Sygn. akt:KIO 1141/24

KIO 1149/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2024 roku r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Członkowie:Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 4 kwietnia 2024 roku r. przez wykonawcę **Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1141/24)**,**

B.w dniu 4 kwietnia 2024 roku r. przez wykonawcę **PreZero Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1149/24),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie**

przy udziale uczestników po stronie **odwołującego** w postępowaniu o sygn. akt: **KIO 1141/24:**

1) W.B.,

2) J.Z.,

3) PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie,

4) PreZero Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

przy udziale uczestnika po stronie **zamawiającego** w postępowaniu o sygn. akt: **KIO 1141/24: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;**

przy udziale uczestników po stronie **odwołującego** w postępowaniu o sygn. akt: **KIO 1149/24:**

1) W.B.,

2) J.Z.,

3) PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie,

4) Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

przy udziale uczestnika po stronie **zamawiającego** w postępowaniu o sygn. akt: **KIO 1149/24: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;**

orzeka:

Sygn. KIO 1141/24

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm. – K.c.) w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm. – ustawa P.z.p.) poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający, w § 8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy, przewidział karę umowną za każdy przypadek uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 5 wzoru umowy, w wysokości 10 000 zł;
2. oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od wykonawcy **Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Miasta Stołecznego Warszawy w Warszawie** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. KIO 1149/24

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. i art. 353^1 w zw. z art. 12 i 13 oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 i 2 K.c. , poprzez ustanowienie w § 8 ust. 3 ppkt 37 Umowy kary umownej za każdy przypadek uniemożliwienia lub utrudniania przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 5 Umowy, w tym do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania zamawiającego;

2. oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PreZero Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PreZero Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od wykonawcy **PreZero Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**na rzecz zamawiającego – **Miasta Stołecznego Warszawy w Warszawie** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

…….....

……

……

Sygn. akt: KIO 1141/24

KIO 1149/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w dzielnicach Białołęka, Targówek, Mokotów, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola m.st. Warszawy (Zadania nr 2, 3, 4, 7 i 9).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2024 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

Sygn. akt: KIO 1141/24

W dniu 4 kwietnia 2024 roku r. wykonawca Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej odwołujący Remondis) wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący Remondis zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 239 w zw. z art. 242 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przez zamawiającego kryterium oceny ofert kryterium elektromobilności K_E (waga 15%, maksymalnie 15 punktów) w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego i jednocześnie faworyzujący jednego z wykonawców;

2.art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający:

a)przewidział, że masa odebranych odpadów komunalnych określana jest na podstawie wskazań systemów

pomiarowych zainstalowanych na pojazdach wykonawcy (§ 49 ust. 2 OPZ oraz § 1 pkt 2 wzoru umowy), bez jednoczesnego wskazania jak zostaną rozliczone odpady odebrane przez wykonawcę, których waga nie przekracza minimalnej podziałki legalizacyjnej wagi;

b)przewidział, że w ramach czynności kontrolnych może stosować wszelkie sposoby i metody kontroli realizacji umowy adekwatne do rodzaju kontrolowanego obowiązku, w tym ma prawo do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania, bez jednoczesnego doprecyzowania, w jaki każdy sposób, w jakich okolicznościach i w jakim miejscach zamawiający będzie mógł wykonywać dokumentację filmową lub dźwiękową (§ 5 ust. 1 wzoru umowy);

c)przewidział możliwość poinformowania wykonawcy lub również podwykonawców o przeprowadzeniu kontroli wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej lub uzyskania dostępu do pojazdów najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli (§5 ust. 4 wzoru umowy);

d)w § 8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy, przewidział nieuzasadnioną i rażąco wygórowaną karę umowną za każdy przypadek uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 5 wzoru umowy w wysokości aż 10 000 zł;

e)w § 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił przesłankę uprawniającą go do wypowiedzenia umowy, gdyż nie określił wystąpienie, jakich okoliczności zostanie przez niego uznane za utratę zdolności do realizacji umowy, co może skutkować arbitralnym zastosowaniem tej przesłanki na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Remondis wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ, OPZ i wzoru umowy poprzez:

1.usunięcie kryterium oceny ofert kryterium elektromobilności K_E (waga 15%, maksymalnie 15 punktów) ewentualnie jego zmodyfikowanie poprzez obniżenie deklarowanego przez wykonawcę w ofercie wysokości poziomu, na jakim zobowiązuje się wykorzystywać do realizacji zamówienia w zakresie odbioru odpadów pojazdy spełniające wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych tj. pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym z „co najmniej 60 %" na „co najmniej 40%" dla wszystkich zadań oraz wprowadzenie takiego samego deklarowanego poziomu % i przyznawanej liczby punktów dla wszystkich zadań (w tym dla Zadania nr 7);

2.w zakresie wzoru umowy:

a)wskazanie w OPZ i wzorze umowy, że w przypadku wystąpienia w trakcie pomiarów masy odpadów należących do frakcji „bio", „papier" i „metale i tworzywa sztuczne" odbieranych w workach przez pojazdy bezpylne, masy poniżej zakresu udokumentowanej legalizacji wagi, tj. obciążenia minimalnego zamawiający dopuszcza przedstawienie przez wykonawcę kwitu wagowego, a zamawiający na etapie weryfikacji będzie uznawał masę wskazaną przez system wagowy, do wysokości masy wskazanej w przekazanym kwicie wagowym;

b)wykreślenie z § 5 ust. 1 zdania 2 wzoru umowy uprawnienia zamawiającego do wykonywania dokumentacji filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania;

z)wskazanie, w § 5 ust. 4 wzoru umowy, że Zamawiający będzie informował wykonawcę lub również podwykonawców o przeprowadzeniu kontroli wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej lub uzyskania dostępu do pojazdów co najmniej z 3 dniowym (dni robocze) wyprzedzeniem;

d)wykreślenie § 8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy ewentualnie obniżenie kary umownej przewidzianej w §8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy z 10 000 zł do 5 000 zł przy jednoczesnym doprecyzowaniem, jakie działania lub zaniechania wykonawcy zostaną uznane za uniemożliwienie lub utrudnienie przeprowadzenia kontroli;

e)wykreślenie §12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy.

Odwołujący Remondis podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p. interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wskazał, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i nieprecyzyjnych wymagań. Wskazał nadto, iż objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z

ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 242 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przez zamawiającego kryterium oceny ofert kryterium elektromobilności K_E (waga 15%, maksymalnie 15 punktów) w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego i jednocześnie faworyzujący jednego z wykonawców odwołujący Remondis podniósł, że zamawiający różnicuje liczbę punktów przyznawanych w zależności od zadeklarowanego poziomu wykorzystania pojazdów dla poszczególnych Zadań, argumentując to działaniami związanymi z poprawą jakości powietrza oraz uchwałą Rady m. st. Warszawy nr XCI/2974/2023 z 7 grudnia 2023 r. w sprawie ustanowienia na terenie miasta stołecznego Warszawy strefy czystego transportu (Dz. Urz. Woj. Maz. poz. 14557). Uchwała ta wyznacza granice strefy oraz reguluje, jakie pojazdy w jakich terminach mogą wjeżdżać do tej strefy. Dla pojazdów ciężarowych o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 t z silnikiem Diesla przedstawia się to następująco:

W terminie: 01.07.2024 - 31.12.2025 – przynajmniej norma emisji spalin Euro IV lub wyprodukowane nie wcześniej niż w 2005 r.

W terminie: 01.01.2026 - 31.12.2027 – przynajmniej norma emisji spalin Euro V lub wyprodukowane nie wcześniej niż w 2008 r.01.01.2028 31.12.2029 Przynajmniej norma emisji spalin Euro VI lub wyprodukowane nie wcześniej niż w 2010 r.

W terminie: 01.01.2030 - 31.12.2031 - przynajmniej norma emisji spalin Euro VI lub wyprodukowane nie wcześniej niż w 2012 r.

W terminie: 01.01.2032 – bezterminowo - przynajmniej norma emisji spalin Euro VI lub wyprodukowane nie wcześniej niż w 2012 r.

Odwołujący Remondis podniósł, że zamówienie będzie realizowane przez maksymalnie 18 miesięcy od podpisania umowy, w tym 12 miesięcy realizacji zamówienia podstawowego oraz 6 miesięcy realizacji zamówienia w ramach prawa opcji. Przy czym na dzień wszczęcia postępowania zamawiający przewiduje, że termin realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 Umowy rozpocznie się 1 sierpnia 2024 r. Stwierdził, że ukształtowanie kryterium oceny ofert w zakresie Zadania nr 7 (dzielnica Śródmieście) w taki sposób, że wykonawca może otrzymać maksymalną liczbę punktów, gdy zadeklaruje realizację przedmiotu zamówienia wyłącznie pojazdami elektrycznymi lub napędzanymi gazem ziemnym, znacznie wykracza poza wymagania wynikające z uchwały Rady m. st. Warszawy nr XCI/2974/2023 z 7 grudnia 2023 r., z której wynika, że w okresie w którym będzie realizowane zamówienie (1.08.2024 r. do 01.08.2025 r.) do strefy czystego transportu będą mogły wjeżdżać pojazdy ciężarowe pow. 3,5 tony diesel posiadające normę emisji spalin Euro IV lub wyprodukowane nie wcześniej niż w 2005 r., a w okresie od 01.01.2026 r. do 31.12.2027 r. normę emisji spalin Euro V lub wyprodukowane nie wcześniej niż w 2008 r. Mając na uwadze wymagania sformułowane w ramach kryterium środowiskowego oraz postanowienia uchwały Rady m. st. Warszawy nr XCI/2974/2023 z 7 grudnia 2023 r., przyznanie maksymalnej liczby punktów za zadeklarowanie przez Wykonawcę co najmniej 60% poziomu wykorzystania do realizacji zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym dla Zadań 2, 3, 4 i 9 i 100% poziomu wykorzystania dla Zadania nr 7 jest nieuzasadnione oraz preferuje wykonawcę obecnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego w zakresie Zadania 4, 7 i 9, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. 12. Dodatkowo odwołujący Remondis zauważył, że na terenie m. st. Warszawy dostępna jest tylko jedna komercyjna stacja tankowania gazu CNG, zlokalizowana na ul. Prądzyńskiego 16. W przypadku dwukrotnego zwiększenia floty pojazdów napędzanych gazem dosyć znacznie zwiększy się obciążenie tej stacji, tym bardziej że korzystają z niej też inne podmioty z sektora transportu jak np. Zakłady Autobusowe. Brak alternatywy dla tankowania gazu CNG powoduje, że w przypadku awarii stacji 60% Zadnia 2, 3, 4 i 9 nie zostanie zrealizowana, a w przypadku Zadania 7 żadne odpady nie zostaną odebrane. Zamawiający natomiast może nałożyć na Wykonawcę kary z tytułu zwłoki w odbiorze odpadów.

W zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia umownego i OPZ, zgodnie z którymi masa odebranych odpadów komunalnych określana jest na podstawie wskazań systemów pomiarowych zainstalowanych na pojazdach wykonawcy (§ 49 ust. 2 OPZ oraz § 1 pkt 2 wzoru umowy), bez jednoczesnego wskazania jak zostaną rozliczone odpady odebrane przez wykonawcę, których waga nie przekracza minimalnej podziałki legalizacyjnej wagi; odwołujący Remondis wskazał, że zamawiający w żaden sposób nie uregulował sytuacji, gdy masa odpadów segregowanych nie przekracza minimalnej podziałki legalizacyjnej wagi, która dla małych pojemników wynosi 1 kg, a dla dużych pojemników 5 kg. Powyższe powoduje w efekcie, że w sytuacji, gdy masa odebranych odpadów nie przekroczy minimalnej podziałki legalizacyjnej wagi, pomimo prawidłowego wykonania umowy w tym zakresie, wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za odebrane

odpady. Przykładowo, w przypadku odbioru odpadów 150101 (opakowania z papieru i tektury) z pojemników specjalnych 1100 l (zbiórka w systemie workowym) Wykonawca wykonał trasę np. do 300 punktów MGO, z czego dla 150 punktów masa odpadów była niższa niż 5 kg, a w pozostałych przypadkach była równa 5 kg. Raport z wagi dynamicznej zainstalowanej na pojeździe wskaże, że odebrano 0,75 Mg zaś kwit wagowy pokaże 1,5 Mg. Różnica będzie zatem wynosić 0,75 Mg odpadów za które wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia. Podobnie przy pojemnikach 110l i 240l, w przypadku których waga może być niższa niż 2 kg (min. zakres ważenia wagi dynamicznej). Taki sposób ukształtowania postanowień OPZ i wzoru umowy prowadzi do rażącego naruszenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i braku ekwiwalentności świadczeń wykonawcy i zamawiającego. W ocenie odwołującego Remondis opisany powyżej problem jest to tyle istotny, że w związku z wprowadzeniem od 1 stycznia 2025 r. systemu kaucyjnego prognozuje się, że w pierwszej kolejności ze strumienia odpadów znikną metalowe puszki, butelki PET oraz część butelek szklanych. Większość mieszkańców będzie zapewne wolał oddać puszkę lub butelkę do sklepu i odzyskać kaucję niż poddać taki odpad segregacji. W związku z powyższym, znacznie zmniejszy się waga odbieranych przez wykonawcę surowców wtórnych, a zatem sytuacje w których masa odebranych odpadów będzie niższa niż minimalne podziałka na wadze legalizacyjnej będą występowały jeszcze częściej niż dotychczas. Odwołujący Remondis zauważył, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach zamawiający dopuszczał rozliczenie na podstawie kwitów wagowych o takie rozwiązanie z powodzeniem było przesz niego stosowane. Tym bardziej niezrozumiałym jest brak przewidzenia takiego rozwiązania w obecnie prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia umownego, w którym zamawiający przewidział, że w ramach czynności kontrolnych może stosować wszelkie sposoby i metody kontroli realizacji umowy adekwatne do rodzaju kontrolowanego obowiązku, w tym ma prawo do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania, bez jednoczesnego doprecyzowania, w jaki każdy sposób, w jakich okolicznościach i w jakim miejscach zamawiający będzie mógł wykonywać dokumentację filmową lub dźwiękową (§ 5 ust. 1 wzoru umowy), odwołujący Remondis podniósł, że zamawiający we wzorze umowy w żaden sposób nie doprecyzował, w jakich okolicznościach i w jakich miejscach może wykonywać dokumentację filmową lub dźwiękową. Nie wprowadził również żadnych reguł i wymagań związanych chociażby z uzyskaniem zgody pracowników i współpracowników wykonawcy na nagrywanie filmu lub dźwięku, co może okazać się problematyczne. Odwołujący Remondis przypomniał, że zgodnie z kodeksem karnym (art. 267 § 1 i § 3 kodeksu karnego) nagrywanie osób trzecich, bez własnego uczestnictwa i bez wiedzy tych osób stanowi przestępstwo zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Poza odpowiedzialnością karną nagrywanie innych osób bez ich zgody rodzi także odpowiedzialność cywilną. Upublicznienie nagrań może skutkować naruszeniem dóbr osobistych i koniecznością zapłacenia zadośćuczynienia w sytuacji, gdy nagranie narusza prawo do prywatności, dobrego imienia, tajemnicy rozmowy, korespondencji czy w inny sposób jest dla osoby widocznej na nagraniu krzywdzące. Dodatkowo odwołujący Remondis stwierdził, że wizerunek danej osoby jest również dana osobą, co oznacza, że jego przetwarzanie (utrwalanie, publikacja, przechowywanie itp.) podlega przepisom Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO).

W zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia umownego, w którym zamawiający przewidział możliwość poinformowania wykonawcy lub również podwykonawców o przeprowadzeniu kontroli wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej lub uzyskania dostępu do pojazdów najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli (§ 5 ust. 4 wzoru umowy), odwołujący Remondis stwierdził, że teren bazy magazynowo-transportowej jest terenem specjalnym, który wymaga stosowania określonych środków bezpieczeństwa. Wykonawca nie może dopuścić, aby poruszały się po nim osoby trzecie bez odpowiedniego nadzoru czy przeszkolenia. Wykonawca i podwykonawca powinni być zatem informowani o prowadzeniu kontroli z odpowiednim wyprzedzeniem tak aby móc chociażby zapewnić obecność uprawnionych osób, które będą mogły przeszkolić przedstawicieli zamawiającego z zasad BHP i towarzyszyć im podczas dokonywania kontroli na bazie, w trakcie której może dojść do ujawnienia istotnych dla wykonawców informacji, w tym również informacji dotyczących innych podmiotów obsługiwanych przez wykonawcę w ramach prowadzonej przez niego działalności. Odwołujący Remondis poinformował, że w ramach dotychczas realizowanej umowy zdarzały się przypadki, że odwołujący był informowany o przeprowadzeniu kontroli z mniej niż godzinnym wyprzedzeniem, co uniemożliwia chociażby zapewnienie ww. osób, które realizują również inne zadania i mogą nie być dostępne w tak krótkim czasie. Wskazał, że w

W zakresie zarzutu dotyczącego treści § 8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy, gdzie zamawiający przewidział karę umowną za każdy przypadek uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 5 wzoru umowy w wysokości aż 10 000 zł, odwołujący Remondis podniósł, że zamawiający w żaden sposób nie doprecyzował, jakie działania lub zaniechania wykonawcy mogą zostać uznane za uniemożliwienie lub utrudnienie przeprowadzenia

kontroli, o której mowa w § 5 umowy, co może prowadzić do arbitralnego jego stosowania na etapie realizacji zamówienia. Nie można zatem wykluczyć, że kara zostanie nałożona na wykonawcę również w sytuacji, w której brak możliwości przeprowadzenia kontroli będzie wynikiem wystąpienia okoliczności niezawinionych przez wykonawcę i od niego niezależnych.

W zakresie zarzutu dotyczącego treści § 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, gdzie zamawiający, w ocenie odwołującego, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił przesłankę uprawniającą go do wypowiedzenia umowy, gdyż nie określił, wystąpienie jakich okoliczności zostanie przez niego uznane za utratę zdolności do realizacji umowy, co może skutkować arbitralnym zastosowaniem tej przesłanki na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, odwołujący Remondis wskazał że nie można wykluczyć, że na etapie wykonywania umowy za utratę zdolności do realizacji zamówienia uznane zostanie np. chwilowe nawet nieznaczne ograniczenie floty pojazdów dostępnych wykonawcy do realizacji zamówienia spowodowane zdarzeniami losowymi takimi jak wypadek czy awaria.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 kwietnia 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów 1 oraz 2 lit. a, b, c i e jako bezzasadnego, zaś w zakresie zarzutu pkt 2 lit. d – o umorzenie postępowania odwoławczego, ponieważ zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego, dokonał obniżenia wysokości kary umownej określonej w § 8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy do 5000 zł.

W ocenie zamawiającego niezasadny jest zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 242 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przez zamawiającego kryterium oceny ofert kryterium elektromobilności K_E (waga 15%, maksymalnie 15 punktów) w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego i jednocześnie faworyzujący jednego z wykonawców. Zamawiający stwierdził, że zarzut i żądanie dotyczy poziomu wskazanego przez zamawiającego dla uzyskania maksymalnej punktacji w kryterium, tj. 15 punktów, a nie poziomu wymaganego dla uzyskania w ogóle punktów w tym kryterium. Za zaoferowanie poziomu wskazanego przez odwołującego (40% - wyższego zaledwie o 10% od minimum wymaganego ustawą o elektromobilności) wykonawca w zadaniach 2,3,4 i 9 otrzyma 8,5 pkt w kryterium. Z kolei w zadaniu 7 już za poziom wyższy od minimalnego wymaganego ustawą o elektromobilności otrzyma 5 pkt. Zawarte w *petitum* odwołania twierdzenie, jakoby kryterium elektromobilności zostało sformułowane w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz faworyzujący jednego z wykonawców jest całkowicie chybione. Podnoszony brak proporcjonalności do uzasadnionych potrzeb zamawiającego nie został praktycznie uzasadniony, nie mówiąc o jakimkolwiek dowodzie. Odwołujący nie wskazał nawet w odwołaniu w sposób jednoznaczny, jaki poziom wykorzystania pojazdów spełniających wymagania ustawy o elektromobilności uważa za proporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Jeżeli poziom ten odczytywać z treści żądania odwołującego, to proporcjonalność poziomu 40% do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego nie została przez Odwołującego wykazana. Zdaniem zamawiającego wskazany przez odwołującego poziom jest zaniżony i nie zapewnia realizacji żadnych uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający zwrócił uwagę, że jest okolicznością bezsporną, że od 1 stycznia 2025 r. wymagany poziom wykorzystania pojazdów spełniających wymagania ustawy o elektromobilności wynosi 30%. Twierdzenia odwołującego, że proporcjonalne do uzasadnionego interesu zamawiającego jest zwiększenie udziału bezemisyjnych pojazdów zaledwie o 10% w zamian za maksymalną punktację w kryterium elektromobilności (15% - 15 dodatkowych punktów), jest nie tylko gołosłowne, ale przede wszystkim pozbawione jakiejkolwiek merytorycznej zasadności. Zmierza ono wyłącznie do uczynienia tego kryterium iluzorycznym i naraża zamawiającego na zwiększony koszt świadczenia usługi pomimo braku adekwatnego wzrostu jej poziomu jakościowego – liczba pojazdów bezemisyjnych wzrośnie w stosunku do wymagań obligatoryjnych nieznacznie. Nie jest ono adekwatne nawet do kryterium pozacenowego środowiskowego, do którego odwołał się odwołujący, gdzie możliwość uzyskania maksymalnej liczby punktów ograniczona została do sytuacji, gdy wykonawca zapewni, że będzie realizował zamówienie wyłącznie przy wykorzystaniu pojazdów premiowanych w kryterium.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego określania masy odebranych odpadów komunalnych na podstawie wskazań systemów pomiarowych zainstalowanych na pojazdach wykonawcy (§ 49 ust. 2 OPZ oraz § 1 pkt 2 wzoru umowy), bez jednoczesnego wskazania jak zostaną rozliczone odpady odebrane przez wykonawcę, których waga nie przekracza minimalnej podziałki legalizacyjnej wagi, zamawiający stwierdził, że kwity wagowe w rozumieniu załącznika nr 1 do OPZ zawierają dane sprawozdawcze potwierdzające masę odpadów zważonych na wadze najazdowej, dla wskazanego pojazdu we wskazanym dniu dla wskazanej trasy. Wskazanie w cytowanym przez odwołującego § 1 ust. 2 wzoru umowy, że masa odebranych odpadów komunalnych z MGO może zostać udokumentowana także przy użyciu legalizowanej samochodowej wagi najazdowej dotyczy tylko przypadków wskazanych w OPZ. Zarówno obecnie jak i poprzednio dotyczyło to trybu przewidzianego dla awarii oraz okresu poprzedzającego spełnienie kryterium technologicznego.

Zamawiający zauważył, że kwity wagowe nie mogą być docelową podstawą dla dokonywania rozliczeń, ponieważ mają charakter zbiorczy i obejmują całą dzienną trasę pojazdu. Nie są one generowane przy odbiorze odpadów z danego MGO i nie pozwalają na przypisanie odpadów do danego MGO. Na ich podstawie zamawiający nie jest zatem w stanie sprawdzić, czy odpady zostały odebrane z danego MGO i w jakiej ilości.

W zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia umownego określającego czynności kontrolne zamawiający stwierdził, że odwołujący Remondis *de facto* nie kwestionuje żadnej z okoliczności, do której odwołują się przywołane przepisy, a która została wskazana powyżej. Odwołujący jedynie chciałby uzyskać inne warunki przeprowadzenia kontroli, tj. pozbawić zamawiającego możliwości przeprowadzenia kontroli niezapowiedzianej.

Zamawiający stwierdził, że instytucja niezapowiedzianej kontroli jest narzędziem weryfikacji działań osób i podmiotów istniejącym od zawsze i nie bez powodu stosowanym, gdyż jest to narzędzie za pomocą, którego można uzyskać bardziej miarodajne informacje o sposobie realizowania umowy niż przy kontroli zapowiedzianej z kilkudniowym wyprzedzeniem. Zamawiającemu zależy zaś na realnej weryfikacji sposobu realizacji umowy oraz uzyskaniu realnego obrazu sposobu tej weryfikacji. Zamawiający stwierdził, że ma nie tylko prawo, ale i obowiązek weryfikacji sposobu wykonania zamówienia, a także wskazania wykonawcy zaleceń pokontrolnych w celu lepszego wykonania tej umowy. Uprawnienia kontrolne są uzasadnione interesem mieszkańców, a w konsekwencji i interesem Zzmawiającego, podyktowanym interesem publicznym. Powyższe potwierdza, że określone w § 5 wzoru umowy, w tym § 5 ust. 4, uprawnienia kontrolne są uprawnieniami niezbędnymi do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym oraz niezbędnym do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez zamawiającego. Z tego też powodu jak najbardziej realizują te zasady, które odwołujący przywołał jako naruszone – a w szczególności społeczno-gospodarcze przeznaczenia prawa oraz zasady współżycia społecznego. Nie można bowiem stronie umowy odmówić prawa do sprawdzania jakości jej wykonania, zwłaszcza w sposób pozwalający na realną ocenę tego wykonania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego treści § 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy zamawiający wskazał, że podstawą do wypowiedzenia umowy przez zamawiającego jest „utrata przez Wykonawcę zdolności do realizacji usługi" zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, nie zaś przejściowe trudności z jej realizacją, o których wspomina Odwołujący, jak „chwilowe, nieznaczne ograniczenie floty pojazdów dostępnych wykonawcy do realizacji zamówienia spowodowane zdarzeniami losowymi takimi jak wypadek czy awaria". Poza tym wypowiedzenie takie nie jest automatyczne, lecz identyfikowane przez Zamawiającego na etapie realizacji umowy i może nastąpić, jeżeli wykonawca nie przedstawi w następnym dniu roboczym od otrzymania wezwania zamawiającego, planu naprawczego umożliwiającego przywrócenie zdolności do realizacji usługi zgodnie z OPZ w ciągu 72 godzin od dnia wezwania lub nie realizuje przedstawionego planu naprawczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: 1) W.B., 2) J.Z., 3) PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, 4) PreZero Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący poparli stanowisko odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, który poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje;

Zgodnie z pkt 26.3 SWZ dotyczącym kryterium elektromobilności K_E o wadze 15% (maksymalnie 15 punktów), wykonawca zobowiązany jest wykorzystywać do realizacji zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych pojazdy spełniające wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110, ze zm.), tj. pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym, na poziomie nie niższym niż 10%, a od dnia 1 stycznia 2025 r. na poziomie nie niższym niż 30%.

Wykonawca w ofercie deklaruje wysokość poziomu, na jakim zobowiązuje się wykorzystywać do realizacji zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych pojazdy spełniające wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110, ze zm.), tj. pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym.

Zamawiający przyznaje punkty wykonawcom, którzy zaoferują wyższy niż 30% poziom wykorzystania do realizacji zamówienia pojazdów spełniających wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Zgodnie z opisem sposobu oceny ofert w ramach tego kryterium zamawiający przyzna maksymalną liczbę punktów (15 pkt) wykonawcom, którzy zaoferują:

a) co najmniej 60% poziom wykorzystania do realizacji zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych pojazdów spełniających wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych dla Zadań 2, 3, 4 i 9;

b) 100% poziom wykorzystania do realizacji zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych pojazdów spełniających wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych dla Zadania nr 7. Tym samym, w przypadku Zadnia nr 7 w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów wykonawca już na etapie składania oferty musi zadeklarować wykorzystanie floty pojazdów składającej się wyłącznie z pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym.

Zgodnie z pkt. 26.2 SWZ w ramach kryterium środowiskowego K_S, zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest wykorzystywać do realizacji zamówienia pojazdy bezpylne o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniające normę emisji spalin EURO 5 [zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6)], bądź wyższą. W ramach tego kryterium punkty przyznawane są za zaoferowanie przez wykonawcę równego bądź wyższego niż 50% poziomu wykorzystania pojazdów bezpylnych o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 tony spełniających normę emisji spalin EURO 6, bądź wyższą.

Zgodnie z § 49 pkt 1 OPZ, usługi składające się na przedmiot zamówienia rozliczane są na podstawie zaakceptowanej przez zamawiającego masy odebranych odpadów komunalnych, tj. Masy Bezspornej. Masa odebranych odpadów komunalnych określana jest na podstawie wskazań systemów pomiarowych zainstalowanych na pojazdach Wykonawcy (§ 49 pkt 2 OPZ).

W § 1 pkt 2 wzoru umowy zamawiający wskazał, że przez Masę Bezsporną należy rozumieć wyznaczaną dla każdego zadania i każdej frakcji osobno, masę odebranych odpadów komunalnych z MGO, udokumentowaną przy użyciu posiadających legalizację wag zainstalowanych na pojazdach (a w przypadkach określonych w OPZ również przy użyciu legalizowanej samochodowej wagi najazdowej), zaakceptowaną w danym okresie rozliczeniowym przez zamawiającego zgodnie z § 4 Umowy, określoną przez zamawiającego przez porównanie masy odebranych odpadów wskazanej przez wykonawcę w Sprawozdaniu Miesięcznym i Raportach Tygodniowych, z wynikającą z przekazanych danych i dokumentów, uznaną masą odebranych odpadów; w przypadku gdy uznana masa odpadów odebranych danego dnia przez pojazd na danej trasie jest większa niż wskazana przez wykonawcę w Raporcie Tygodniowym, masa bezsporna dla trasy wyznaczana jest na poziomie określonym w Raporcie Tygodniowym, natomiast w przypadku gdy jest ona mniejsza, masa bezsporna dla trasy wyznaczana jest na poziomie uznanej przez zamawiającego masy odebranych odpadów.

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy, „Zamawiający ma prawo do przeprowadzenia kontroli sposobu realizacji Umowy przez Wykonawcę oraz żądania przekazania przez Wykonawcę informacji lub dokumentów związanych z realizacją Umowy w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W ramach czynności kontrolnych Zamawiający może stosować wszelkie sposoby i metody kontroli realizacji Umowy adekwatne do rodzaju kontrolowanego obowiązku, w tym ma prawo do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania.”

Zgodnie z § 5 ust. 4 wzoru umowy w przypadku kontroli sposobu realizacji umowy wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej wykonawcy lub uzyskania dostępu do pojazdów wykonawcy wykorzystywanych do realizacji umowy, najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli, poinformuje wykonawcę lub również podwykonawców, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, o zamiarze przeprowadzenia kontroli, przekazując jednocześnie listę osób upoważnionych przez Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli.

W §12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy zamawiający wskazał, że może wypowiedzieć umowę bez zachowania okresu wypowiedzenia w przypadku utraty przez Wykonawcę zdolności do realizacji usługi, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 Umowy, tj. odbioru odpadów komunalnych z MGO, zgodnie z Częścią V OPZ i ich transportu do wskazanych przez Zamawiającego miejsc zagospodarowania odpadów komunalnych, zgodnie z Częścią VI OPZ, jeżeli Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie przedstawi niezwłocznie, nie później jednak niż w następnym dniu roboczym, planu naprawczego umożliwiającego przywrócenie tej zdolności w ciągu 72 godzin od dnia wezwania lub nie realizuje przedstawionego planu naprawczego.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 K.c. w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający, w § 8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy, przewidział karę umowną za każdy przypadek uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 5 wzoru umowy, w wysokości 10 000 zł podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p.

Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący Remondis jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 242 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przez zamawiającego kryterium oceny ofert kryterium elektromobilności K_E (waga 15%, maksymalnie 15 punktów) w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego i jednocześnie faworyzujący jednego z wykonawców.

Zgodnie z art. 239 ustawy P.z.p. zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Stosownie do art. 242 ust. 1 ustawy P.z.p. najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;

2) ceny lub kosztu.

Art. 242 ust. 2 ustawy P.z.p. wskazuje na przykłady kryteriów jakościowych. Zgodnie z pkt 3 kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia wprost wymienione zostały kryteria odnoszące się do aspektów środowiskowych.

Zgodnie z ww. przepisami zamawiający był uprawniony do sformułowania pozacenowego kryterium elektromobilności stanowiącego kryterium dotyczące aspektów środowiskowych. Zamawiający może bowiem wziąć pod uwagę kryteria dotyczące ochrony środowiska naturalnego, o ile kryteria te są związane z przedmiotem zamówienia. Przykładowo Izba wskazuje na wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne, w którym Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że kryteria dotyczące poziomu emisji tlenku azotu i poziomu hałasu autobusów należy uznać za związane z przedmiotem zamówienia, które dotyczy świadczenia miejskich usług transportu autobusowego. Z racji tego, że przedmiotowe zamówienie – podobnie jak miejski transport autobusowy – wymaga świadczenia za pomocą wyspecjalizowanych wielkogabarytowych pojazdów, adekwatność wskazanego wyroku do niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustanawiających zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarte w art. 16 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy P.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zasada uczciwej konkurencji wywodzi się z zasady niedyskryminacji, zawartej w art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (obecnie art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2104 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE). Zgodnie ze wskazanym przepisem instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Zakaz niedyskryminacji wyrażony w Dyrektywie odnosi się do wszystkich sytuacji związanych z przygotowywaniem, przeprowadzaniem oraz udzielaniem zamówienia publicznego, również pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami pochodzącymi z tego samego kraju.

Ustawa P.z.p. nie definiuje zasady zachowania uczciwej konkurencji. Prawo zamówień publicznych posiłkuje się w tym zakresie definicjami zawartymi w innych aktach prawnych. I tak, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei w myśl art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 ze zm.), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Z powyższego wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia, bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Jednakże, pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo sformułować postępowanie w sposób, który najpełniej scharakteryzuje cel, jaki zamawiający zamierza osiągnąć. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 368/09: „Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalania kryteriów oceny ofert), w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu".

Zamawiający w tym zakresie wskazał na konieczność podejmowania przez niego działań w celu ograniczenia negatywnego oddziaływania emisji zanieczyszczeń z transportu na zdrowie ludzi i środowisko na terenie m.st. Warszawy i poprawy jakości powietrza, w tym w szczególności w centrum Warszawy.

Odwołujący Remondis nie zanegował wskazywanego przez zamawiającego celu. Co do zasady nie zakwestionował również istoty ustanowionego kryterium. Przedmiotem odwołania jest natomiast określony procentowo udział w realizacji zamówienia pojazdów niskoemisyjnych i zeroemisyjnych, za które można otrzymać maksymalną ilość punktów (60% w zakresie zadania 3, 4 i 9 oraz 100% w zakresie zadania 7). Niemniej jednak, poza ogólnym stwierdzeniem, że tak sformułowane kryterium jest nieuzasadnione i faworyzuje przystępującego MPO, odwołujący Remondis nie przedstawił żadnych analiz i dowodów na poparcie swojego stanowiska.

Odwołujący Remondis powołał się jedynie na uchwałę Rady m. st. Warszawy nr XCI/2974/2023 z 7 grudnia 2023 roku w sprawie ustanowienia na terenie miasta stołecznego Warszawy strefy czystego transportu, wskazując, że zakwestionowane kryterium znacznie wykracza poza uwarunkowania wskazane w uchwale.

Izba podkreśla, że z uchwały wynikają wymogi konieczne do realizacji, które będą musiały zostać wypełnione w terminach wskazanych w uchwale. Te wymogi wykonawcy będą musieli bezwzględnie wypełnić. Kryteria oceny ofert z kolei mogą wykraczać poza minimalne warunki realizacji przedmiotu zamówienia i – tym samym – mogą być postawione na wyższym poziomie. Zastosowanie dopasowanych do danego zamówienia kryteriów pozacenowych, dotyczących przedmiotu tego zamówienia, powinno umożliwić lepsze zaspokojenie rzeczywistych potrzeb zamawiającego, a jednocześnie wymusić na wykonawcach faktyczną konkurencję w zakresie istotnym z punktu widzenia interesów zamawiającego i ostatecznie premiować wykonawców bardziej efektywnych i oferujących lepszy produkt.

Podkreślenia wymaga, że ustanowienie kryteriów oceny ofert (w przeciwieństwie do warunków udziału w postępowaniu) nie uniemożliwia wykonawcom wzięcia udziału w postępowaniu.

Izba odmówiła przeprowadzenia zawnioskowanych przez odwołującego dowodów z:

- cennika paliwa CMG na okoliczność wykazania, że w województwie mazowieckim znajdują się 3 stacje ładowania paliwem CMG;

- informacji z otwarcia ofert w prowadzonym przez MPO postępowaniu na zakup paliwa metanowego do samochodów służbowych MPO na okoliczność wykazania, że prowadzone jest postępowanie w sprawie zakupu paliwa metanowego przez przystępującego MPO;

- fragmentu specyfikacji warunków zamówienia z tego postępowania zawierający opis przedmiotu zamówienia na okoliczność wykazania zakresu tego postępowania.

Izba wskazuje, że okoliczności, na jakie dowody zostały złożone nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario z* art. 531 ustawy P.z.p.). Izba wskazuje, że fakt istnienia niewielkiej ilości stacji paliw nie może przesądzać o zgodności zakwestionowanego kryterium z ustawą. Poza tym okoliczność ta jest, a przynajmniej powinna być znana wykonawcom decydującym się na wzięcie udziału w postępowaniu, którzy zawczasu winni podjąć niezbędne kroki w celu zapewnienia sobie nieskrępowanych dostaw paliwa w celu realizacji przedmiotu zamówienia. Trudno zatem czynić zarzut przystępującemu MPO, iż prowadzi postępowania, których przedmiotem jest

zakup paliwa.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający przewidział, że masa odebranych odpadów komunalnych określana jest na podstawie wskazań systemów pomiarowych zainstalowanych na pojazdach wykonawcy (§ 49 ust. 2 OPZ oraz § 1 pkt 2 wzoru umowy), bez jednoczesnego wskazania jak zostaną rozliczone odpady odebrane przez wykonawcę, których waga nie przekracza minimalnej podziałki legalizacyjnej wagi.

Izba wskazuje, że zgodnie z zakwestionowanym postanowieniem umownym masa odpadów będzie określana na podstawie systemów pomiarowych zainstalowanych na pojazdach wykonawcy, które to pojazdy posiadają niezbędną legalizację. Izba wskazuje na art. 4 pkt 13 ustawy z dnia 11 maja 2001 roku – Prawo o miarach (Dz. U. z 2022 roku, poz. 2063), zawierający definicję „legalizacji" w brzmieniu: zespół czynności obejmujących sprawdzenie i stwierdzenie w drodze decyzji, poświadczonej wyłącznie dowodem legalizacji, że przyrząd pomiarowy spełnia wymagania. Innymi słowy - legalizacja wagi (inaczej ocena zgodności) to wydawane przez Urząd Miar potwierdzenie, że waga waży towary z określoną dokładnością znajdującą się na tabliczce znamionowej i jest precyzyjna. Wagi z legalizacją muszą posiadać określoną dokładność z dopuszczalną granicą błędu.

Z powyższego wynika, że zamawiający – wymagając dokonywania pomiarów na podstawie legalizowanych urządzeń pomiarowych – działa zgodnie z ustalonymi w tym zakresie przepisami prawnymi. Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, iż dokonywanie rozliczeń nie może odbywać się na podstawie kwitów wagowych, gdyż zamawiający nie będzie mógł sprawdzić, czy odpady zostały odebrane z danego MGO i w jakiej ilości. Argumentację zamawiającego Izba uznała za przekonującą. Ponadto odwołujący nie wskazał żadnych danych, na podstawie których można by ustalić, na czym w istocie miałby w rozpoznawanym przypadku polegać brak ekwiwalentności świadczeń. Odwołujący podał przykładowe wyliczenie mające wykazać różnice pomiędzy faktyczną ilością odebranych odpadów a ich masą ustaloną na podstawie wag zainstalowanych na pojazdach, niemniej jednak nie wykazał, czy wyliczenie to oparte jest na realnych danych czy też na liczbach przyjętych wyłącznie do dokonania rozliczenia. Odwołujący jako podmiot realizujący usługi tego rodzaju, co objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, posiada zapewne dane w zakresie tego, jak istotne są różnice w pomiarach, których istnienie podnosił. Dane takie nie zostały Izbie udostępnione.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez odwołującego Remondis dowodu z oceny zdolności 0047 na okoliczność wykazania, że minimalna ilość odpadów podlegająca zważeniu to 5 kg. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez zamawiającego wykazu ważeń za grudzień 2023 z dzielnicy Mokotów na okoliczność wykazania liczby zaraportowanych ważeń, w tym ważeń o masie 0 i 1 kg oraz liczby ważeń, które nie zostały uznane przez zamawiającego. Z dowodu tego wynika, że ilość ważeń, które nie zostały uznane przez zamawiającego stanowi kilka procent ogólnej liczby i masy ważeń.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający: przewidział, że w ramach czynności kontrolnych może stosować wszelkie sposoby i metody kontroli realizacji umowy adekwatne do rodzaju kontrolowanego obowiązku, w tym ma prawo do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania, bez jednoczesnego doprecyzowania, w jaki każdy sposób, w jakich okolicznościach i w jakim miejscach zamawiający będzie mógł wykonywać dokumentację filmową lub dźwiękową (§ 5 ust. 1 wzoru umowy).

Jako uzasadnienie zarzutu odwołujący podniósł, że nagrywanie osób trzecich bez ich uczestnictwa i wiedzy stanowi przestępstwo określone w art. 267 §§ 1 i 3 Kodeksu karnego, rodzi odpowiedzialność cywilną, a przetwarzanie wizerunku podlega przepisom Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO).

Z powyższego wynika, że istotą zarzutu jest brak informacji w zakresie tego, czy zamawiający, przy realizacji uprawnień kontrolnych, będzie przestrzegał przepisów Kodeksu karnego i rozporządzenia w sprawie RODO oraz czy nie narazi się na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu naruszenia dóbr osobistych.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przepisów ustawy P.z.p. i Kodeksu cywilnego. Realizacja uprawnień w zakresie kontroli ma bowiem związek z wykonaniem przedmiotu umowy, a jej legalność będzie oceniana podczas wykonywania przez zamawiającego czynności kontrolnych. Konieczność prowadzenia kontroli w sposób zgodny z prawem jest bowiem obowiązkiem zamawiającego. To zamawiający, wykonując czynności kontrolne, obowiązany jest przestrzegać przepisów prawa, w tym wskazanych przez odwołującego przepisów Kodeksu karnego, rozporządzenia w sprawie RODO oraz w sposób nienaruszający określonych w Kodeksie cywilnym dóbr osobistych. Ewentualne naruszenia zamawiającego w tym zakresie będą mogły być przedmiotem kontroli ze strony powołanych do tego organów.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający przewidział możliwość poinformowania wykonawcy lub również podwykonawców o przeprowadzeniu kontroli wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej lub uzyskania dostępu do pojazdów najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli (§ 5 ust. 4 wzoru umowy).

W przypadku tego zarzutu odwołujący w uzasadnieniu powołał się wyłącznie na niedogodności, jakie mogłyby powstać po jego stronie z tytułu kontroli zamawiającego, tj. konieczność zapewnienia osób, które „będą mogły przeszkolić przedstawicieli Zamawiającego z zasad BHP i towarzyszyć im podczas dokonywania kontroli na bazie, w trakcie której może dojść do ujawnienia istotnych dla wykonawców informacji, w tym również informacji dotyczących innych podmiotów obsługiwanych przez wykonawcę w ramach prowadzonej przez niego działalności.”

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z pisma zamawiającego skierowanego do odwołującego Remondis z 28 lutego 2024 na okoliczność wykazania, że zamawiający informuje o terminie kontroli z wyprzedzeniem około 1 godziny, jako że okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego Remondis nie zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje, że uprawnienie zamawiającego do przeprowadzenia czynności kontrolnych nie narusza wskazanych przez odwołującego Remondis przepisów prawnych, natomiast – jak wynika z uzasadnienia zarzutu – może jedynie powodować niedogodności dla odwołującego. Odwołujący Remondis nie wskazał żadnych innych okoliczności, które – w jego przekonaniu – stanowiłyby o tym, iż zakwestionowane postanowienie umowne jest sprzeczne z prawem. Z kolei uczynienie zadość obowiązkowi wynikającemu z tegoż zapisu umownego wymaga jedynie odpowiedniej organizacji po stronie danego wykonawcy. Izba wskazuje na treść art. 354 K.c., który nakłada na strony umowy obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania. Zdaniem Izby nic nie stoi na przeszkodzie, by wybrany wykonawca przeszkolił osoby, które wykonują swoje czynności służbowe na terenie bazy magazynowo-transportowej, w zakresie gotowości do uczestniczenia w czynnościach kontrolnych prowadzonych przez zamawiającego, tak by zapewnić właściwą ochronę informacji, na którą odwołujący Remondis zwracał uwagę w uzasadnieniu zarzutu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż uczynienie zadość żądaniu odwołującego Remondis, by nakazać zamawiającemu zmianę zakwestionowanego postanowienia umownego w taki sposób, by zamawiający był obowiązany uprzedzać o zamiarze dokonania kontroli z co najmniej trzydniowym wyprzedzeniem, stawiałoby pod znakiem zapytania zasadność i sens przeprowadzenia kontroli. Podkreślenia wymaga, że odwołujący Remondis nie zakwestionował samego uprawnienia zamawiającego do przeprowadzenia kontroli. Kontrola, zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy, ma dotyczyć sposobu realizacji umowy przez wykonawcę. Uprzedzenie wykonawcy o zamiarze przeprowadzenia kontroli z 3-dniowym wyprzedzeniem mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której osiągnięcie celu kontroli, polegającej na ustaleniu, czy stwierdzony stan faktyczny jest zgodny ze stanem określonym w umowie, byłoby niemożliwe.

Odnosząc się do argumentu, iż wcześniejsze uprzedzenie o prowadzeniu kontroli pozwoli na uniknięcie ewentualnych problemów związanych z ograniczeniem możliwość odbierania odpadów komunalnych (zatrzymanie pojazdów, spowolnienie ich ruchu czy wyjazdu na trasę), Izba ponownie wskazuje na art. 354 K.c., z którego wynika – również dla zamawiającego – konieczność wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego i istniejącym zwyczajom. Prowadzenie kontroli w sposób utrudniający realizację przedmiotu umowy będzie okolicznością obciążającą zamawiającego. W ocenie Izby zamawiający nie jest zainteresowany tym, by uniemożliwiać lub utrudniać wykonawcy wykonanie zamówienia.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez sporządzenie wzoru

umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim zamawiający w § 12 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił przesłankę uprawniającą go do wypowiedzenia umowy, gdyż nie określił, wystąpienie jakich okoliczności zostanie przez niego uznane za utratę zdolności do realizacji umowy, co może skutkować arbitralnym zastosowaniem tej przesłanki na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Remondis w uzasadnieniu zarzutu stwierdził, że zamawiający nie określił w treści umowy, wystąpienie jakich okoliczności zostanie przez niego uznane za utratę zdolności do realizacji umowy, co może skutkować arbitralnym zastosowaniem tej przesłanki na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego Remondis nie można bowiem wykluczyć, że na etapie wykonywania umowy za utratę zdolności do realizacji zamówienia uznane zostanie np. chwilowe nawet nieznaczne ograniczenie floty pojazdów dostępnych wykonawcy do realizacji zamówienia spowodowane zdarzeniami losowymi takimi jak wypadek czy awaria.

Stanowisko odwołującego Remondis nie zasługuje na uwzględnienie. Z wyrażenia „utrata zdolności do realizacji umowy" oraz z dalszej części zakwestionowanego postanowienia umownego, tj. „jeżeli Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie przedstawi niezwłocznie, nie później jednak niż w następnym dniu roboczym, planu naprawczego umożliwiającego przywrócenie tej zdolności w ciągu 72 godzin", wywieść należy, że uprawnienie do wypowiedzenia umowy zrealizuje się wówczas, gdy wykonawca znajdzie się w sytuacji, w której wystąpi przeszkoda w realizacji umowy, mająca charakter długotrwały, trwający dłużej niż 72 godziny, nie zaś przejściowy, usuwalny. Izba podkreśla, że przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych, która to usługa wpisuje się w realizację interesu publicznego rozumianego jako wspólne dobro ogółu. Usługa ta w istocie winna być wykonywana w sposób ciągły. Zaprzestanie realizacji usługi w perspektywie dłuższej niż 72 godziny skutkować będzie zagrożeniem interesu publicznego, czemu zamawiający ma obowiązek zapobiegać. Jednocześnie zamawiający zapewnia, że krótkotrwała przeszkoda w realizacji przedmiotu umowy nie spowoduje powstania po jego stronie uprawnienia do wypowiedzenia umowy. Tym samym za bezpodstawne należy uznać twierdzenie odwołującego, że chwilowe i nieznaczne ograniczenie floty pojazdów z powodu awarii może skutkować wypowiedzeniem umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 P.z.p., stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Sygn. akt: KIO 1149/24

W dniu 4 kwietnia 2024 roku r. wykonawca PreZero Bałtycka Energia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący PreZero) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności i zaniechań w postępowaniu, polegających na opisaniu przedmiotu zamówienia, wyznaczeniu kryteriów oceny ofert oraz zaprojektowaniu postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy w sposób niezgodny z prawem, w tym w szczególności naruszający zasadę proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, a także równowagę stron pomiędzy wykonawcą a zamawiającym.

1. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący PreZero zarzucił naruszenie:

1) art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353^1 i art. 5 K.c. poprzez przyjęcie we wzorze umowy (§ 6 ust. 2 pkt 1 lit. a i lit. wzoru umowy, dalej „Umowa") jako modelu wynagrodzenia modelu mieszanego, tj. za usługę odbioru 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy zadań do instalacji, o których mowa w § 38 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) , liczonej w linii prostej oraz za usługę transportu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów znajdującego się w odległości powyżej 40 km od granicy danego zadania stawki za 1 km transportu za odległość mierzoną w linii prostej, podczas gdy wykonawca składając ofertę nie ma wiedzy, do których miejsc zagospodarowania odpadów będzie miał transportować dane odpady w całym okresie maksymalnie 18 miesięcy realizacji umowy, co stanowi okoliczność mającą wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów świadczenia usługi, w tym przewidzenie niezbędnego potencjału technicznego i osobowego niezbędnego do świadczenia usługi, co powoduje niemożliwość skalkulowania ceny oferty, i w konsekwencji powoduje, że całokształt modelu wynagrodzenia w tym zakresie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. zasadami

słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, jak również narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

2) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 239 i art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z wykonawców dotychczas realizujących usługę , tj. Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawa sp. z o. o., który to wykonawca jednocześnie odpowiada za organizację i przeprowadzanie postępowań przetargowych na usługi zagospodarowania odpadów powstających na terenie m.st. Warszawy, a zatem wykonawca ten jako jedyny dysponuje wiedzą nt. potencjalnych nowych miejsc zagospodarowana odpadów, które zostaną wskazane już po podpisaniu Umowy z wybranym wykonawcą w postępowaniu i który także może kierować odpowiednie ilości strumieni odpadów do swojej instalacji komunalnej, podczas gdy pozostali potencjalni Wykonawcy składając ofertę nie mają wiedzy, do których miejsc zagospodarowania odpadów będą mieli transportować dane odpady w całym okresie 18 miesięcy realizacji Umowy, z uwagi na fakt, że terminy obowiązywania umów ze wskazanymi w § 38 OPZ instalacjami lub stacjami przeładunkowymi upływają w większości przypadków w kwietniu i maju br. a więc przez terminem rozpoczęcia realizacji przedmiotowej Umowy, jak również poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób uprzywilejowujący wykonawcę MPO Warszawa, którego wiedza i możliwości rozdysponowywania strumieni odpowiednich kodów odpadów do własnej instalacji umożliwiają mu skalkulowanie korzystniejszej oferty cenowej i uzyskanie korzystniejszej punktacji w Kryterium oceny ofert „Cena brutto", co stanowi opisanie przedmiotu umowy w sposób utrudniający konkurencję, bowiem daje przewagę jednemu podmiotowi w uzyskaniu korzystniejszej punktacji w kryterium oceny ofert, stanowi, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów świadczenia usługi, w tym przewidzenie niezbędnego potencjału technicznego i osobowego niezbędnego do świadczenia usługi, co powoduje niemożliwość skalkulowania ceny oferty;

3) art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. i art. 353^1 w zw. z art. 12 i 13 oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 i 2 K.c., poprzez wprowadzenie w § 5 ust. 1 umowy prawa zamawiającego do przeprowadzania kontroli sposobu realizacji umowy w sposób nieprawidłowy, tj. poprzez wskazanie, że zamawiający ma prawo stosować wszelkie sposoby i metody kontroli realizacji umowy adekwatne do rodzaju kontrolowanego obowiązku, w tym ma prawo do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania, co stanowi dokonanie opisu przedmiotu zamówienia który narusza zasady efektywności, jest niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności narusza art. 81 ust. 1 ustawy o prawach autorskich, art. 5 art. 6 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE – zwane dalej „RODO" , co dodatkowo zostało powiązane z rażąco wygórowaną karą umowną ujęta w § 8 ust. 3 ppkt 37 Umowy, która została sformułowana w sposób nieproporcjonalnie wysoki, tj. może zostać nałożona za każdy przypadek uniemożliwienia lub utrudniania przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 5 Umowy, w tym do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania zamawiającego, co narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego oraz prowadzi do nadużycia praw podmiotowych zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór Umowy).

2. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami odwołujący PreZero wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania oraz jego uwzględnienie w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia w postępowaniu oraz w projektowanych postanowieniach umowy w następujący sposób:

1) w odniesieniu do zarzutów z punktu 1.1) i 1.2) dokonanie modyfikacji przez zamawiającego Tabeli zawierającej listę instalacji, tj. miejsc zagospodarowania odpadów komunalnych (MGO), o której mowa w § 38 OPZ – poprzez jej aktualizację i wskazanie takich miejsc miejsca zagospodarowania odpadów, z którymi zamawiający ma zawarte umowy obowiązujące w całym okresie maksymalnie 18 miesięcy realizacji Umowy;

ewentualnie

2) w odniesieniu do zarzutów z punktu 1 i 2 powyżej dokonanie przez zamawiającego modyfikacji modelu wynagradzania Wykonawcy zawartego w § 6 ust. 2 pkt 1 lit. a i lit. b Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

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

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

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

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

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

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

ewentualnie:

3) w odniesieniu do zarzutów z punktu 1 i 2 dokonania modyfikacji postanowień § 6 umowy i § 38 OPZ w ten sposób, że do ww. postanowień zamawiający doda postanowienia o możliwych zmianach Umowy w zakresie zmian instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, i wprowadzenia klauzul przewidujących możliwość zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian na liście instalacji pierwotnie określonych przez zamawiającego w OPZ, jeśli takie zmiany będą skutkować nieprzewidzianym wzrostem kosztów realizacji zamówienia.

4) w odniesieniu do zarzutów z punktu 3 powyżej:

- zmiany postanowienia § 5 ust. 1 Umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„Zamawiający ma prawo do przeprowadzenia kontroli sposobu realizacji Umowy przez Wykonawcę oraz żądania przekazania przez Wykonawcę informacji lub dokumentów związanych z realizacją Umowy w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W ramach czynności kontrolnych Zamawiający może stosować wszelkie sposoby i metody kontroli realizacji Umowy adekwatne do rodzaju kontrolowanego obowiązku, w tym ma prawo do wykonywania dokumentacji zdjęciowej według własnego uznania".

- obniżenia wysokości kary umownej przewidzianej w § 8 ust. 3 ppkt 37 Umowy z 10.000 zł do 5.000 zł

Na wypadek, gdyby Izba uznała, iż nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień poprzez nadanie im konkretnego brzmienia lub ich usunięcie nie było możliwe, odwołujący PreZero wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany zaskarżonych postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia i wzoru umowy (projektowanych postanowień umowy) poprzez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami prawa oraz z uwzględnieniem podniesionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji.

Odwołujący PreZero wniósł także o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które miały zostać powołane i przedłożone przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący PreZero wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący PreZero podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący PreZero podkreślił jednocześnie, iż w doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że na etapie przed otwarciem ofert każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada interes w jego uzyskaniu. Istnienie interesu na tym etapie potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w jednym z licznych wyroków stwierdziła, że: „ krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samy wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu. Jak przy tym wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący PreZero wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy P.z.p. jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, powodują niemożliwość

prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia (wycena ryzyka), jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Tymczasem odwołujący PreZero , jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia, zwłaszcza że w ostatnich latach świadczył na rzecz zamawiającego usługi z zakresu odbioru odpadów z nieruchomości położonych na terenie Miasta Stołecznego Warszawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353^1 i art. 5 K.c. poprzez przyjęcie we wzorze umowy (§ 6 ust. 2 pkt 1 lit. a i lit. wzoru umowy) jako modelu wynagrodzenia modelu mieszanego, tj. za usługę odbioru 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy zadań do instalacji, o których mowa w § 38 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) , liczonej w linii prostej oraz za usługę transportu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów znajdującego się w odległości powyżej 40 km od granicy danego zadania stawki za 1 km transportu za odległość mierzoną w linii prostej odwołujący PreZero wskazał, że zamawiający podał w OPZ listę instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (§ 38 ust. 2 OPZ), niemniej w stosunku do 28 miejsc zagospodarowana odpadów z 46 MGO ogółem przewidywany termin obowiązywania umów z MGO upływa w kwietniu i maju 2024 r. a więc jeszcze przed rozpoczęciem terminu realizacji Umowy w przedmiotowym postępowaniu i nie obejmuje całego maksymalnego 18 miesięcznego okresu realizacji Umowy. W stosunku do pozostałych MGO termin obowiązywania umów upływa w listopadzie 2024 r i grudniu 2024 r. i również nie ma informacji, jakie instalacje lub stacje przeładunkowe zostaną wskazane przez zamawiającego po tym terminie. Powyższe oznacza także, że terminy obowiązywania umów MGO nie pokrywają się z terminem realizacji przedmiotowej Umowy (18 miesięcy kalendarzowych). Zamawiający wskazał co prawda listę instalacji przetwarzania odpadów komunalnych oraz stacji przeładunkowych, jednakże lista ta zawiera instalacje, które są niepewne i które na pewno ulegną zmianie. Ta niepewność wynika również z faktu, że wybór instalacji, przez zamawiającego, dokonywany jest w trybie przetargowym, co oznacza, że zamawiający nie ma możliwości określenia w sposób wyczerpujący jednej ostatecznej listy instalacji obowiązującej w całym okresie realizacji zamówienia. Natomiast na podstawie tak nieprecyzyjnych i szczątkowych informacji wymaga od wykonawcy rzetelnego swojej oferty. W ocenie odwołującego takie postępowanie zamawiającego jest niezgodne z przepisami ustawy P.z.p. wskazanymi w *petitum* odwołania. Zamawiający powinien był w pierwszej kolejności wszcząć postępowania na zagospodarowania odpadów, a następnie znając listę MGO, wszcząć postępowanie na odbiór odpadów z terenu m. st. Warszawy. Jest to właściwy sposób postępowania gwarantujący zarówno wykonawcom, jak i zamawiającemu pewność do możliwości ustalenia zasad wykonywania umowy na odbiór odpadów komunalnych, a co najważniejsze skalkulowanie oferty wykonawcy bez ponoszenia dużego ryzyka jej niewłaściwej kalkulacji. Odwołujący nadmienił, że taki sposób postępowania funkcjonuje w wielu gminach, w których zamawiający osobno prowadzą postępowania na odbiór odpadów komunalnych i na zagospodarowanie odpadów. W takich przypadkach, w pierwszej kolejności następuje wszczęcie postępowania o zamówienie na usługi zagospodarowania odpadów, a po wyłonieniu zwycięskich wykonawców, zamawiający mając wszelkie dane dotyczące MGO i zasad funkcjonowania takich MGO, wszczynają postępowanie na odbiór odpadów komunalnych.

Odwołujący PreZero wskazał, że odległości instalacji od granicy Zadania stanowią podstawę do wyliczenie ceny nie tylko za usługę 1 km transportu ale także za usługę 1 Mg odbioru odpadów (do 40 km). Bezspornym jest, że cena za transport jest jedną ze składowych ceny ryczałtowej za odbiór odpadów jak i ceny kosztorysowej za 1 km transportu. Również wyliczenie ceny ryczałtowej za usługę 1 Mg odbioru odpadów będzie w inny sposób kalkulowane dla odległości 2 km, a w inny dla odległości 39 km, stąd tak ważna dla wykonawców jest informacja o MGO. Powyższe prowadzi do konstatacji, że w przypadku zmiany listy instalacji, już w pierwszych dniach realizacji Umowy, zmianie mogą ulec istotne do wyliczenia ceny oferty czynniki, jakimi są odległości mierzone od granicy Zadania do instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. W konsekwencji sytuacja taka powoduje, że całe ryzyko związane z wyliczeniem ceny kontraktowej zostało przerzucone na wykonawcę. Zgodnie bowiem z postanowieniami OPZ lista ta obowiązuje na dzień 2 stycznia 2024 r. (§ 38 ust. 2 OPZ), a zawarte w niej informacje mają charakter niepewny (przewidywany termin obowiązywania umów z MGO w przypadku 28 instalacji upływa w kwietniu i maju 2024 r.). W ocenie odwołującego PreZero, możliwa jest sytuacja, w której wykonawca będzie zobowiązany transportować odpady do bliżej nieokreślonej obecnie instalacji, wyznaczonej przez zamawiającego, a jednocześnie jego wynagrodzenie w tym zakresie nie będzie odpowiadać rzeczywiście wykonanej usłudze (tj. będzie obliczane na podstawie stawki za kilometr czy stawki za 1 Mg odpadów wyliczanych na podstawie odległości obowiązujących w dokumentacji zamówienia na dzień składania ofert). Nie ulega przy tym wątpliwości, że zmiany w zakresie instalacji to okoliczność przyszła i pewna. Brak regulacji w tym zakresie stanowi jednak sytuację nietypową i nadzwyczajną w relacjach kontraktowych, chociaż ryzyko kontraktowe jest elementem immanentnym związanym z realizacją umów, również umów z zakresu zamówień publicznych. Odwołujący PreZero podkreślił, że potencjalne instalacje czy też stacje przeładunkowe, które będę musiały być zaktualizowane przez zamawiającego, z uwagi na upływ terminu obowiązywania umów z MGO mogą mieścić się w skrajnie różnych, dalszych

niż wskazane w Tabeli, odległościach od granic Zadania, co będzie miało wpływ na wynagrodzenie ryczałtowe i kosztorysowy wykonawcy. Odwołujący PreZero podkreślił, że do czynników kosztotwórczych mających wpływ na kalkulacje wynagrodzenia wykonawcy (zarówno wynagrodzenia ryczałtowego jak i kosztorysowego) należy zaliczyć: a) odległości do pokonania przez Wykonawcę do granicy Zadania do MGO, b) rodzaj i masę odpadów przewożonych na podanych przez Zamawiającego trasach, co ma bezpośredni wpływ na ilość pojazdów podstawianych do załadunku odpadów; c) ilość pracowników obsługujących trasy i Zadania d) ilość pojazdów trasy i Zadania e) zasady funkcjonowania MGO, w szczególności dni i godziny przyjmowania odpadów, co stanowi niezwykle istotny element kalkulacji cenowych. Zatem, oczekiwanie, aby wykonawca w każdym czasie realizacji Umowy był gotów transportować odpady do innych instalacji niż znajdujących się na liście instalacji, znajdujących się w odległości do 250 km nakłada na wykonawców obowiązek w zasadzie niemożliwy do wykonania, tj. pozostawiania w gotowości olbrzymiej liczby pojazdów do odbioru odpadów wraz z pracownikami (którzy w razie potrzeby mogliby dokonać transportu odebranych odpadów na większe odległości, np. w krótszych godzinach przyjmowania odpadów). W sytuacji bowiem kiedy nagle zamawiający przekieruje odbiór odpadów do jednej z bardzo odległych instalacji, wykonawca będzie musiał wyznaczyć do realizacji Umowy dodatkowe pojazdy i pracowników w dużo większej ilości. Odwołujący PreZero podkreślił, że nie wiadomo, jak odległa będzie instalacja (czy tylko 50 km od granic Zadania czy np. 250 km), do której wykonawca będzie musiał przewieźć odpady ani przez jaki czas będzie trwała konieczność transportowania odpadów na dalsze odległości. W konsekwencji wykonawca nie wie, jaką liczbę dodatkowych pojazdów i pracowników oraz na jaki okres musi zabezpieczyć zarówno potencjał osobowy, jak i potencjał techniczny. Jest to czynnik, który wpływa znacznie na wysokość kalkulowanych stawek za 1 Mg odbioru odpadów, jak i za 1 km transportu odpadów. Stąd całkowicie niemożliwe jest przyjęcie jakiejkolwiek wiążącej kwoty za transport odpadów do nieznanej MGO i za odbiór odpadów. Powyższe stanowi również przejaw przerzucenia przez zamawiającego całego ryzyka związanego z ewentualnym brakiem możliwości przyjęcia odpadów do zagospodarowania, na wykonawcę. Zdaniem odwołującego PreZero, zamawiający w OPZ w zakresie instalacji nie przekazał informacji niezbędnych do oszacowania kosztów realizacji zamówienia, nie tylko w zakresie listy MGO odległości, ale także dni i godzin przyjmowania odpadów w MGO. W § 38 ust. 2 OPZ zamawiający wskazał listę instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, które już w dniu składania ofert w postępowaniu mogą okazać się instalacjami, z którymi zamawiający nie będzie miał zawartych umów. Wykonawca zatem, przystępując do wyceny i kalkulacji swojej oferty, nie zna listy MGO, do których wożone będą odpady i tym samym nie ma możliwość realnego, tzn. niezawyżonego ani niezaniżonego oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Wobec powyższego postulowane przez odwołującego PreZero zmiany w dokumentacji zamówienia w *petitum* odwołania są jak najbardziej uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 239 i art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z wykonawców dotychczas realizujących usługę , tj. Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawa sp. z o. o., odwołujący PreZero stwierdził, że MPO Warszawa znajduje się w korzystniejszej sytuacji niż pozostali wykonawcy, z uwagi na posiadaną wiedzę nt. potencjalnych nowych MGO a w konsekwencji ukształtowane przez zamawiającego kryteria oceny ofert, w kryterium „Cena brutto"– pkt 26.1.1 i 26.1.2. SWZ uprzywilejowują, w sposób ograniczający konkurencję, wykonawcę MPO Warszawa i umożliwiają mu skalkulowanie korzystniejszej oferty cenowej i uzyskania najwyższej punktacji w Kryterium oceny ofert „cena brutto". Powyższe powoduje również nieporównywalność ofert w kryterium ceny. Tym samym przedmiotowe zapisy nie tylko powodują brak możliwości rzetelnego skalkulowania ceny oferty, ale również skutkują nieporównywalnością ofert w kryterium cenowym. Przewagę zawsze będzie mieć i uprzywilejowaną pozycję MPO Warszawa, który posiada wiedzę nt. potencjalnych nowych MGO Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu możemy mieć zatem do czynienia z nierównym traktowanym wykonawców i arbitralnością po stronie zamawiającego na etapie realizacji zamówienia (to zamawiający będzie wyznaczał konkretne instalacje, do których wykonawca będzie zobowiązany transportować odpady). W istocie zatem wynagrodzenie wykonawcy nie zależy od rzeczywiście wykonanej przez niego usługi, a jest uzależnione od arbitralnie podejmowanej przez zamawiającego decyzji wyznaczającej konkretne instalacje lub stacje przeładunkowe dla danego zadania (wykonawcy, który będzie je realizować). Sprawia to, że już na etapie realizacji zamówienia i wiedząc, który z wykonawców uzyskał które zadanie, zamawiający ma możliwość wpływania na warunki jego realizacji. Z taką sytuacją nie sposób się zgodzić, bowiem „Racjonalnie działający zamawiający musi uwzględniać uwarunkowania, w jakich udziela zamówienia, w tym również takie, które mogą powodować, że dotychczasowy wykonawca będzie w korzystniejszej sytuacji względem pozostałych. Jeśli jest to konsekwencją obiektywnych okoliczności, nie zaś woli stworzenia konkretnemu wykonawcy korzystniejszych warunków, nie można mówić o naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych" Zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył szereg przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, tak bezpośrednio dotyczących zasad dokonywania opisu przedmiotu zamówienia wskazanych w ustawie P.z.p., jak i związanych z szeroko rozumianym prawem zobowiązań, w tym obowiązkiem zapewnienia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Przede wszystkim, wbrew wymaganiom art. 99 ust. 1 i 4 ustawy P.z.p., opis przedmiotu

zamówienia w elementach wskazanych poniżej w szczegółowym uzasadnieniu odwołania, nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, co prowadzi z jednej strony do braku przekazania wykonawcom wyczerpujących informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania oferty i oszacowania kosztów wykonania zamówienia, w tym ryzyk wiążących się z jego realizacją, a z drugiej strony powoduje ogromne ryzyko obciążenia wykonawcy nadmiernymi obowiązkami w trakcie realizacji zamówienia. Powyższe powoduje również nieporównywalność ofert w kryterium ceny i uprzywilejowuje jednego z wykonawców MPO Warszawa w tym postępowaniu. W ocenie odwołującego PreZero bezsprzecznym jest, iż zamawiający, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia i opisując przedmiot zamówienia, ma prawo do ustalenia wymagań, które w najlepszym stopniu spełnią jego oczekiwania. Dokonywany opis przedmiotu zamówienia zawsze w jakimś zakresie ogranicza konkurencję. Jednakże to ograniczenie konkurencji, aby było akceptowalne, musi być uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Tak więc, postawione w SWZ wymagania muszą znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. *A contrario* nieakceptowalne będą wymagania ograniczające konkurencję w sposób arbitralny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego czy też nie proporcjonalne w stosunku do oczekiwanego efektu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. i art. 353^1 w zw. z art. 12 i 13 oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 i 2 K.c., poprzez wprowadzenie w § 5 ust. 1 umowy prawa zamawiającego do przeprowadzania kontroli sposobu realizacji umowy w sposób nieprawidłowy odwołujący PreZero zwrócił uwagę, że wizerunek zarejestrowany za pomocą obrazu czy wideo, a także dźwięk i rozmowa osób są ich dobrami osobistymi, jak też danymi osobowymi. Pod względem RODO, dane osobowe muszą być przetwarzane zgodnie z prawem, rzetelnie i w sposób przejrzysty dla osoby, której dane dotyczą (art. 5 RODO). Rejestracja obrazu, dźwięku osoby jest dopuszczalna tylko i wyłącznie, o ile jest spełniony co najmniej jeden z warunków określonych w art. 6 RODO. Co więcej, należy mieć na uwadze, że wizerunek jest również chroniony przez prawo autorskie w ten sposób, że co do zasady wymagane jest zezwolenia osoby na rozpowszechnienie jej wizerunku. Stąd też proponowane przez zamawiającego postanowienie wymaga weryfikacji i oceny pod kątem naruszenia praw osób, których dane dotyczą, na gruncie RODO, w szczególności, że istnieją przesłanki, które świadczą o tym, że w tych przypadkach prawo wymaga zgody / zezwolenia osoby, która miałaby być rejestrowana, w tym stanie rzeczy jest nie powinno się ostać.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 kwietnia 2024 roku wniósł o:

- umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie części zarzutu 1.3, ponieważ zamawiający, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego, dokonał obniżenia wysokości kary umownej określonej w § 8 ust. 3 pkt 37 wzoru umowy do 5000 zł;

- oddalenie odwołania w pozostałej części jako bezzasadnego.

Odnosząc się do zarzutu przyjęcia we wzorze umowy (§ 6 ust. 2 pkt 1 lit. a i lit. wzoru umowy) jako modelu wynagrodzenia modelu mieszanego, tj. za usługę odbioru 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy zadań do instalacji, o których mowa w § 38 Opisu Przedmiotu Zamówienia zamawiający wskazał, że w odwołaniu odwołujący PreZero posłużył się wadliwym określeniem MGO jako miejsc zagospodarowania odpadów. Tymczasem MGO to w świetle umowy miejsca gromadzenia odpadów, a nie miejsca ich zagospodarowania (§1 pkt 3 wzoru umowy: MGO – należy przez to rozumieć miejsce gromadzenia odpadów, tj. miejsce przeznaczone do gromadzenia odpadów wytworzonych na terenie nieruchomości w celu ich odbioru przez Wykonawcę, wyznaczone zgodnie z Regulaminem). Tym samym w każdym przypadku gdy odwołujący PreZero posługuje się określeniem MGO, oznacza ono w rzeczywistości miejsce zagospodarowania odpadów, o których mowa w § 38 opisu przedmiotu zamówienia („OPZ"). Zamawiający stwierdził, że odwołujący PreZero wskazał także, że zamawiający w § 38 OPZ wskazał listę miejsc zagospodarowania odpadów komunalnych, przypisanych do poszczególnych Zadań, z podziałem na frakcje, obowiązującą na dzień 2 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował, że stwierdzenie to jest nieaktualne, ponieważ zamawiający uaktualnił listę miejsc zagospodarowania odpadów w dniu 22 kwietnia 2024 r. Tym samym nieaktualne jest także stwierdzenie, że dla 28 miejsc z 46 zamawiający wskazał miejsca gromadzenia odpadów aktualne do kwietnia lub maja 2024 roku. Obecne brzmienie § 38 ust. 2 wskazuje aktualną listę instalacji z terminem na 10, 11 i 12.2024 roku.

Zamawiający zauważył, że odwołujący PreZero w zarzucie 1.1 zakwestionował jedynie zasady rozliczania zawarte w § 6 ust. 2 wzoru umowy oraz sposób określenia miejsc zagospodarowania odpadów. Odwołujący PreZero nie zakwestionował natomiast postanowień SWZ dotyczących kryterium cenowego, wymagań względem oferty oraz innych postanowień związanych z wyliczeniem stawki za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km (dla odległości powyżej 40 km). Taki sposób prezentacji zarzutów czyni odwołanie wadliwie skonstruowanym, ponieważ ani KIO, ani Zamawiający

nie może zastępować odwołującego w należytym formułowaniu zarzutów odwołania. Wskazanie miejsc zagospodarowania odpadów w sposób analogiczny jak w § 38 w niniejszym postępowaniu jest stosowany przez zamawiającego co najmniej od 2019 roku. Zamawiający podaje znaną mu listę miejsc zagospodarowania odpadów, a następnie lista ta jest aktualizowana w toku realizacji umowy. Wykonawcy mieli natomiast skalkulować zryczałtowaną cenę za odbiór 1 Mg odpadów. W umowach z 2019 roku zamawiający ustalił wprawdzie 3 przedziały odległościowe, ale w każdym z tych przypadków wykonawcy kalkulowali cenę ryczałtową za odbiór 1 Mg odpadów bez znajomości wszystkich miejsc zagospodarowania odpadów na cały okres realizacji zamówienia. Co więcej, umowy z 2019 roku zostały zawarte na okres 36 miesięcy, a wykonawcy mieli skalkulować cenę za odbiór 1 Mg odpadów na cały ten okres. Ani długi okres realizacji umowy, ani brak znajomości wszystkich miejsc zagospodarowania odpadów nie przeszkodziły odwołującemu PreZero w kalkulacji ceny za odbiór odpadów. Odwołujący PreZero, podobnie jak i pozostali wykonawcy, skalkulowali ceny za odbiór 1 Mg odpadów, złożyli oferty oraz z powodzeniem realizowali umowy. Podobnie w przypadku umów zawartych w 2022 roku oraz 2023 roku, kiedy zamawiający zastosował analogiczne warunki jak w niniejszym postępowaniu. Odwołujący PreZero w konsorcjum z Remondis sp. z o.o. aktualnie z powodzeniem realizuje umowę o analogicznym sposobie obliczenia wynagrodzenia jak w niniejszym postępowaniu w zadaniu nr 3.

W ocenie zamawiającego niezasadne są także twierdzenia, jakoby bez znajomości wszystkich miejsc zagospodarowania odpadów nie byli oni w stanie przewidzieć zaangażowania pracowników oraz pojazdów. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniach są profesjonalistami na rynku odbioru odpadów, którzy realizują usługi od wielu lat. Są to także największe podmioty działające na tym rynku. Za zupełnie niewiarygodne należy zatem uznać twierdzenia, że pomimo realizowania z powodzeniem umów przez wiele lat, nie są w stanie ich skalkulować, w szczególności z uwagi na brak wiedzy o stopniu zaangażowania sprzętu oraz ludzi. Rynek odbioru odpadów komunalnych w dużej mierze ma charakter niedookreślony z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia zależny do mieszkańców a nie zamawiającego. Zamawiający nie jest przecież w stanie np. określić ostatecznej ilości odpadów poszczególnych frakcji, co nie przeszkadza wykonawcom w skalkulowaniu jednej ryczałtowej stawki za odbiór odpadów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że koszt transportu odpadów w przypadku dalszych odległości instalacji/stacji przeładunkowych od granicy Zadania (powyżej 40 km) jest wyraźnie uwzględniony jako składnik wynagrodzenia (stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów; por. § 6 ust. 2 pkt 1 lit. b Umowy), który wykonawca winien skalkulować i przedstawić w swojej ofercie w sposób uniwersalny, tj. zarówno przy założeniu przekazywania odpadów do zagospodarowania instalacji położonej 41 km od granicy Zadania, jak i położonej kilkaset km dalej.

Co do terminów dostępności instalacji, zamawiający wskazał, że stosowane są ujednolicone i znane warunki dostępności, które są wykonawcom znane i zostały one określone w § 38 ust. 2 OPZ. Odwołujący PreZero w związku z tą argumentacją nie czyni żadnych żądań, co świadczy o tym, że okoliczność ta jest dla niego w gruncie rzeczy nieistotna. Powyższe stwierdzenia w szczególności wskazujące na konieczność pozostawania w gotowości olbrzymiej ilości pojazdów do odbioru odpadów wraz z pracownikami z uwagi na możliwą zmianę miejsc zagospodarowania na dalej położone niż 250 km nijak mają się do rzeczywistości. Odwołujący PreZero świadomie lub mimowolnie miesza odbiór odpadów na terenie gminy z ich transportem na odległość powyżej 40 km. Transport na takie odległości wykonywany jest nie pojazdami do odbioru odpadów (śmieciarkami), a TIR-ami ze stacji przeładunkowej wykonawcy i tak właśnie realizuje usługi także odwołujący PreZero w chwili obecnej. Zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał stację przeładunkową umożliwiającą zbieranie odpadów i ich magazynowanie m.in. z tej przyczyny, że odpady mogą być transportowane na odległość powyżej 40 km. Jeżeli natomiast odwołujący miałby w planach realizowanie transportu powyżej 40 km śmieciarkami (co zamawiający ocenia jako nieprawdopodobne), to nie oznacza, że zamawiający ma dostosować OPZ do tak niekonwencjonalnego i jednostkowego sposobu wykonania zamówienia. Tym samym odwołujący musi jedynie, uwzględniając własne uwarunkowania, przewidzieć w razie potrzeby konieczność zapewniania dodatkowego transportu samochodem typu TIR, jeżeli przy odległości powyżej 250 km byłoby to konieczne. Z pewnością mieści się to w granicach ryzyka kontraktowego i zdolności do dokonania wyceny. Twierdzenia odwołującego PreZero pozostały zresztą gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi wyliczeniami ani dowodami. Odwołujący PreZero nie przedstawił zatem nawet śladowego dowodu na to, przy jakiej odległości i z jakiego powodu będzie musiał zaangażować znacząco większe środki osobowe i techniczne. Aktualnie obowiązujące umowy stanowią natomiast dowód przeciwny.

Zamawiający podkreślił, że w przypadku przekazywania odpadów do zagospodarowania na dalsze odległości (powyżej 40 km od granicy Zadań), zamawiający będzie niejako osobno pokrywał koszt odbioru odpadów oraz koszt ich transportu do instalacji zagospodarowania, niezależnie od miejsca ich położenia.

Zamawiający zauważył, że kolejnym nieprawdziwym stwierdzeniem jest rzekome przerzucanie na wykonawcę ryzyka braku możliwości przyjęcia odpadów przez instalację. Wykonawca otrzymuje informację o instalacjach z wyprzedzeniem wraz z informacją o czasie przyjmowania odpadów i może się przygotować do realizacji transportu w

czasie działania instalacji lub stacji przeładunkowej.

Odnosząc się do żądań zawartych w odwołaniu, zamawiający wskazał, że żądanie główne, poza tym, że niezasadne, jest obiektywnie niemożliwe do realizacji i opiera się na wadliwym założeniu, że to zamawiający zawiera umowy na zagospodarowanie odpadów z terenu m.st. Warszawy. Tymczasem w m.st. Warszawie zadanie własne gminy polegające na zagospodarowaniu odpadów zostało powierzone Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. na podstawie uchwały nr LII/1251/2017 Rady m.st. Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m.st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych oraz umowy wykonawczej z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów, która jest odpowiedzialna za zagospodarowanie odpadów we własnych instalacjach oraz w instalacjach zewnętrznych. Wybór instalacji zewnętrznych dokonywany jest w trybie zgodnym z przepisami ustawy P.z.p., a umowy zawierane w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego mają charakter wiążący w okresie i na warunkach tam przewidzianych. W ramach tego modelu odwołujący PreZero (w konsorcjum z Remondis sp. z o.o.) uzyskał zamówienie w 2019 roku i realizował i rozliczał je do 2023 roku. W ramach takiego samego modelu ubiegał się także o zamówienie w 2022 roku, uzyskał je w zadaniu nr 3 (Mokotów), realizuje je i rozlicza od dnia 1 maja 2023 r. Powyższe potwierdza, że opis przedmiotu zamówienia jest wystarczający dla złożenia oferty.

Zamawiający stwierdził, że nie ma zatem umów na zagospodarowanie odpadów obowiązujących w całym okresie maksymalnie 18 miesięcy obowiązywania umowy, zatem nie może podać informacji, jakich nie posiada. Uwzględnienie odwołania nie może wiązać się z nałożeniem na zamawiającego obowiązku, który jest obiektywnie niemożliwy do wykonania.

W ocenie zamawiającego całkowicie nieuzasadnione jest żądanie ewentualne, a odwołujący PreZero nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla tego żądania. Stanowi ono w istocie powtórzenie regulacji zawartej w umowach zawieranych w 2019 roku, jednak w innym otoczeniu prawnym, a mianowicie w wyniku przetargu prowadzonego przy regionalizacji instalacji komunalnych i małym prawdopodobieństwie konieczności transportu odpadów na odległości przekraczające 40 km. Z uwagi na zmiany prawne, polegające na zniesieniu regionalizacji, rozliczenie transportu odpadów na większe odległości na podstawie ww. wzoru było dla zamawiającego niekorzystne ekonomicznie i w aktualnych warunkach faktycznych i prawnych transport na odległości przekraczające 40 km jest realizowany i może być realizowany w przyszłości.

Zamawiający zauważył, że w zakresie lit. a) do c) brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia po co zamawiający ma dokonywać podziału ceny za odbiór na 3 grupy według odległości i jakie obowiązujące przepisy narusza aktualny sposób wyliczenia ceny za odbiór odpadów na odległość do 40 km.

W zakresie lit. d) zamawiający wskazał, że wzór zaproponowany przez odwołującego PreZerow zakresie kosztów transportu na odległość powyżej 40 km odwołuje się do współczynnika 0,2% powiększającego cenę ryczałtową za odbiór 1 Mg odpadów na odległość do 40 km. Ten jednolity dla wszystkich wykonawców, oderwany całkowicie od indywidualnych kosztów i uwarunkowań realizacji transportu współczynnik zastąpić ma przewidzianą przez zamawiającego stawkę za 1 km transportu za 1 Mg odpadów komunalnych na odległość powyżej 40 km od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w par. 38 OPZ, liczonej w linii prostej. Współczynnik ten w żaden sposób nie jest powiązany z realnymi kosztami transportu ponoszonymi przez konkretnych wykonawców. Może zatem okazać się, że koszty transportu wyliczone na jego podstawie nie zostaną pokryte, a transport odpadów będzie realizowany poniżej kosztów świadczenia usługi. Ewentualnie, żeby uniknąć tego skutku, koszty te będą musiały powiększyć cenę za odbiór odpadów do 40 km, pomimo że nie stanowią kosztu odbioru odpadów na odległość do 40 km, co po stronie zamawiającego spowoduje konieczność ponoszenia zawyżonych cen także za odbiór na odległość do 40 km. Współczynnik ten nie pozwala zatem na alokację kosztów transportu do właściwej części usługi, a koszty niemożliwości takiej właściwej alokacji poniesie zamawiający oraz mieszkańcy Warszawy finansujący system gospodarki odpadami. Ponadto współczynnik ten eliminuje czynnik konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wykonawcy, których koszty transportu są niższe niż podany współczynnik lub którzy posiadają możliwości optymalizacji kosztów transportu zostaną pozbawieni możliwości konkurowania w tym zakresie w oparciu o swoje indywidualne cechy i uwarunkowania. Ponownie koszty poniesie zamawiający oraz mieszkańcy Warszawy, płacący więcej za usługi niż wynikałoby to z rzeczywistych kosztów świadczenia usługi. Zaproponowany wzór pozostaje także w sprzeczności z zasadą przypisywania kosztów do tej części usługi, dla realizacji której są ponoszone, co zapewnia dotychczasowa stawka za 1 km transportu za 1 Mg odpadów komunalnych na odległość powyżej 40 km. Choć ma ona charakter ryczałtowy, to jej kalkulacja uwzględnia wszystkie istotne elementy kosztotwórcze zindywidualizowane dla danego

wykonawcy. Wykonawca może skalkulować koszty, jakie on konkretnie poniesie. Tym samym to propozycja odwołującego PreZero narusza przepisy ustawy P.z.p. w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p., ponieważ nie umożliwia wykonawcom prawidłowej kalkulacji kosztów transportu do miejsc zagospodarowania odpadów na odległość przekraczającą 40 km wg indywidualnie przysługujących im czynników. Odwołujący PreZero pozbawia nadto zamawiającego jakiejkolwiek wiedzy o kosztach transportu, czyniąc ten koszt dowolnym i nieweryfikowalnym, a postępowanie całkowicie nieprzejrzystym w zakresie jednego z dwóch istotnych elementów kosztowych.

Zamawiający zauważył, że rozliczanie według stawki za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km jest najbardziej adekwatnym sposobem kalkulacji. Przede wszystkim jednak odwołujący PreZero pomija, że uwzględnienie tego żądania całkowicie zmienia sposób rozliczenia umowy, treść oferty oraz sposób obliczenia kryterium oceny ofert „Cena brutto", ponieważ propozycja nie uwzględnia aktualnych uregulowań w tym zakresie braku podziału ceny odbioru 1 Mg odpadów na 3 stawki pośrednie ani stawki ryczałtowej za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km. Z kryterium oceny ofert „Cena brutto" znika istotny składowy element kosztotwórczy, pomimo że zamawiający jest zobowiązany do jego poniesienia, a jego wysokość nie ma charakteru ceny sztywnej. Odwołujący PreZero w żaden sposób nie zakwestionował kryterium „Cena brutto" ani jakiegokolwiek części składowej, w tym ani ceny za odbiór odpadów na odległość do 40 km ani „stawki za 1 km transportu za 1 Mg odpadów komunalnych na odległość powyżej 40 km od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej". Kryterium cena pozostawałoby zatem w oderwaniu od realnych i indywidualnych kosztów świadczenia usług, ponieważ determinantą w kryterium stanie się koszt odbioru. Zamawiający podkreślił, że propozycja odwołującego PreZero szczególnie uderza w wykonawców zadań, gdzie przewidziano transport na duże odległości, ponieważ nawet jeżeli posiadaliby jakiekolwiek uwarunkowania i możliwości realizacji transportu taniej niż ww. współczynnik, to zostają pozbawieni możliwości konkurowania ceną w tym zakresie. Nie sposób nie zauważyć, że tak formułowane żądanie ma utrudnić uzyskanie zamówienia przede wszystkim MPO, które wykonuje je właśnie w zadaniu nr 4, 7 i 9. Nawet gdyby miało możliwość obniżenia wynagrodzenia z tego tytułu nie może tego uczynić, nie może także uwzględnić realnych kosztów transportu pomimo, że koszt ten będzie ponosić.

W zakresie ostatniego z żądań, zamawiający wskazał, że jest ono nieadekwatne do aktualnych uregulowań, ponieważ zmienność miejsc zagospodarowania wprost wynika z warunków zamówienia, a koszt transportu do miejsc zagospodarowania położonych w odległości powyżej 40 km ma być obliczony jako zryczałtowana stawka za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km, zatem za transport każdej Mg odpadów na określoną, nawet dalszą odległość wykonawca otrzyma wynagrodzenie. Nie sposób zatem ocenić, o jakich przypadkach „nieprzewidzianego wzrostu kosztów realizacji zamówienia jest mowa". Żądanie odwołującego narusza art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p. i stanowić będzie pole do sporów co do sposobu jego rozumienia. Z dotychczasowych doświadczeń wynika, że wykonawcy w żadnym z zadań nie mieli problemu z wyliczeniem stawki za transport, a postanowienie służyć ma wyłącznie zwiększeniu zysku i przerzucaniu na zamawiającego ryzyka kontraktowego. Zamawiający podał w OPZ informacje w zakresie miejsc zagospodarowania odpadów, jakie są mu obecnie znane i informacja ta była wystarczająca na potrzeby skalkulowania ofert oraz rozliczania zawartych umów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 239 i art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z wykonawców dotychczas realizujących usługę , tj. Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawa sp. z o. o., zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone wobec zarzutu wskazanego wyżej. Ponadto stwierdził, że zarzut o rzekomej uprzywilejowanej pozycji MPO jest całkowicie nieprawdziwy. Nieprawdą jest, że MPO posiada wiedzę o potencjalnych nowych miejscach zagospodarowania odpadów, które zostaną podane już po podpisaniu umowy, ponieważ wybierane są one w trybie zamówień publicznych. MPO nie ma wiedzy o tym, która oferta okaże się najkorzystniejsza i z kim podpisze umowę. Informacja o podpisaniu umowy jest informacją publicznie dostępną, zatem dostęp do niej ma każdy z wykonawców. *De facto* większy wpływ na krąg podmiotów, z którymi zostaną zawarte umowy na zagospodarowanie, mają wykonawcy tacy jak odwołujący PreZero, Remondis sp. z o.o. czy Byś posiadający własne instalacje i uczestniczący w postępowaniach na zagospodarowanie. Mogą oni bowiem decydować o tym, czy i na które zadania złożyć ofertę oraz jak konkurencyjną ofertę zaproponować. Nie jest zatem prawdą, że MPO będzie mogło skalkulować korzystniej cenę oferty za odbiór i za stawkę za transport 1 Mg odpadów na odległość 1 km z tego powodu, że jest odpowiedzialne za zagospodarowanie odpadów. Potwierdził to zresztą wynik poprzedniego postępowania, gdzie w Zadaniu 3 oferta odwołującego PreZero (w konsorcjum z Remondis sp. z o.o.) okazała się najkorzystniejsza. Co więcej, zadanie nr 3 potwierdza, że to właśnie wykonawcy tacy jak odwołujący, Remondis sp. z o.o. czy Byś posiadający własne instalacje i uczestniczący w postępowaniach na zagospodarowanie mają większą wiedzę i wpływ na decydowanie o instalacjach dedykowanych danemu zadaniu. Jak wynika z § 38 w zakresie zadania nr 3, gdzie odwołujący PreZero wraz z Remondis sp. z o.o. realizuje zamówienie na

odbiór odpadów, odpady w większości są przekazywane do instalacji lub stacji przeładunkowej Remondis sp. z o.o., która została wyłoniona w trybie zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. i art. 353^1 w zw. z art. 12 i 13 oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 i 2 K.c., poprzez wprowadzenie w § 5 ust. 1 umowy prawa zamawiającego do przeprowadzania kontroli sposobu realizacji umowy w sposób nieprawidłowy zamawiający wskazał, że przyjęte we wzorze umowy rozwiązanie polegające na uprawnieniu do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej realizuje warunek wyrażony w art. 6 ust. 1 lit. e i f RODO, tj.:

„e) przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi"

„f) przetwarzanie jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią, z wyjątkiem sytuacji, w których nadrzędny charakter wobec tych interesów mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, wymagające ochrony danych osobowych, w szczególności gdy osoba, której dane dotyczą, jest dzieckiem".

Zamawiający stwierdził, że warunek udzielenia przez osobę zgody, o którym wspomina odwołujący PreZero, zawarty został w art. 6 ust. 1 lit. a „osoba, której dane dotyczą wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w jednym lub większej liczbie określonych celów", lecz nie ma o nim wzmianki w przytoczonych powyżej lit. e i f. Skoro przetwarzanie zgodnie z prawem warunkowane jest spełnieniem co najmniej jednego z warunków wymienionego w art. 6 ust. 1 lit a – f RODO, a warunek uzyskania zgody zawarty został wyłącznie w lit. a należy uznać, że uzyskanie zgody wobec spełnienia przesłanek w lit. e i f nie jest wymagane. Uprawnienie kontrolne zamawiającego przewidziane w treści wzoru umowy podyktowane jest wyłącznie potrzebą kontroli sposobu świadczenia usługi. Zamawiający nie jest w żaden sposób zainteresowany rejestrowaniem wizerunku pracowników odwołującego PreZero ani rozpowszechnianiem tego wizerunku. Realizacja umów w przedmiocie odbioru odpadów komunalnych ściśle związana jest z uzasadnionymi interesami mieszkańców m. st. Warszawy oraz interesem publicznym, którym jest ochrona środowiska oraz zapewnienie czystości i porządku na terenie m. st. Warszawy. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 40 z późn. zm.) zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, wśród tych zadań wymienione zostały m. in. sprawy ochrony środowiska, utrzymania czystości i porządku. Zamawiający, mający świadomość obowiązku należytego zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców we wskazanym wyżej zakresie, powinien dysponować uprawnieniem do przeprowadzenia kontroli, podczas której będzie dysponował możliwością dokumentowania nieprawidłowego sposobu świadczenia usługi celem zgromadzenia dowodów nienależytego wykonania odbioru odpadów komunalnych. W ocenie zamawiającego oczywistym jest, że niezapewnienie spełnienia wymagań umownych mogłoby także w sposób negatywny oddziaływać na środowisko. Oczywistym jest także, że zaniechanie skutecznej kontroli i brak możliwości udokumentowania zaniechań wykonawcy negatywnie może wpłynąć na środowisko i wywołać zdarzenia (w tym katastrofy ekologiczne), w zakresie których likwidacja skutków może być niezwykle trudna i kosztowna. Tym samym określone w § 5 wzoru umowy uprawnienie kontrolne jest uprawnieniem niezbędnym do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym oraz niezbędnym do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: 1) W.B., 2) J.Z., 3) PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie, 4) Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący poparli stanowisko odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, który poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 1 do SWZ – wzór umowy zamawiający w zakresie zasad wynagrodzenia za odbiór odpadów komunalnych w § 6 ust. 2 wskazał, że:

„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji – również w ust. 1a, stanowić będzie, za dany okres rozliczeniowy, sumę:

1) iloczynu wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od liczonej w linii prostej, najkrótszej odległości od granicy Zadania do miejsca zagospodarowania odpadów

komunalnych, o których mowa w § 38 OPZ, tj.:

a) …… zł za 1 Mg (słownie złotych: ……) – dla odległości do 40 km,

b) w wysokości obliczonej wg wzoru: C + (S x (L - 40)), gdzie: C jest równe stawce określonej w lit. a, S jest równe stawce za 1 km transportu 1 Mg odpadów wynoszącej ……. zł (słownie złotych: ……..), a L jest równe odległości od granicy Zadania do miejsca zagospodarowania odpadów komunalnych – dla odległości powyżej 40 km;"

Zgodnie z § 38 ust. 3 i 4 OPZ:

„3. W okresie przygotowawczym, o którym mowa w § 5 ust. 1 OPZ, Zamawiający wskaże aktualną listę miejsc zagospodarowania odpadów komunalnych, przypisanych do poszczególnych Zadań, z podziałem na frakcje, obowiązującą co najmniej w pierwszym miesiącu etapu realizacji Umowy, w tym zasady przekazywania odpadów, dni i godziny przyjmowania odpadów, a także odległość do miejsca zagospodarowania odpadów komunalnych stanowiącą podstawę do obliczenia wynagrodzenia zgodnie z § 6 Umowy oraz jej unikalny identyfikator.

4. Zamawiający, w terminie określonym w § 5 ust. 2 pkt 6 OPZ, wskaże Wykonawcy miejsca zagospodarowania odpadów komunalnych, przypisane do poszczególnych Zadań i frakcji w kolejnych miesiącach obowiązywania Umowy, a także odległość do miejsca zagospodarowania odpadów komunalnych stanowiącą podstawę do obliczenia wynagrodzenia zgodnie z § 6 Umowy oraz jej unikalny identyfikator".

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy, „Zamawiający ma prawo do przeprowadzenia kontroli sposobu realizacji Umowy przez Wykonawcę oraz żądania przekazania przez Wykonawcę informacji lub dokumentów związanych z realizacją Umowy w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W ramach czynności kontrolnych Zamawiający może stosować wszelkie sposoby i metody kontroli realizacji Umowy adekwatne do rodzaju kontrolowanego obowiązku, w tym ma prawo do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania."

Zgodnie z § 5 ust. 4 wzoru umowy w przypadku kontroli sposobu realizacji umowy wymagającej wstępu na teren bazy magazynowo-transportowej wykonawcy lub uzyskania dostępu do pojazdów wykonawcy wykorzystywanych do realizacji umowy, najpóźniej w dniu przeprowadzenia kontroli, poinformuje wykonawcę lub również podwykonawców, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, o zamiarze przeprowadzenia kontroli, przekazując jednocześnie listę osób upoważnionych przez Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli.

W pkt 26.1.1 i 26.1.2. SWZ, zamawiający wskazał kryteria oceny ofert:

„Cena brutto" – Cena całkowita brutto służąca do porównania ofert w kryterium cena zostanie wyliczona automatycznie przez system w oparciu o

➢ zaoferowane przez Wykonawcę ceny jednostkowe, tj.:

• cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C);

• stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S).

➢ wartości przyjęte do wyliczeń całkowitej ceny brutto, służącej do porównania ofert w kryterium cena, które Zamawiający przedstawia w poniższej tabeli:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Waga (ilość) do porównania ofert
1.	cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C)	1 [tona]
2.	stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S).	42 [km]

W dniu 22 kwietnia 2024 roku zamawiający uaktualnił listę miejsc zagospodarowania odpadów i w § 38 ust. 2 wskazał aktualną listę instalacji z terminem na październik, listopad i grudzień 2024 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. i art. 353^1 w zw. z art. 12 i 13 oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 i 2 K.c., poprzez ustanowienie w § 8 ust. 3 ppkt 37 Umowy kary umownej za każdy przypadek uniemożliwienia lub utrudniania przeprowadzenia kontroli, o której mowa w § 5 Umowy, w tym do wykonywania dokumentacji zdjęciowej, filmowej lub dźwiękowej według własnego uznania zamawiającego podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p.

Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący PreZero jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 353^1 i art. 5 K.c. poprzez przyjęcie we wzorze umowy (§ 6 ust. 2 pkt 1 lit. a i lit. wzoru umowy, dalej „Umowa") jako modelu wynagrodzenia modelu mieszanego, tj. za usługę odbioru 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy zadań do instalacji, o których mowa w § 38 Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), liczonej w linii prostej oraz za usługę transportu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów znajdującego się w odległości powyżej 40 km od granicy danego zadania stawki za 1 km transportu za odległość mierzoną w linii prostej, podczas gdy wykonawca składając ofertę nie ma wiedzy, do których miejsc zagospodarowania odpadów będzie miał transportować dane odpady w całym okresie maksymalnie 18 miesięcy realizacji umowy, co stanowi okoliczność mającą wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów świadczenia usługi, w tym przewidzenie niezbędnego potencjału technicznego i osobowego niezbędnego do świadczenia usługi, co powoduje niemożliwość skalkulowania ceny oferty, i w konsekwencji powoduje, że całokształt modelu wynagrodzenia w tym zakresie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej, jak również narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami był fakt, że zamawiający przyjął mieszany model rozliczeń z wykonawcą, tj. w przypadku, w którym instalacja lub stacja przeładunkowa, do której wykonawca przekaże odpady komunalne znajduje się w odległości do 40 km od granicy danego zadania, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości wskazanej w ofercie za 1 Mg odpadów (§ 6 ust.2 pkt 1 lit. a Umowy), natomiast w przypadku, w którym instalacja lub stacja przeładunkowa, do której wykonawca przekaże odpady komunalne znajduje się w odległości powyżej 40 km od granicy danego zadania, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości obliczonej na podstawie stawki wskazanej w ofercie za 1 km transportu 1 Mg odpadów (§ 6 ust.2 pkt 1 lit. a Umowy).

Podkreślić należy, że zamawiający w dniu 22 kwietnia 2024 roku uaktualnił listę miejsc zagospodarowania odpadów i w § 38 ust. 2 wskazał aktualną listę instalacji z terminem na październik, listopad i grudzień 2024 roku.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający przekazał wykonawcom wszystkie informacje, którymi dysponował i które mają wpływ na sporządzenie oferty. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna. Sam odwołujący w treści odwołania przyznał, że: „Zamawiający nie ma nawet możliwości określenia w sposób wyczerpujący jednej ostatecznej listy instalacji obowiązującej w całym okresie realizacji zamówienia". W ocenie Izby zatem zamawiający nie uchybił w tym zakresie dyspozycji wskazanej w art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p, zgodnie z którą przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 3525/22, z którego wynika, iż *Po pierwsze, Zamawiający podał w SWZ listę instalacji przetwarzania odpadów komunalnych oraz w stacji przeładunkowych (vide §38 ust. 2 OPZ). Zamawiający tym samym uczynił zadość obowiązkowi wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Przekazał informacje konieczne do określenia w ofercie kosztów realizacji zamówienia. Po drugie, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający jest w posiadaniu jakiś dodatkowych informacji, które są niezbędne do wyceny kosztów realizacji usługi. Odwołujący wyłącznie wskazał, że lista instalacji jest niepewna i może ulec zmianie. Pomija jednakże Odwołujący całkowicie w swoich rozważaniach fakt, że dobór instalacji, jak wyjaśnił Zamawiający, dokonywany jest w trybie przetargowym, a zatem Zamawiający nie ma nawet możliwości określenia w sposób wyczerpujący na cały okres realizacji zamówienia jednej ostatecznej listy instalacji.*

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że „Zamawiający powinien był w pierwszej kolejności wszcząć postępowania na zagospodarowania odpadów a – następnie znając listę MGO – wszcząć postępowanie na odbiór odpadów z terenu m. st. Warszawy".

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie i stanowi niezasadną ingerencję w uprawnienie zamawiającego do określania i definiowania własnych priorytetów w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Jak słusznie zauważył zamawiający, okres obowiązywania umów na odbiór odpadów nie musi pokrywać się z okresem, na jaki zawierane są umowy na ich zagospodarowanie. Taki stan rzeczy może być podyktowany specyfiką przyjętej i realizowanej przez zamawiającego koncepcji, wynikającej z jego uzasadnionych potrzeb. Podkreślić należy, że

odwołujący nie zakwestionował przyjętej przez zamawiającego strategii i nie podniósł, że nie jest ona podyktowana jest słusznym interesem.

Odwołujący w treści odwołania odwołał się do przykładów innych gmin w Polsce, w których zamawiający realizują zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów w sposób, jakiego domaga się odwołujący w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby odwoływanie się do zamówień z innych miejscowości należy uznać za nieuzasadnione. Izba zwraca uwagę, że każdy zamawiający jest uprawniony do przyjęcia takiej strategii w zakresie gospodarki odpadami, która jest najbardziej odpowiednia dla danej miejscowości z uwzględnieniem jej specyfiki, w tym ilości mieszkańców i ilości produkowanych odpadów. Zaznaczyć należy, że miasto stołeczne Warszawa, które jest największym ośrodkiem w Polsce, charakteryzuje się innymi atrybutami niż pozostałe miejscowości w Polsce, stąd też nie każda polityka, która jest odpowiednia dla mniejszej miejscowości, będzie odpowiednia dla miasta stołecznego.

Odwołujący PreZero podniósł, że wyliczenie ceny ryczałtowej za usługę 1 Mg odbioru odpadów będzie w inny sposób kalkulowane dla odległości bliższej a inaczej dla odległości dalszej, co powoduje, że całe ryzyko związane z wyliczeniem ceny kontraktowej zostało przerzucone na wykonawcę.

Izba podkreśla, że zakwestionowany przez odwołującego PreZero model wynagrodzenia za usługę odbioru 1 Mg odpadów jest uzasadniony przyjętą przez zamawiającego formułą zamówienia. Podkreślić należy, że w każdym przypadku zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za każdy kilometr transportu 1 Mg odpadów. Zamawiający różnicuje jedynie sposób wyliczenia wynagrodzenia za 1 km transportu odpadów w zależności od tego, czy instalacja / stacja przeładunkowa znajduje się w odległości do czy też powyżej 40 km od granicy zadania.

W tym miejscu Izba ponownie wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 3525/22, gdzie wskazano, iż *(…) Izba wskazuje, że ewentualne zmiany w zakresie instalacji/stacji przeładunkowych to okoliczność przyszła i niepewna. Nie jest to jednak coś nietypowego i nadzwyczajnego w relacjach kontraktowych. Ryzyko kontraktowe jest elementem immanentnym związanym z realizacją umów, również umów z zakresu zamówień publicznych. Podobnie jak w przypadku umów o wykonanie robót budowlanych w zakresie których wykonawcy muszą uwzględniać ryzyko związane z wzrostem cen materiałów, usług, robocizny, a więc elementów przyszłych i niepewnych, tak w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy muszą uwzględnić ryzyko związane z ewentualną zmianą pierwotnie wskazanych instalacji/stacji przeładunkowych.*

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że analogiczne warunki realizacji umowy zawarte były w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez miasto stołeczne Warszawa. Jak wskazał zamawiający, wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, w tym odwołujący PreZero, realizują bądź realizowali umowy na podobnych warunkach. Na tę okoliczność przedłożył umowę z dnia 28 czerwca 2019 roku zawartą z konsorcjum Remondis Sp. z o.o. w Warszawie i SUEZ Polska Sp. z o.o. w Warszawie (aktualnie PreZero) oraz umowę z dnia 14 września 2022 roku zawartą z przystępującym Wojciechem Byśkiniewiczem. Izba przeprowadziła dowody ze złożonych umów i potwierdziła okoliczności, na jakie zostały złożone. Odwołujący PreZero nie podniósł, iż realizacja aktualnie obowiązującej umowy wiąże się ze stratami po jego stronie i jest dla niego nierentowna. Podkreślić również należy, że wykonawcy, którzy wzięli udział w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, w tym odwołujący PreZero i przystępujący, i którzy tym samym zadeklarowali swoje uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia, są profesjonalistami, posiadającymi wieloletnie doświadczenie w realizacji zamówień o tożsamym przedmiocie zamówienia. Oszacowanie ryzyka i kalkulacja ceny z uwzględnieniem uwarunkowań przedmiotowego postępowania, nie powinna zatem być dla tychże podmiotów problematyczna.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe odwołującego PreZero z symulacji kosztów odbioru i transportu 1 Mg do 40 km i powyżej 40 km, na okoliczność wykazania wskazanych w symulacjach kosztów transportu. Okoliczność, iż koszty transportu odpadów w zależności od odległości różnią się pomiędzy sobą nie była pomiędzy stronami sporna. Wykonawcy przy kalkulacji ceny obowiązani są natomiast wyliczyć uśrednioną cenę za 1 km transportu odpadów z uwzględnieniem wszelkich ryzyk i specyfiki przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarówno podniesiony zarzut, jak i związane z nim żądania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy w zw. z art. 239 i art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez uprzywilejowanie pozycji jednego z wykonawców dotychczas realizujących usługę, tj. Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawa.

W ocenie Izby odwołujący PreZero w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego przystępujący MPO miałby mieć szerszą wiedzę w zakresie nowych miejsc zagospodarowania odpadów. Izba wskazuje, że uaktualnioną listę miejsc zagospodarowania odpadów znają wszyscy potencjalni wykonawcy, natomiast nowe miejsca będą znane dopiero po przeprowadzeniu właściwych postępowań w trybie ustawy P.z.p. Wyniki takich postępowań są jawne dla wszystkich zainteresowanych i zarówno przystępujący MPO, jak i inni uczestnicy rynku, mają do nich dostęp na takich samych zasadach.

Izba przeprowadziła dowód ze złożonego przez odwołującego PreZero dokument: „Zestawienie umów na zagospodarowanie odpadów podpisanych w ramach postępowań przetargowych przez MPO Warszawa". W ocenie Izby dowód te nie potwierdza uprzywilejowanej pozycji przystępującego MPO. Zostały w nim zawarte informacje znane wszystkim zainteresowanym podmiotom. Ponadto przystępujący MPO na rozprawie oświadczył, że zawarte przez niego umowy mogą być wznowione tylko jeden raz i na okres półroczny. Fakt ten nie został zakwestionowany przez odwołującego PreZero ani żadnego z przystępujących po stronie odwołującego. Ze złożonego zestawienia wynika, że umowy te zostały wznowione i wykonawcy zostali poinformowani o nowych terminach obowiązywania tychże umów. Przystępujący MPO nie dysponuje inną niż pozostali wykonawcy wiedzą w tym zakresie.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentu dotyczącego postępowania przetargowego prowadzonego przez przystępującego MPO na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych, sklasyfikowanych pod kodem 20 02 01, pochodzących z terenu m. st. Warszawy". Okolicznością notoryjną jest bowiem to, że przystępujący MPO prowadzi działalność gospodarczą polegającą m.in. na zagospodarowaniu odpadów komunalnych.

Izba oddaliła wnioski dowodowe przystępującego Remondis: ze strony internetowej , na okoliczność otwarcia w IV kwartale 2024 Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów, oraz z dokumentu „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi dla m. st Warszawy rok 2022" na okoliczność wykazania ilości odpadów komunalnych w mieście Warszawa. W ocenie Izby okoliczności, jakie miałyby zostać stwierdzone dowodami, stanowią w istocie nieuprawnione rozszerzenie zarzutu. Odwołujący PreZero w treści odwołania nie podnosił zarzutu dotyczącego uprzywilejowania przystępującego MPO z uwagi na fakt budowy Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. i art. 353^1 w zw. z art. 12 i 13 oraz art. 483 § 1 i art. 484 § 1 i 2 K.c., poprzez wprowadzenie w § 5 ust. 1 umowy prawa zamawiającego do przeprowadzania kontroli sposobu realizacji umowy w sposób nieprawidłowy.

W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozpoznaniu analogicznego zarzut podniesionego w odwołaniu o sygn. KIO 1141/24.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

Przewodniczący:……

……

……