawczego.

Zdaniem odwołującego, w żadnym z postanowień SWZ, OPZ, wzoru umowy, nie wskazano jaki jest okres przygotowawczy po podpisaniu umowy, a przed rozpoczęciem świadczenia usług od 1.01.2023 roku, który jest niezbędny do przeprowadzenia wszystkich czynności koniecznych do rozpoczęcia świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów, w tym na przygotowanie i uzgodnienie harmonogramu, który po dokonaniu uzgodnień stanowić będzie załącznik do umowy. Odwołujący wskazał, że na dokonanie tych czynności,

w szczególności przygotowanie harmonogramu i uzgodnienie go z zamawiającym niezbędne jest co najmniej 14 dni roboczych i to wówczas, jeżeli zamawiający przekaże wykonawcy szczegółowy wykaz adresów nieruchomości objętych zamówieniem, wykaz koszy ulicznych a także planowane umiejscowienie koszy na terenie gminy, a następnie w możliwie krótkim terminie dokona uzgodnień opracowanego przez wykonawcę harmonogramu. Należy jednak zwrócić uwagę, że zamawiający przewidział całkowicie na obecnym etapie niemożliwy do ustalenia oraz nierealny termin przedłożenia harmonogramu do uzgodnień, tj. nie później niż 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług. Oznacza to, że harmonogram musi być przedłożony zamawiającemu do 1 grudnia 2022 roku, podczas gdy nie jest znany termin podpisania umowy z wykonawcą. Obecnie termin składania ofert to 24 października 2022 roku. Uwzględniając terminy związane z badaniem i oceną ofert, wyborem oferty najkorzystniejszej, możliwymi odwołaniami oraz okresem stand still, zamawiający nie może zakładać, że umowa zostanie podpisana w terminie krótszym niż 30 dni po otwarciu ofert. Niezależnie od powyższego termin ten nie zależy od wykonawcy, zatem nałożone na wykonawcę obowiązki muszą uwzględniać obiektywną możliwość ich dopełnienia przez wykonawcę. Odwołujący wskazuje zatem, że zamawiający jest zobowiązany zapewnić wykonawcy okres przygotowawczy, ustalając odpowiednio termin rozpoczęcia świadczenia usług, czego sztywne wskazanie terminu 1.01.2023 roku nie spełnia. Obecne brzmienie dokumentów zamówienia narusza wskazane w petitum odwołania przepisy. Nie jest w tym przypadku zasadne stwierdzenie, że termin określony w konkretnych dniach (datami) jest uzasadniony zachowaniem ciągłości świadczenia usługi, ponieważ zamawiający jest zobowiązany tak planować postępowanie o udzielenie zamówienia, aby możliwe było zachowanie ciągłości świadczenia usług bez naruszania słusznych uprawnień wykonawców na przygotowanie się do świadczenia usługi i bez tworzenia preferencji dla aktualnie wykonujących zamówienie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ, OPZ i umowy w zakresie okresu przygotowawczego, terminów świadczenia usług oraz realizacji obowiązków

przez zamawiającego:

1) zamawiający w dniu podpisania umowy przekaże szczegółowy wykaz adresów nieruchomości objętych zamówieniem, wykaz koszy ulicznych a także planowane umiejscowienie koszy na terenie gminy, które będą załącznikami do umowy,

2) w terminie 7 dni roboczych od przekazania szczegółowego wykazu adresów nieruchomości objętych zamówieniem, wykazu koszy ulicznych a także planowanego umiejscowienia koszy na terenie gminy wykonawca sporządzi projekt harmonogramu i przekaże go do uzgodnienia zamawiającemu,

3) zamawiający w terminie 3 dni roboczych dokona uzgodnienia harmonogramu i przekaże informację o uzgodnieniu wykonawcy,

4) wykonawca w terminie 4 dni roboczych przygotuje harmonogram do przekazania

właścicielom nieruchomości, jak również dokona innych czynności niezbędnych do rozpoczęcia świadczenia usług,

5) okres przygotowawczy nie może być krótszy niż 14 dni roboczych po podpisaniu umowy i przekazaniu szczegółowego wykazu adresów nieruchomości objętych zamówieniem, wykazu koszy ulicznych a także planowanego umiejscowienia koszy na terenie gminy wykonawca sporządzi projekt harmonogramu, zatem w przypadku, gdy umowa zostanie podpisana w terminie, który nie umożliwia dochowania 14 dni roboczych, rozpoczęcie świadczenia usługi zostanie przesunięte,

6) świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów może rozpocząć się dopiero po upływie okresu przygotowawczego,

7) § 2 ust. 9 powinien zostać wykreślony, ewentualnie ograniczony do stwierdzenia, że zatwierdzony przez zamawiającego harmonogram wywozu odpadów stanowi załącznik nr

5 do umowy.

Zamawiający wskazał, co następuje. Zamawiający wszczął postępowanie na ponad 3 miesiące przed zakończeniem realizacji dotychczasowej umowy (31.12.2022 r.) oraz w taki sposób określił termin wykonania zamówienia (od dnia 01.01.2023 r.), aby zapewnić ciągłość odbiorów odpadów zgodną z wymogami „u.u.c.p.g.". Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób określony w ten sposób termin tworzy preferencje dla aktualnie wykonujących usługi. Odwołujący nie precyzuje jakie dokładnie czynności przygotowawcze należy wykonać. Jedyną czynnością wskazaną przez odwołującego jest przygotowanie i uzgodnienie harmonogramu, a czynność tą musi wykonać wyłoniony wykonawca - niezależnie od tego czy będzie to wykonawca aktualne wykonujący usługę czy też odwołujący. Nie sposób zatem uznać,

że zamawiający określił terminy tworząc preferencje dla jakiegokolwiek grona wykonawców. Nie naruszył zatem art. 99 ust. 4 ani art. 16 ustawy Pzp.

Niezasadnym jest także żądanie wprowadzenia okresu przygotowawczego - jedyną czynnością na jaką wskazuje odwołujący, jaką należy wykonać przed rozpoczęciem świadczenia usługi jest opracowanie harmonogramu wywozu odpadów. Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających konieczność wprowadzenia aż 14 dni roboczych okresu przygotowawczego. Odwołujący nie wskazał na żadne konkretne trudności uniemożliwiające mu rozpoczęcie świadczenia usługi od dnia 01.01.2023 r. Zamawiający wymaga złożenia na co najmniej 30 dni przez rozpoczęciem świadczenia usługi harmonogramu wywozu odpadów. Odwołujący wskazuje, iż jest to termin nierealny, podczas gdy na tym etapie postępowania nie ma podstaw przypuszczać, iż umowa zostanie zawarta w terminie późniejszym niż 1 grudnia 2022 r. Wskazać należy, iż aby rozpocząć świadczenie usługi - fizycznie odebrać odpady od mieszkańców, koniecznym jest wcześniejsza dystrybucja harmonogramu wywozu odpadów, aby właściciele nieruchomości wiedzieli w jakich terminach wystawiać odpady do odbioru. Z uwagi na obowiązki odbierania odpadów z określoną częstotliwością niedopuszczalnym jest przesunięcie rozpoczęcia świadczenia usługi, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał na wykonanie jakich czynności potrzebuje aż 14 dni roboczych okresu przygotowawczego. Konsekwencją nierealizowania przez gminę obowiązku odbioru odpadów komunalnych będzie zagrożenie dla zdrowia ludzi, naruszenie zasad ochrony środowiska, a także powstanie trudnych do odwrócenia szkód w środowisku. Niewątpliwie działania zamawiającego zmierzać powinny do wywiązania się z obowiązku wynikającego z art. 6c ust. 1 u.c.p.g. Terminy określone przez zamawiającego znajdują uzasadnienie w przepisach prawa oraz zdefiniowanych potrzebach zamawiającego. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że termin złożenia harmonogramu jest nierealny, w szczególności nie uprawdopodobnił, iż zawarcie umowy nastąpi w terminie uniemożliwiającym wywiązanie się z obowiązku. Nie sprostał zatem obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 Pzp zgodnie z którym ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze.

Co więcej, żaden przepis prawa nie nakłada na zamawiającego obowiązku zastosowania takiego okresu. Co więcej, zaobserwować należy, że wykonawcami zamówienia mają być podmioty profesjonalne w swoim fachu. Z tego względu bezzasadnym byłoby szczególne wyznaczanie okresu przygotowawczego w Umowie. W branży prowadzonej przez wykonawców postępowania nie istnieje wymóg specjalnego okresu przygotowawczego, bowiem czynności, które mają być wykonywane są tożsame do tych, które wykonują na co dzień. Nie ma więc potrzeby specjalnego, dodatkowego czasu na wdrożenie się przez wykonawców w wykonywanie przedmiotu umowy. Tym bardziej, że przystępując do postępowania poświadczają posiadanie doświadczenia w wykonywaniu powierzonych obowiązków. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem, że przygotowanie harmonogramu i uzgodnienie go między stronami zajmie około 14 dni. Wskazać należy, że uzgodnienie takich procedur to kwestia kilku godzin. Tym bardziej, że wykonawca może wykorzystać dotychczasowy harmonogram odbiorów, wprowadzając ewentualne zmiany. Takie czynności z całą pewnością nie wymagają 14 dni. Dlatego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, co do niewystarczającego czasu na sporządzenie harmonogramu.

Dywagacje odwołującego w zakresie terminów składania ofert do 24 października 2022 roku, badania i oceny ofert, wyborem oferty najkorzystniejszej również nie posiadają waloru zasadności. Bowiem procedura. zamówień publicznych charakteryzuje się szybkością i sprawnością. Dlatego przewidywania, że umowa zostanie zawarta w listopadzie 2022 roku jest jak najbardziej racjonalna. Nie istnieją realne przesłanki, uzasadniające odmienne stanowisko.

Mając powyższe na uwadze, zarzut nr 5 jest całkowicie chybiony. Opis przedmiotu zamówienia, SWZ oraz postanowienia umowne, zostały sformułowane wystarczająco precyzyjnie. Nie przekroczono granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i nie naruszono równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi w zakresie terminu realizacji usług. Dlatego również żądania odwołującego pozbawione są jakiejkolwiek racjonalnej zasadności, a co za tym idzie są nieuzasadnione.

Izba uznała zarzut za zasadny. Izba w całości podziela stanowisko odwołującego.

Zgodnie z § 8 umowy „Termin obowiązywania umowy. Wykonawca będzie świadczył

usługi określone w umowie od dnia 01.01.2023 r, do dnia 31.12.2023 r. lub do wcześniejszego wyczerpania wynagrodzenia określonego w niniejszej umowie".

Także w SWZ w rozdziale III i IV zamawiający wskazał na ww. okres realizacji usług.

W § 2 ust. 9 umowy zamawiający przewidział: „Wykonawca w terminie nie później niż na 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi przedłoży Zamawiającemu do akceptacji harmonogram wywozu odpadów, który po jego zatwierdzeniu będzie stanowić załącznik nr 5 do niniejszej umowy".

W rozdziale III ust. 1 OPZ zamawiający przewidział: „Zamawiający dostarczy Wykonawcy szczegółowy wykaz adresów nieruchomości objętych zamówieniem, wykaz koszy ulicznych a także planowane umiejscowienie koszy na terenie gminy, które będą załącznikami do

Umowy". W umowie także przewidziano, że dokumenty te będą załącznikami do umowy (§ 3 ust. 1: „Zamawiający wskazuje w załączniku nr 2 do Umowy wykaz nieruchomości stanowiących zabudowę jednorodzinną, a w załączniku nr 3 do Umowy wykaz nieruchomości stanowiących zabudowę wielorodzinną").

W ocenie Izby, ustalony przez zamawiającego okres przygotowawczy po podpisaniu umowy, ze względu na terminy związane z procedurą udzielenia zamówienia mogą zostać naruszone, co z kolei może wywołać negatywne konsekwencje po stronie wykonawcy. Zadaniem zamawiającego jest bowiem przygotowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego, dalej warunków podpisania umowy, które nie będą dyskryminowały wykonawców potencjalnie zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia. Skoro zatem zamawiający przewidział określone procedury związane z prawidłową realizacją przedmiotu umowy, które zostały obwarowane określonymi terminami, a co za tym idzie odpowiednimi konsekwencjami, to należy je w taki sposób opisać, że w przypadku wystąpienia okoliczności, na które nie mają wpływu ani zamawiający ani wykonawca (np. przedłużająca się procedura udzielenia zamówienia publicznego, w tym np. odwołania, itp.) nie będą przenosiły one negatywnych konsekwencji na wykonawcę. W ocenie Izby, zamawiający zobowiązany jest zatem w odpowiedni sposób opisać procedurę okresu przygotowawczego, która nie będzie naruszała interesu wykonawcy. Zdaniem Izby, zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie wypełnia zasadę równowagi stron.

Zarzut nr 6 - termin realizacji reklamacji.

Odwołujący wskazał, iż w OPZ zamawiający przewidział termin realizacji reklamacji:

„Realizacja reklamacji dot. nieodebranych z nieruchomości odpadów zgodnie z harmonogramem z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy nie później niż w ciągu 19 godzin od przesłania zawiadomienia e-mail przez Zamawiającego. Obowiązkiem Wykonawcy będzie niezwłoczne potwierdzenie rozpoznania oraz wykonania reklamacji - na adres e-mail wskazany w Umowie. Reklamacje występujące z przyczyn leżących po stronie właścicieli nieruchomości występują incydentalnie i będą rozpatrywane indywidualnie".

Zamawiający nie ustanowił żadnych ograniczeń co do terminów zgłaszania reklamacji przez zamawiającego ani nie ustala, że 19 godzinny termin dotyczy tylko dni roboczych, ani nie określa sposobu liczenia tych godzin. Zamawiający nie doprecyzował także, co należy rozumieć przez realizację reklamacji, tj. czy przystąpienie do prawidłowego wykonania reklamowanej usługi, czy też zakończenie jej wykonywania oraz przesłanie odpowiedniej informacji zamawiającemu. W §5 ust. 10 wzoru umowy przewidziano: „Wykonawca przystąpi

do prawidłowego wykonania reklamowanej usługi w terminie 19 godzin od zgłoszenia", z czego należałoby wnosić, że pierwsze rozumienie jest prawidłowe. Takiego postanowienia nie ma jednak w OPZ, z czego z kolei można wnosić inne rozumienie tego, jakie czynności muszą być dokonane w ciągu wyznaczonych 19 godzin. Wskazanie 19 godzinnego terminu na realizację reklamacji jest nieprawidłowe, ponieważ dotrzymanie tego terminu przez wykonawcę może być obiektywnie niemożliwe. W przypadku, gdy zamawiający zgłosi reklamację w piątek po południu, lub też gdy takie zgłoszenie wpłynie na maila wykonawcy w sobotę lub dzień wolny od pracy, wykonawca nie ma możliwości dotrzymania 19 godzinnego terminu na realizację reklamacji. Wykonawca nie pracuje w soboty ani w niedziele lub inne dni wolne od pracy, jak również w tych dniach nie pracują lub co najmniej mogą nie pracować instalacje zagospodarowujące odpady. Równocześnie niezrealizowanie reklamacji obarczone jest ryzykiem naliczenia kary umownej liczonej za każdą godzinę zwłoki - § 10 ust. 1 pkt 4:

„4) z tytułu zwłoki w realizacji reklamacji, tj. braku odbioru odpadów (dotyczy odpowiednio odpadów: zmieszanych, segregowanych, ulegających biodegradacji ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów, wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zużytych opon, odpadów niebezpiecznych) Wykonawca zapłaci karę za każdą godzinę zwłoki ponad termin określony w §5 ust. 10 Umowy w wysokości: a) dla nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej w wysokości 5,00 zł (słownie: pięć złotych) za każdą nieruchomość, której dotyczy reklamacja,

b) dla nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej w wysokości 10,00 zł (słownie: dziesięć złotych) za każdą nieruchomość, której dotyczy reklamacja".

Zasady realizacji reklamacji powinny być jednoznaczne oraz określone w sposób, który daje realną możliwość ich dotrzymania. Wykonawca powinien mieć szansę na przeanalizowanie zgłoszenia oraz przekazanie do zamawiającego informacji o tym, czy zgadza się z reklamacją, czy ją kwestionuje. Zamawiający wprawdzie stwierdza, że „Reklamacje występujące

z przyczyn leżących po stronie właścicieli nieruchomości występują incydentalnie i będą rozpatrywane indywidualnie", jednak nie została przewidziana żadna procedura reklamacyjna inna niż potwierdzenie rozpoznania i wykonania reklamacji. Takie określenie realizacji reklamacji jest zatem nie tylko niejednoznaczne, ale i niemożliwe do wykonania w przyczyn obiektywnych, co narusza wskazane w petitum przepisy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji procedury reklamacyjnej przewidzianej w OPZ i umowie oraz kar umownych z tego tytułu poprzez wskazanie w sposób jednolity, że:

1) w terminie 1 dnia roboczego od otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego Wykonawca przystąpi do prawidłowego wykonania reklamowanej usługi, jeżeli reklamacja będzie zasadna;

2) w przypadku zasadnej reklamacji obowiązkiem Wykonawcy będzie prawidłowe wykonanie reklamowanej usługi następnego dnia roboczego po otrzymaniu zgłoszenia reklamacji od Zamawiającego, a o zakończeniu realizacji reklamacji poinformuje najpóźniej kolejnego dnia roboczego po jej wykonaniu;

3) Kara umowna z tytułu zwłoki w realizacji reklamacji naliczana w sytuacji, gdy nie nastąpiła realizacja reklamacji w następnym dniu roboczym.

OPZ:

„Realizacja zasadnej reklamacji dot. nieodebranych z nieruchomości odpadów zgodnie z harmonogramem z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy rozpocznie się nie później niż następnego dnia roboczego od przesłania zawiadomienia e-mail przez Zamawiającego. Obowiązkiem Wykonawcy będzie niezwłoczne potwierdzenie rozpoznania oraz rozpoczęcia wykonania reklamacji na adres e-mail wskazany w Umowie. O zakończeniu realizacji reklamacji Wykonawca poinformuje najpóźniej kolejnego dnia roboczego po jej wykonaniu na adres e-mail wskazany w Umowie, Reklamacje występujące z przyczyn leżących po stronie właścicieli nieruchomości występują incydentalnie i będą rozpatrywane indywidualnie, przy czym Zamawiający potwierdza, że wskazana procedura reklamacyjna i ww. terminy nie dotyczą reklamacji niezasadnych".

§5 ust.10 wzoru umowy.

„Wykonawca przystąpi do prawidłowego wykonania zasadnie reklamowanej usługi w następnym dniu roboczym od zgłoszenia".

§ 10 ust. 1 pkt 4.

„4) z tytułu zwłoki w realizacji zasadnej reklamacji, tj. braku odbioru odpadów (dotyczy odpowiednio odpadów: zmieszanych, segregowanych, ulegających biodegradacji ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów, wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, zużytych opon, odpadów niebezpiecznych) z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę Wykonawca zapłaci karę za każdy dzień zwłoki ponad termin określony w §5 ust. 10 Umowy w wysokości:

a) dla nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej w wysokości 120,00 zł (słownie: sto dwadzieścia złotych) za każdą nieruchomość, której dotyczy zasadna reklamacja,

b) dla nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej w wysokości 240,00 zł (słownie: dwieście czterdzieści złotych) za każdą nieruchomość, której dotyczy zasadna reklamacja".

Zamawiający wskazał, iż sposób liczenia terminu wyrażonego w godzinach wynika wprost z przepisów prawa - art. 8 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej

godziny. Nie ma zatem potrzeby określania przez zamawiającego sposobu liczenia terminu. Nie ma także potrzeby wskazywania na „dni robocze" gdyż po pierwsze termin nie jest wyrażony w dniach, a po drugie kwestię tą reguluje rozdz. III kodeksu cywilnego. Kolejno odwołujący wskazuje,

iż dotrzymanie 19 godzinnego terminu może być obiektywnie niemożliwe. Zauważyć należy, że niezależnie od długości terminu zawsze mogą wystąpić okoliczności powodujące, iż spełnienie świadczenia jest obiektywnie niemożliwe, a odwołujący mimo, iż sam wskazał na karę umowną określoną w § 10 ust. 1 pkt 4 projektu umowy pominął fakt, iż jest to kara za zwłokę, a więc za okoliczności zawinione, co wyklucza naliczenia kary umownej w przypadku niedotrzymania terminu z przyczyn obiektywnie niemożliwych. Odwołujący wskazuje na hipotetyczne zgłoszenie reklamacji w piątek popołudniu, sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, skutkujący brakiem możliwości dotrzymania terminu. Zgodnie z art. 115 KC, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Nie jest to zatem argument uzasadniający żądanie wydłużenia terminu umownego. Na marginesie zauważyć należy, iż zamawiający także nie pracuje w soboty i dni ustawowo wolne od pracy, aby zgłaszać w tych dniach reklamacje. Wbrew twierdzeniom odwołującego zasady realizacji reklamacji są jednoznaczne, zapisy określone w umowie oraz przepisy prawa

w zakresie terminów stanowią kompletny obraz wymogów w tym zakresie. Należy również wskazać, że odwołujący sugeruje brak spójności w zapisach dokumentacji zamawiającego. Jednakże nie podaje ani jednego przykładu takiego uchybienia. Zamawiający nie dostrzega zasadności tego zarzutu. Ponieważ w jego ocenie wszystkie postanowienia są ze sobą jak najbardziej spójne.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba podziela stanowisko odwołującego, a ponadto stwierdziła, że sformułowania użyte przez zamawiającego w projekcie umowy nie dają gwarancji wykonawcy, iż zamawiający nie będzie naliczał kar umownych za nieterminowe realizowanie zgłoszonej reklamacji. Konieczne jest w tym zakresie, aby zamawiający odpowiednio doprecyzował ustalone przez siebie terminy tak, aby po stronie wykonawcy powstała pewność, kiedy ewentualnie zamawiający uzna, że reklamacja nie została zrealizowana w terminie. Właściwym, w ocenie Izby byłoby odniesienie się przez zamawiającego do odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego lub takie opisanie wymogów, aby wykonawca wiedział, jak należy liczyć termin określony przez zamawiającego. Obecnie brzmiące postanowienia umowne naruszają równowagę stron. Wyjaśnienia, jakimi posłużył się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie znajdują swojego odzwierciedlenia

w dokumentacji postępowania.

Zarzut nr 7 - brak wskazania podmiotów zbierających.

Odwołujący wskazał, iż w formularzu oferty zamawiający wymaga wskazania instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W OPZ (rozdział IV ust. 3) zamawiający przewidział: „Wykonawca

zapewni oraz wskaże Zamawiającemu instalacje, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach". Ponadto zamawiający w OPZ wielokrotnie posługuje się określeniem „instalacje" jako odnoszącym się do miejsc zagospodarowania odpadów komunalnych selektywnie zebranych. W każdym z tych postanowień zamawiający pominął jednak możliwość wskazania podmiotu zbierającego odpady w przypadku niewielkich ilości odpadów segregowanych, o czym mowa w ww. przepisie. Tym samym postanowienie formularza oferty jest nieprecyzyjne, ponieważ okoliczność ta może budzić wątpliwości przy wypełnianiu formularza oferty. Podobnie w przypadku pozostałych postanowień OPZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji formularza oferty w zakresie ust. 4 pkt 2 poprzez dostosowanie go do treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i umożliwienie wskazania podmiotów zbierających w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, jak również o dostosowanie pozostałych postanowień OPZ poprzez jednoznaczne dopuszczenie podmiotów zbierających w zakresie niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie

zbieranych.

Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego. Przepis art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi, iż „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady". Zamawiający zatem nie ma obowiązku wskazania podmiotu zbierającego odpady w przypadku niewielkich odpadów segregowanych. Ustawodawca przewidział możliwość wskazania takiego podmiotu w ofercie, a nie konieczność. Mając na uwadze powyższe, zamawiający nie zobowiązał wykonawców do wskazania podmiotu zbierającego niewielkie ilości odpadów selektywnie zbieranych. Wskazanie w ofercie instalacji ma charakter obowiązkowy, dlatego zamawiający bezwzględnie wymaga określenia takich instalacji. Wskazanie podmiotów zbierających ma charakter fakultatywny, dlatego zamawiający nie narzuca wykonawcom obowiązku wskazania takich podmiotów. Zatem zarzut odwołującego jest całkowicie bezpodstawny. Ustawa zobowiązuje zamawiającego do żądania w ofercie wskazania instalacji. Zamawiający nie musi żądać innych informacji m.in. o podmiotach zbierających odpady, o których wspomina odwołujący. Wykonawca, w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych może korzystać z podmiotu zbierającego na zasadach określonych w ustawie o u.p.c.p. Zamawiający nie zamieścił w dokumentach zamówienia takiego zakazu. Zamawiający nie wymaga wskazania w ofercie takich podmiotów, gdyż zgodnie z przepisami oczekuje jedynie informacji o wskazanych instalacjach. Zamawiając nie oczekuje podania w ofercie informacji o podmiotach zbierających. Zamawiający oczekuje informacji wyłącznie w zakresie wymaganym ustawowo tj. w zakresie instalacji. Ponadto nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca podał więcej niż jedną instalację lub wskazał także podmioty zbierające, o których mówi odwołujący.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba w całości podzielając stanowisko prezentowane przez odwołującego wskazuje, iż zamawiający w swojej argumentacji odnosi się do obowiązku podania w ofercie odpowiedniej instalacji, jednocześnie twierdząc, że wykonawca może samodzielnie podać w ofercie również więcej niż jedną instalację oraz odpowiednio podmioty zbierające zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Twierdzenia zamawiającego mogą w przyszłości negatywnie oddziaływać na wykonawcę. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wprowadzenie w formularzu ofertowym odpowiedniego postanowienia dającego wykonawcom prawo do wpisania nazw podmiotów odbierających. Uzupełnienie takie zgodne jest z wyżej cytowanym przepisem, upewni również zamawiającego w sposobie świadczenia usługi przez wykonawców.

Zarzut nr 8 - nieprecyzyjny zakres odpowiedzialności wykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z § 4 ust. 9 umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do ponoszenia wszelkich kosztów i wydatków niezbędnych do naprawienia szkody w przypadkach zawinionych". Tak opis zakresu odpowiedzialności wykonawcy jest nieprecyzyjny, ponieważ nie wynika z niego jednoznacznie, że odpowiedzialności dotyczy wyłącznie przypadków pozostających w związku z wykonaniem usług objętych umową. Obecnie brzmienie nie jest zatem zgodne z przepisami wskazanymi w petitum odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji § 4 ust. 9 umowy poprzez jego doprecyzowanie i wskazanie, że odpowiedzialność dotyczy wyłącznie przypadków pozostających w związki z wykonaniem przez wykonawcę usług objętych umową.

Zamawiający wskazał, że żaden przepis prawa nie nakazuje formułowania odpowiedzialności w sposób wskazany przez odwołującego. Uwypuklenia wręcz wymaga, że przedstawiony zarzut jest de facto żądaniem ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy, co do której zamawiający nie wyraża zgody. Wskazać wymaga, że §4 ust. 9 umowy nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów. Wszystkie postanowienia umowy pozostają w związku z wykonaniem przez wykonawcę przedmiotu umowy. Zamawiający nie będzie mógł dochodzić kosztów i wydatków niezbędnych do naprawienia szkody w przypadkach innych niż pozostające w związku z wykonaniem przez wykonawcę usług objętych umową, gdyż tylko taki stosunek prawny łączy zamawiającego i wykonawcę. Brzmienie aktualnych postanowień nie daje podstaw do tego, aby dochodzić odpowiedzialności z tytułu szkód

dotyczących usług innych niż te objęte umową. Zobowiązanie wykonawcy w tym brzmieniu jest wystarczająco precyzyjne i jednoznaczne.

Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Podzielając stanowisko zamawiającego, w ocenie Izby oczywistym jest, że postanowienia umowne dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia wiążą strony tej umowy tylko i wyłącznie w zakresie realizacji zawartej między stronami umowy. Dlatego też żądania odwołującego

w tym zakresie są niezasadne.

Zarzut nr 9 - nierealny termin na stawiennictwo koordynatora wykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z § 5 ust. 1 umowy „Zamawiający zastrzega sobie prawo do prowadzenia kontroli sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia. Osoba nadzorująca wykonanie umowy ze strony Wykonawcy zobowiązana jest do stawienia się na wezwanie Zamawiającego niezwłocznie nie dłużej jednak niż w ciągu 3 godzin od telefonicznego powiadomienia w celu przeprowadzenia kontroli w tym również realizacji zgłoszonych reklamacji". Postanowienie to przewiduje wymaganie nadmiernie restrykcyjne i obiektywnie

niemożliwe do spełnienia, ponieważ termin 3 godzin jest w sposób oczywisty terminem zbyt krótkim od telefonicznego powiadomienia. Wykonawca nie jest zobowiązany do pozostawania do dyspozycji zamawiającego przez 24 h/ 7 dni w tygodniu, a wezwanie może mieć miejsce po godzinach pracy wykonawcy lub w dniu niebędącym dniem roboczym. Ponadto przewidziana jest procedura reklamacyjna, z której zamawiający może skorzystać. Obecne brzmienie wymagania narusza przepisy wskazane w petitum odwołania,

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany § 5 ust. 1 umowy poprzez

wykreślenie 3 godzin i wskazanie, że obowiązek stawiennictwa osoby nadzorującej dotyczy najpóźniej kolejnego dnia roboczego, ewentualnie dopuszczenie, aby w imieniu wykonawcy

stawić się mogła inna osoba oraz wydłużenie terminu na stawiennictwo do co najmniej do 5

godzin.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący błędnie utożsamia kontrolę sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia z procedurą reklamacyjną. Zamawiający ma prawo skontrolować sposób wykonywania usługi m.in. w zakresie wskazanym w §5 ust. 2 umowy tj. czy osoby lub podmioty wykonujące poszczególne czynności w ramach realizacji zamówienia posiadają wymagane prawem kompetencje, uprawnienia lub zezwolenia do wykonywania tych czynności. Procedura reklamacyjna dotyczy nieodebrania (pominięcia) odpadów przeznaczonych do odebrania w danym dniu, natomiast procedura kontroli sposobu wykonania usługi w zakresie zgodność z wymogami umownymi. Jak wskazano w §5 ust. 1 kontrola może także dotyczyć realizacji zgłoszonych reklamacji, a więc sprawdzenia prawidłowości jej wykonania, która to jest czynnością następczą po procedurze reklamacyjnej.

Idąc dalej wskazać należy, iż kontrola może zostać wszczęta tylko w chwili świadczenia usługi, a więc w godzinach, w których pracownicy wykonawcy fizycznie wykonują usługę. Niewłaściwym jest zatem wniosek odwołującego, iż wezwanie może zostać skierowane w dniu niebędącym dniem roboczym. Odwołujący wskazał także, że zamawiający powinien dopuścić, aby w imieniu wykonawcy mogła się stawić inna osoba. Żądanie to jest bezpodstawne, gdyż to wykonawca deleguje zadania swoim przedstawicielom, a zamawiający nie ogranicza go

w żaden sposób. Zamawiający wymaga, aby stawiła się osoba nadzorująca wykonanie umowy - wykonawca może oddelegować dowolną wybraną przez siebie osobę. W odmiennym wypadku, strony narażają się na zarzut, że w czynnościach bierze niewłaściwie umocowana osoba. Natomiast ustalenie konkretnego grona osób daje niejako gwarancję reprezentacji. Jest to przyjęta praktyka wśród wielu kontrahentów, o czym odwołujący jako profesjonalny podmiot, powinien doskonale wiedzieć.

Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Podzielając stanowisko zamawiającego, Izba wskazuje, że organizacja pracy wykonawcy determinuje prawidłową realizację umowy. Skoro tak, to po stronie wykonawcy spoczywa obowiązek ustalenia i wydelegowania odpowiedniej osoby lub osób (w tym zastępujących) do realizacji zadań powierzonych przez zamawiającego.

Zarzut nr 10 - zwiększenie wynagrodzenia.

W § 13 ust. 3 umowy zamawiający przewidział: „W przypadku wyczerpania kwoty wynagrodzenia umownego wykonawcy określonego w §6 ust. 2 Umowy przed upływem terminu określonego w §8 Umowy, Zamawiający może zwiększyć wynagrodzenie umowne wykonawcy zabezpieczając realizację usługi do dnia 31.12.2023 r.”.

Z powyższego wynika, że zamawiający zwiększenie kwoty będzie regulował następczo, po tym jak ulegnie one już wyczerpaniu. Zamawiający nie przewidział jednak w sposób

jednoznaczny, że jeżeli w przypadku wyczerpania kwoty wynagrodzenia umownego wykonawca zrealizował usługi, to zamawiający dokona ich rozliczenia na zasadach przewidzianych w umowie, niezależnie od tego, czy zamawiający zwiększy kwotę wynagrodzenia, czy nie. Należy zwrócić uwagę, że specyfika usług odbioru i zagospodarowania odpadów jest taka, że przewidzenie dokładnej ilości odbieranych odpadów jest obiektywie niemożliwe. Może zatem się okazać, że wyczerpanie kwoty wynagrodzenia nastąpi w trakcie świadczenia usług lub w zakresie usług, które nie zostały jeszcze rozliczone. Oczywistym jest, że wykonawca nie jest zobowiązany do świadczenia usługi nieodpłatnie, a zaistniała sytuacja nie jest przez niego zawiniona, ponieważ to nie wykonawca decyduje o ilości odbieranych odpadów. Ponadto zamawiający nie uregulował trybu, w jaki dokona ww. zwiększenia kwoty, w tym, kiedy przekaże wykonawcy informację o wyczerpywaniu się kwoty. Zamawiający nie przewidział także w sposób jednoznaczny, że po wyczerpaniu kwoty wynagrodzenia umownego, o ile nie nastąpiło jej zwiększenie, wykonawca nie jest zobowiązany do świadczenia usługi, z zastrzeżeniem rozliczenia już wykonanej. Choć kwestia wydaje się oczywista, konieczne jest jednoznaczne jej uregulowanie w umowie. Brak takich regulacji stanowi naruszenie wskazanych w petitum przepisów Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji § 13 ust. 3 umowy poprzez uregulowanie procedury informowania o wyczerpywaniu się kwoty wynagrodzenia umownego, rozliczenia usług wykonanych przez wykonawcę po wyczerpaniu wynagrodzenia umownego, procedurę zwiększenia wynagrodzenia, co powinno mieć miejsce przed jego wyczerpaniem, jak również brak obowiązku realizacji usług po wyczerpaniu wynagrodzenia umownego, gdy nie nastąpi jego zwiększenie.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z §6 ust. 1 umowy wykonawcy należne jest wynagrodzenia za każdą odebraną i zagospodarowaną tonę odpadów. Dodatkowo zamawiający przewidział możliwość zwiększenia maksymalnej wartości wynagrodzenia określonego w ust. 2 zabezpieczając się na ewentualność przekroczenia wskazanej wartości. Niezasadne są zatem obawy odwołującego, iż zamawiający nie wypłaci wynagrodzenia za faktycznie wykonaną usługę, gdyż postanowienia umowy zobowiązują zamawiającego do wypłaty wynagrodzenia za każdą tonę. Zauważył to sam odwołujący wskazując „oczywistym jest, że wykonawca nie jest zobowiązany do świadczenia usługi nieodpłatnie”. Oczywiste okoliczności nie wymagają zatem doprecyzowania. Odwołujący twierdzi także, iż zamawiający nie uregulował trybu, w jakim dokona zwiększenia kwoty. Kwestia ta została uregulowana

w § 13 ust. 3 i ust. 13 umowy, zgodnie z którymi zwiększenie nastąpi w drodze pisemnego aneksu do umowy w granicach unormowania Działu VII rozdz. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Strony umowy zobowiązane są współdziałać przy wykonania umowy.

Wykonawca jako podmiot wystawiający faktury i realizujący przedmiot umowy jest także pierwszym, który ma wiedzę o ilości odebranych odpadów w danym okresie rozliczeniowym. Oczekiwanie, że to zamawiający poinformuje wykonawcę o wyczerpaniu kwoty umowy jest zbyt daleko idące, gdyż wartość umowy będzie wykonawcy znana tak samo dobrze jak zamawiającemu. Oczekiwanie, że zamawiający poinformuje wykonawcę o faktach mu znanych nie ma uzasadnienia. Wykonawca realizuje usługę i nie ulega wątpliwości, że jest świadom zarówno treści Umowy jak i wartości wykonanych przez siebie usług. Wykonawca powinien być świadomy, ile zarobił na kontrakcie i ile środków do wykorzystania jeszcze pozostało. Wykonawca jest również stroną Umowy, zatem ma prosty sposób weryfikacji pozostałej kwoty wynagrodzenia. Odwołujący informuje dalej, iż brak jest wskazania jednoznacznie, że po wyczerpaniu kwoty wynagrodzenia umownego wykonawca nie jest zobowiązany do świadczenia usługi. Termin obowiązywania umowy określono od 1 stycznia 2023 r. do dnia 31 grudnia 2023 r. lub do wcześniejszego wyczerpania wynagrodzenia umownego. Jest to jednoznaczne określenie, że wykonawca nie jest zobowiązany do świadczenia usługi. Chyba, że zostanie zwiększona kwota wynagrodzenia (o czym szerzej było w odpowiedzi na zarzut nr 9). Są to nie budzące żadnych wątpliwości okoliczności. Co więcej, tak formułowane zapisy są przyjętą praktyką w zakresie szeroko pojętych zamówień publicznych. Bowiem taki stan rzeczy daje pole do pilnowania realizacji kontaktu przez obie strony. A jak łatwo zaobserwować, ostatnie lata wymuszają na niemalże każdym podmiocie

gwałtowne zmiany nawet z miesiąca na miesiąc.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo przewidział sposób regulowania wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy wynagrodzenie należne jest wykonawcy za każdą odebraną i zagospodarowaną tonę odpadów. Wykonawca w trakcie realizacji umowy będzie miał pełną wiedzę o etapie realizacji umowy, zarówno pod kątek ilościowym jak i wartościowym i nic nie stoi na przeszkodzie, aby informował zamawiającego o możliwym, przewidywanym wyczerpaniu przedmiotu umowy. Nadto wskazać należy, iż wynagrodzenie wykonawcy nie jest zagrożone z uwagi na powszechnie obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego dotyczące obowiązku zapłaty za wykonane świadczenie.

Zarzut nr 11 - przesłanki odstąpienia.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w § 14 ust. 1 umowy przewidział: „1. Zamawiający

może odstąpić od umowy, gdy:

1) poweźmie wiadomość o zaistnieniu przesłanek uzasadniających postawienie Wykonawcy w stan upadłości lub likwidacji,

2) został wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy o wartości co najmniej 10 000 zł,

3) Wykonawca stracił uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności".

Z kolei w § 14 ust. 2 pkt 3 i 4 umowy:

„2) zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez 3 kolejne dni kalendarzowe poprzez brak odbioru odpadów z co najmniej 5 % nieruchomości,

3) pomimo uprzednich pisemnych, dwukrotnych zastrzeżeń (w ciągu 1 kwartału) ze strony Zamawiającego nie wykonuje prac zgodnie z umową lub w rażący sposób zaniedbuje zobowiązania umowne,

4) dopuszcza się nieuzasadnionego opóźnienia w realizacji usług przekraczającego 3 dni kalendarzowe".

Tak określone przesłanki odstąpienia od umowy są niedookreślone oraz nadmierne i przewidują skutek nieproporcjonalny i oderwany od ryzyka niewykonywania lub

nienależytego wykonania umowy. Przesłanka z § 14 ust. 1 nr 1 i 3 umożliwia arbitralną decyzję po stronie zamawiającego pozostającą bez związku z ryzykami dla należytego wykonania umowy. Zamawiający nie przewidział nawet fakultatywnej podstawy wykluczenia

z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp, a kwestionowane postanowienie umowy przewiduje skutki dalsze

niż ww. przepis. Nie jest też wiadome, co należy rozumieć przez określenie „poweźmie wiadomość o zaistnieniu przesłanek uzasadniających postawienie Wykonawcy w stan upadłości lub likwidacji". Może to oznaczać, że zamawiający poweźmie wiedzę o niezasadnym wniosku w zakresie ogłoszenia upadłości i uzna, że jest to okoliczność wystarczająca do odstąpienia od umowy. Z kolei
w zakresie likwidacji to nawet wszczęcie likwidacji nie oznacza zakończenia bytu prawnego podmiotu przed zakończeniem trwających umów. Zajęcie majątku o wartości 10 000 zł jest kwotą nieproporcjonalnie małą w porównaniu choćby do wartości niniejszego zamówienia. Zajęcie może dotyczyć także zabezpieczenia, należności spornych itp. Niezrozumiałe zatem jest, dlaczego miałoby to skutkować prawem zamawiającego do odstąpienia od umowy, dla

której wykonania takie zajęcie jest irrelewantne. W przesłance 3 pominięto, że chodzi o uprawienia niezbędne do realizacji zamówienia, bez których umowa z wykonawcą nie może być kontynuowana oraz że utrata musi być zawiniona przez wykonawcę. Z kolei w odniesieniu do przypadków z § 14 ust. 2 pkt 2, 3 i 4 umowy przesłanki przewidują skutek

nieproporcjonalny do uchybień, a pkt 4 także niejednoznaczny, umożliwiający całkowicie arbitralną decyzję zamawiającego o zakończeniu umowy w błahych przypadkach. Z kolei w pkt 2 brak wskazania na okoliczności zawinione przez wykonawcę. Zamawiający posługuje się też krótkimi terminami określonymi w dniach kalendarzowych a nie roboczych, co bezzasadnie skraca terminy skutkujące możliwością odstąpienia od umowy, pomimo że ich niedotrzymanie nie niesie żadnego niekorzystnego skutku dla zamawiającego

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji § 14 ust. 1 umowy poprzez jego wykreślenie, ewentualnie pozostawienie tylko przesłanki zawinionej utraty przez wykonawcę uprawnień niezbędnych do wykonywania umowy, zaś w przypadku § 14 ust. 2 wykreślenie wskazanych tam przypadków, ewentualnie ich dookreślenie przez wskazanie, że naruszenia, których dotyczą odnosi się do istotnej ich części i istotnych naruszeń oraz tych, które są zawinione przez wykonawcę i od niego zależne:

„2) zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez 3 kolejne dni robocze poprzez zawiniony przez Wykonawcę i z przyczyn od niego zależnych brak odbioru odpadów z co najmniej 5 % nieruchomości,

3) pomimo uprzednich pisemnych, dziesięciokrotnych uzasadnionych zastrzeżeń (w ciągu I kwartału) ze strony Zamawiającego nie wykonuje prac zgodnie z umową lub w rażący sposób zaniedbuje zobowiązania umowne, przy czym zakres zastrzeżeń dotyczy co najmniej 10% usług realizowanych w danym kwartale,

4) dopuszcza się zwłoki w realizacji usług przekraczającego 3 dni robocze, przy czym zakres zwłoki dotyczy co najmniej 10% usług realizowanych w danym kwartale".

Zdaniem zamawiającego, przesłanki z §14 ust. 1 pkt 1 i 3 wbrew twierdzeniem odwołującego nie pozostają bez związku dla należytego wykonania umowy. W szczególności przesłanka utraty uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności stoi w ścisłym związku z należytym wykonaniem umowy. Z chwilą utarty uprawnień wykonawca nie może realizować usług. Natychmiastowe zaprzestanie odbierania odpadów od mieszkańców jest zdecydowanie nienależytym wykonaniem umowy. W ocenie zamawiającego bez znaczenia pozostaje fakt czy utrata uprawnień jest przez wykonawcę zawiniona. Bowiem czy utracił on uprawnienia z własnej winy czy też nie, to utrata uprawnień do prowadzenia określonej działalności powoduje zaprzestanie świadczenia usługi. Nie sposób oczekiwać,

że zamawiający pozostanie w kontrakcie, z wykonawcą który nie jest zdolny do wykonywania umowy - niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy. Także postawienie w stan likwidacji lub upadłości, a nawet już wystąpienie przesłanek do postawienia takich stanów sprawia, że dalsze wykonanie umowy jest zagrożone. Poza tym nawet usunięcie wskazywanych postanowień dotyczących upadłości lub likwidacji nie usuwa takiej możliwości. Bowiem wynikają one wprost z przepisów prawa upadłościowego.

Zamawiający posługuje się krótkimi terminami, określonymi w dniach kalendarzowych z uwagi na tragiczne skutki braku realizacji przedmiotu Umowy. Zamawiający nie może pozwolić na kilkudniowe zaleganie odpadów przy nieruchomościach objętych systemem. Ma to bowiem negatywny wpływ na środowisko. Ponadto taki stan rzeczy przynosi istotne zagrożenie dla zwierząt gospodarskich, dzikich i ptactwa (choćby przez rozwój różnych bakterii i wirusów), a ponadto odór, rozwój insektów i gryzoni potencjalnie roznoszących

choroby. Odwołujący, jako podmiot funkcjonujący na rynku odpadów komunalnych z całą pewnością ma świadomość, iż zaleganie odpadów jest niedopuszczalne oraz że bez znaczenia dla skutków tego zaniedbania pozostaje fakt czy odpady zalegają w dzień roboczy czy też

w nieroboczy. Zamawiający jako organizator systemu gospodarowania odpadami zobowiązany jest reagować natychmiastowo i egzekwować od wykonawcy prawidłowe wykonanie Umowy. Odwołujący nie może oczekiwać, że zamawiający będzie tolerował nienależyte wykonanie Umowy. W szczególności niedopuszczalnym jest, aby wykonawca zakładał nawet dziesięciokrotne uzasadnione zastrzeżenia w ciągu kwartału. Zamawiający jest bowiem w pełni uprawniony do dochodzenia należytego wykonania świadczenia. Natomiast wykonawcy nie przysługuje prawo do nienależytego wykonania umowy - w szczególności żądania przyznania mu prawa do nawet 40 zaniedbań w okresie obowiązywania umowy. Tym bardziej iż zamawiający nie zastrzegł prawa do odstąpienia od umowy w przypadkach błahych, nieistotnych, dotyczących pojedynczych nieruchomości. Określając poziom 5% nieruchomości zamawiający dopuścił pewną granicę błędu, ponieważ jest to aż 80 nieruchomości - zamieszkałych w większości przez kilkuosobowe rodziny. W wyliczeniu tym ujęto także zabudowę wielorodzinną. Przyjąć więc należy, iż przesłanka odstąpienia od umowy ziszcza się przy stosunkowo dużej ilości zalegających śmieci (przyjęcie nawet minimalnie po 1 worku odpadów na nieruchomość daje 80 worków zalegających odpadów, a więc nie jest to błaha,
a znaczna ilość). Zamawiający przyjął także termin 3-dniowy, gdyż w jego ocenie jest to maksymalny czas zalegania śmieci jaki zamawiający może tolerować nie odstępując od umowy (wyłaniając innego wykonawcę, który wykona umowę należycie). Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane

z prowadzeniem działalności gospodarczej. Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy pod rygorem odstąpienia od umowy. Określenie przesłanek odstąpienia od umowy w taki, a nie inny sposób jest uzasadnione skalą świadczenia usługi i jej specyfiką. O czym oczywiście odwołujący ma świadomość jako profesjonalny podmiot w branży. Poza tym argumentacja, że „Zamawiający poweźmie

wiedzę o niezasadnym wniosku w zakresie ogłoszenia upadłości i uzna, że jest to okoliczność wystarczająca do odstąpienia od umowy" jest oczywiście irracjonalna. Bowiem oczywistym jest, że dla skuteczności ewentualnego odstąpienia należy najpierw upewnić się co do stanu rzeczy, zanim podejmie się działania. W przeciwnym wypadku naraża się na bezskuteczność swoich działań, a co za tym idzie do odpowiedzialności za nienależyte działanie lub zaniechanie. Dlatego uprawnienia wykonawcy nie zostaną w żaden sposób narażone, bowiem chronią go przepisy prawa.

Izba uznała zarzut za zasadny. Izba w całości podziela argumentację odwołującego.

W ocenie Izby, zamawiający w sposób nader ogólny i nieprawidłowy uwzględnił w projekcie umowy przesłanki odstąpienia, które są nieadekwatne do faktycznego statusu wykonawcy.

W zakresie omawianego zarzutu konieczne jest zatem sformułowanie przez zamawiającego takich postanowień stanowiących przesłanki odstąpienia, które faktycznie, w przypadku ich nie zastosowania, mogą prowadzić do zagrożenia realizowania przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wydaje się, że żądanie odwołującego w treści wyszczególnionej w odwołaniu wypełniać będzie zasadę równowagi stron.

Zarzut nr 12 - brak dodatkowego terminu poprzedzającego odstąpienie.

Zarzut nr 13 - wadliwa regulacja wykonania zastępczego.

Odwołujący wskazał, iż w § 14 ust. 2 zamawiający przewidział przesłanki odstąpienia od umowy. Z kolei w § 14 ust. 3 umowy wskazał na termin dokonania odstąpienia. Zamawiający nie uregulował jednak sytuacji, że dla zachowania równowagi stron odstąpienie może być dokonane dopiero po wezwaniu wykonawcy do należytego wykonywania umowy i usunięcia naruszeń oraz wyznaczenia dodatkowego terminu nie krótszego niż 3 dni robocze i jego bezskutecznym upływie. Obecne brzmienie umowy narusza zatem przywołane w petitum odwołania przepisy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dodania w § 14 umowy, że oświadczenie o odstąpieniu może być złożone dopiero po pisemnym wezwaniu wykonawcy do należytego wykonywania umowy i usunięcia naruszeń oraz wyznaczenia dodatkowego terminu nie krótszego niż 3 dni robocze i jego bezskutecznym upływie.

W § 14 ust. 4 umowy zamawiający przewidział wykonanie zastępcze: „W przypadkach wymienionych w ust. 1 i 2 Zamawiający po pisemnym zawiadomieniu Wykonawcy może przejąć prowadzenie dalszych prac lub powierzyć je innemu Wykonawcy, bez upoważnienia sądowego do wykonania zastępczego i nie zwalniając Wykonawcy od odpowiedzialności wynikającej z umowy". Zamawiający pominął jednak, że skutek w postaci wykonania zastępczego powinien być poprzedzony wezwaniem do należytego wykonywania umowy i wyznaczeniem dodatkowego terminu nie krótszego niż 3 dni. Wykonawca może bowiem nawet nie wiedzieć, że zamawiający uznaje, że narusza on umowę w taki sposób, który zamawiający uznaje za mieszczący się w przypadkach wskazanych jako podstawa do wykonania zastępczego. Skutek w postaci wykonania zastępczego jest tak daleko idący, że zasady lojalności kontraktowej i równowagi stron wymagają dokonania uprzedniego wezwania do usunięcia naruszeń. Ponadto w umowie nie określono, że w przypadku wykonania zastępczego odpowiedzialność wykonawcy nie może przekraczać przeciętych rynkowych kosztów wykonania usługi.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji § 14 ust. 4 poprzez przewidzenie, że pisemne zawiadomienie wykonawcy o wykonaniu zastępczym może mieć miejsce dopiero po pisemnym wyznaczeniu dodatkowego terminu na usunięcie naruszeń nie krótszego niż 3 dni robocze oraz jego bezskutecznym upływie, np.: „W przypadkach wymienionych w ust. 1 i 2 Zamawiający po pisemnym zawiadomieniu Wykonawcy może przejąć prowadzenie dalszych prac lub powierzyć je innemu Wykonawcy, bez upoważnienia sądowego do wykonania zastępczego i nie zwalniając Wykonawcy od odpowiedzialności wynikającej z umowy po pisemnym wyznaczeniu Wykonawcy dodatkowego terminu na usunięcie naruszeń nie krótszego niż 3 dni robocze oraz jego bezskutecznym upływie. Odpowiedzialność Wykonawcy nie może przekraczać przeciętych rynkowych kosztów

wykonania usługi”.

Zamawiający wskazał, iż nie istnieje przepis prawa, który ograniczałby możliwość zamawiającego do określania przesłanek odstąpienia od umowy ani terminów takiego działania. Bezpodstawnym jest żądanie wykonawcy o wprowadzeniu obowiązku uprzedniego wezwania do zaprzestania naruszeń, gdyż do niektórych uchybień nie ma możliwości skutecznego wezwania do zaprzestania nienależytego działania. W przypadku zachowania

procedury wzywania do zaniechania, zanim dokona się odstąpienia, całość może trwać nawet 1-2 tygodnie. Taki długi czas może spowodować nieodwracalne skutki - zarówno straty ekologiczne, czy też związane z prawidłową realizacją Umowy. Oczywiście najbardziej ucierpi na tym zamawiający, ale również mieszkańcy Gminy. Co więcej, zapisy Umowy nie

dają możliwości odstąpienia od Umowy w przypadkach błahych. Wbrew twierdzeniom odwołującego wskazane zapisy umowy mieszczą się w granicach swobody umów i nie naruszają zasad współżycia społecznego. Umowa może zawierać postanowienia, które mają ukierunkowywać wykonawcę do realnego wykonywania zobowiązania zgodnie z zasadą pacta sunt servanda. Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, a także obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany (KIO 2696/21 z dnia 19 października 2021 r.). Zamawiający ma prawo oczekiwać, iż wykonawca działając jako profesjonalista będzie bezwzględnie przestrzegał umowy. Nie ma więc podstawy prawnej do żądania wystosowanego przez odwołującego. Ponadto rygor zawarty w umowie ma charakter niejako dyscyplinujący wykonawcę do należytego wykonywania Umowy. Co jest oczywiście

zasadnym czynnikiem, jaki wymaga się od kontrahenta a już zwłaszcza w takim przedmiocie

umowy.

Jedynie na marginesie zauważyć należy, iż obiektywnie roszczenia odwołującego także nie są uzasadnione. Zamawiający w §14 ust. 3 umowy nie wskazał konieczności wezwania wykonawcy do należytego wykonania umowy, gdyż kwestia ta nie jest jednakowa dla każdej z przesłanek określonych w § 14 ust. 2 Umowy. Zamawiający spośród wskazanych przesłanek wyodrębnił okoliczność z pkt 3, która przewiduje pisemne dwukrotne zastrzeżenia przed odstąpieniem od umowy. Żądanie pisemnego wezwania poprzedzającego odstąpienie od umowy w przypadku pozostałych przesłanek jest nieuzasadnione z uwagi na charakter każdej z przesłanek.

Zarzut nr 13 również nie posiada charakteru zasadności. Zamawiający przewidział możliwość wykonania zastępczego mając na uwadze konieczność kontynuowania odbiorów odpadów niezależnie od przyczyn po stronie wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił już jak ważna jest ciągłość wykonywania usługi i jak tragiczne w skutkach może być zaleganie odpadów. Prawo do wykonania zastępczego zabezpiecza zarówno zamawiającego jak i mieszkańców gminy objętych systemem gospodarowania odpadami przed ryzykiem długotrwałego braku wywożenia odpadów. Oczywistym jest, że zamawiający musi zabezpieczyć się przed ewentualnymi zaniechaniami w działaniu wykonawcy. Stąd regulacja o wykonaniu zastępczym jest jak najbardziej zasadna i prawidłowa. Odwołujący twierdzi, iż wykonawca może nawet nie wiedzieć, że zamawiający uznaje, że narusza on umowę, podczas gdy przepis wskazuje,

iż zlecenie wykonania zastępczego nastąpi po pisemnym zawiadomieniu wykonawcy, a więc wykonawca będzie miał wiedzę o zastosowaniu zastępczego wykonania jeszcze przed jego dokonaniem.

Izba uznała zarzuty za zasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego. Zdaniem Izby, zamawiający naruszył zasadę zachowania równowagi stron, nie wprowadzając do projektu umowy rozwiązań, które dają szansę wykonawcy na prawidłowe wykonanie zobowiązań umownych. Prawidłowa realizacja umowy nie zawsze może przebiegać bezproblemowo, zwłaszcza w sytuacji, w której uzależniona jest ona od czynników, na które ani zamawiający ani wykonawca nie mają wpływu. Dlatego też koniecznym wydaje się wprowadzenie takich postanowień umownych (z odpowiednimi terminami), które umożliwią wykonawcy poprawienie jakości świadczonej usługi, ewentualne wyjaśnienie zaistniałych zdarzeń. Automatyczne odstąpienie zamawiającego od umowy, bez dania szansy wykonawcy na wyjaśnienie zaistniałych okoliczności narusza równowagę stron, z negatywnymi konsekwencjami po stronie wykonawcy.

Zarzut nr 14 - brak waloryzacji ustawowej przewidzianej w art. 436 pkt 4 lit b ustawy Pzp.

Zarzut nr 15 - brak waloryzacji uregulowanej w art. 439 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający nie przewidział w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia, pomimo że umowa zawierana jest na okres dłuższy niż 12 miesięcy i zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b) PZP zawarcie w umowie obejmującej usługi jest obligatoryjne. Brak

w tym zakresie stanowi naruszenie art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uzupełnienia umowy o zasady waloryzacji, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) PZP poprzez wskazanie szczegółowych zasad

i warunków dokonania zmiany wynagrodzenia i cen jednostkowych w przypadku przewidzianym w art. 436 pkt 4 Pzp, np. dodanie § 13 ust. 14 pkt 1-4 umowy.

(15) Zamawiający nie zawarł w umowie zasad waloryzacji, o których mowa w art. 439 Pzp, pomimo że umowa będzie zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy, co nakłada na zamawiającego taki obowiązek. Zamawiający winien także uwzględnić jeden z najistotniejszych czynników wpływających na koszt realizacji zamówienia, tj. ceny paliwa. Należy wskazać, że waloryzacja związana ze wzrostem cen paliwa powinna zostać przewidziana w dokumentacji zamówienia jako najbardziej adekwatna do stanu faktycznego sprawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji umowy poprzez dodanie zasad waloryzacji, o których mowa w art. 439 PZP oraz uwzględnienie waloryzacji związanej z cenami paliwa, np. przez dodanie § 13 ust.14 pkt 5 i 6 umowy w zakresie wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia i waloryzacji cen jednostkowych, przewidzenie terminów waloryzacji i możliwości jej wielokrotnego stosowania, jak również wprowadzenie procedury przeprowadzenia waloryzacji oraz uwzględnienie waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w zakresie kosztów paliwa.

Zdaniem zamawiającego, zarzut nr 14 dot. waloryzacji ustawowej przewidzianej w art. 436 pkt. 4 lit. b pzp jest oczywiście chybiony, bowiem ustawa wyraźnie wskazuje, że dotyczy to umów zawieranych na okres przekraczający 12 miesięcy. Natomiast Umowa ma zostać zawarta na okres od 01.01.2023 r. do 31.12.2023 r. lub do wyczerpania wartości wynagrodzenia umownego. Okres obowiązywania umowy nie przekracza 12 miesięcy, wobec czego ww. przepisów nie stosuje się. Zatem nie ma mowy o wypełnieniu dyspozycji przytoczonego przepisu. Skutkuje to oczywistym stwierdzeniem, że omawiany zarzut jest całkowicie bezpodstawny i nieuzasadniony, co powoduje, że powinien zostać oddalony w całości.

Podobnie jak w przypadku zarzutu nr 14, zarzut nr 15 jest również chybiony. Zgodnie z dyspozycją art. 439 pzp, waloryzacja ta dotyczy umów zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy. Natomiast Umowa ma zostać zawarta na okres od 01.01.2023 r. do 31.12.2023 r. lub do wyczerpania wartości wynagrodzenia umownego. Okres obowiązywania umowy nie przekracza 12 miesięcy, wobec czego przepisów nie stosuje się. Zatem nie ma o wypełnieniu dyspozycji przytoczonego przepisu. Skutkuje to oczywistym stwierdzeniem, że omawiany zarzut, podobnie jak zarzut nr 14, jest całkowicie bezpodstawny. Poza tym łatwo zaobserwować z proponowanych modyfikacji zapisów umowy, że odwołujący chce „wpleść" warunki waloryzacji niemalże zaraz po zawarciu umowy. Może to doprowadzić do sytuacji, że któryś z wykonawców złoży ofertę „po kosztach", aby już po 3 miesiącach żądać zwiększenia swojego wynagrodzenia tak, aby zacząć zarabiać. Szczególnie, że warunek „inflacyjny" w obecnym stanie rzeczy z góry jest spełniony (odwołujący oczekuje progu 5% inflacji). Byłoby to oczywiście sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, jak i uczciwej konkurencji. Zatem uwzględnienie żądań Odwołującego może wywołać negatywne skutki już po zawarciu kontaktu.

Izba uznała zarzuty za bezzasadne. Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego.

Wskazać należy, że przedmiotem umowy jest świadczeni usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych. Oznacza to, że przedmiot umowy, jego realizacja jest stricte powiązana z tym zakresem. Zamawiający przewidział, że usługa ta ma być wykonywana przez okres 12 miesięcy (1 rok). Okoliczność, iż sama umowa ma być podpisana wcześniej, a w ramach czynności przygotowawczych konieczne będzie ustalenie harmonogramu i innego tego typu czynności nie oznacza jednak, że mamy do czynienia ze świadczeniem właściwym, za które wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenia. Zdaniem Izby tylko w tym przypadku możemy mówić o realizacji zamówienia i ewentualnych zasadach waloryzacji umowy. Za czynności przygotowawcze wykonawca nie będzie otrzymywał dodatkowego wynagrodzenia.

Zarzut nr 16 został uwzględniony przez zamawiającego.

Zarzut nr 17 - odstąpienie od umowy przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w § 15 uregulował odstąpienie od umowy przez wykonawcę:

„1. Wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli w sposób zawiniony Zamawiający nie wykonuje umowy, w szczególności, gdy zawiadamia Wykonawcę, że w wyniku nieprzewidzianych okoliczności nie będzie mógł pokryć zobowiązania.

2. Odstąpienie od umowy należy uzasadnić pisemnie. Jest ono dopiero wtedy skuteczne, jeżeli Wykonawca wyznaczył Zamawiającemu 14 dniowy termin do wypełnienia postanowień umowy i poinformował go, że po bezskutecznym upływie tego terminu odstąpi od umowy.

3. Oświadczenie o odstąpieniu Wykonawca może złożyć w terminie do 60 dni od dnia powstania przyczyny uzasadniającej odstąpienie od umowy".

Przesłanką odstąpienia jest zatem m.in. okoliczność, gdy zamawiający w sposób

zawiniony nie wykonuje umowy. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zobowiązania zamawiającego jest przede wszystkim zapłata wynagrodzenia, bez znaczenia jest przyczyna braku zapłaty za wykonane usługi. Zamawiający nie ma także prawa ograniczać czasowo prawa do wykonania odstąpienia od umowy, ponieważ wskazany termin może okazać się niewystarczający. Konieczna jest zatem modyfikacja regulacji odstąpienia od umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji § 15 umowy poprzez zniesienie ograniczeń w zakresie odstąpienia od umowy, np.:

„1. Wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli Zamawiający nie wykonuje umowy, w szczególności, gdy zawiadamia Wykonawcę, że nie będzie mógł pokryć zobowiązania lub też tego zobowiązania nie pokrywa niezależnie od braku zawiadomienia.

2. Odstąpienie od umowy należy uzasadnić pisemnie. Jest ono dopiero wtedy skuteczne, jeżeli Wykonawca wyznaczył Zamawiającemu 14 dniowy termin do wypełnienia postanowień umowy i poinformował go, że po bezskutecznym upływie tego terminu odstąpi od umowy.

3. Oświadczenie o odstąpieniu Wykonawca może złożyć w terminie od zawarcia umowy do 31 grudnia 2023 roku, a w przypadku przedłużenia umowy w przedłużonym terminie".

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 395 § 1. kc prawo do odstąpienia od umowy jest skutecznie zastrzeżone tylko jeżeli oznaczono termin, w którym takie prawo można wykonać. Przepis stanowi wprost, iż „Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie". Termin 60-dniowy od powstania przyczyny

uzasadniającej odstąpienie jest optymalnie długi i adekwatny do terminu określonego dla odstąpienia przez zamawiającego od (§ 14 ust. 3 umowy). Ponadto wskazać należy, że wypłata wynagrodzenia nie jest jedynym obowiązkiem zamawiającego. Bowiem w

zakresie jego zadań są także obowiązek aktualizacji wykazów nieruchomości, jak również

publikacji

i dystrybucji harmonogramów. Co więcej zwrócić należy uwagę, że zamawiający jest jednostką samorządu terytorialnego. Oznacza to, że posiada status pewnego kontrahenta (w odróżnieniu np. od przedsiębiorców, którzy mogą utracić zdolność bytową niemalże z dnia na dzień). Gmina posiada dużo większą zdolność zaspokajania roszczeń. Bowiem nawet w przypadku niewypłacalności o wiele łatwiej jest uzyskać swoje wierzytelności powołując się na Umowę. Dlatego nie istnieją żadne racjonalne przesłanki ku braku zaufania co do zabezpieczenia swoich praw przez wykonawcę. Podsumowując, zamawiający określił prawo do odstąpienia od umowy w sposób prawidłowy oraz zgodny z przepisami prawa.

Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Zamawiający w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa (art. 395 § 1 kc) uregulował kwestie odstąpienia od umowy przez wykonawcę oraz podał termin dla skuteczności złożonego odstąpienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....