Sygn. akt: KIO 2122/23

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2023 r. przez wykonawcę:

MS-EKO Sp. z o.o. w Warszawie

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Miejska Legionowo - Urząd Miasta Legionowo

orzeka:

1. **Umarza postępowanie** w odniesieniu do zarzutu trzeciego dotyczącego zakresu udostępnianych zamawiającemu przez wykonawcę danych osobowych osób zatrudnionych;
2. **Oddala odwołanie** w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 51 zł 00gr (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Uzasadnienie

Gmina Miejska Legionowo Urząd Miasta Legionowo (ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 41, 05-120 Legionowo) (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) postępowanie na zamówienie na: odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, z PSZOK oraz przeterminowanych leków. Numer referencyjny: Rz.271.24.2023 (dalej: Postępowanie). Warunki i zasady udzielenie zamówienia a opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ), której część stanowi opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) a załącznikiem jest wzór umowy (dalej: Wzór umowy).

W dniu 20 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. (ul. Modlińska 129/U7, 03-186 Warszawa) (dalejWykonawca lub Odwołujący) wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 99 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 433 pkt 2 i 3 w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 z późn. zm.) (dalej: Kc), w zw. z art. 353/1 Kc w zw. z art. 387 § 1 Kc poprzez nałożenie na wykonawcę umowy w § 4 pkt 1 SWZ, rozdziale 2. i rozdziale 4. pkt 19. i 20. załącznika nr 13 do SWZ - OPZ i § 1 ust. 3. załącznika nr 12 do SWZ - Wzór umowy obowiązku „odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych" (dalej: Poziom Recyklingu):

- bez wskazania realnych metod, w jaki sposób wykonawca ma ten obowiązek zrealizować,
- bez zapewnienia wykonawcy odpowiednich narzędzi pozwalających na realizację tego obowiązku,
- bez realnego i efektywnego współdziałania Zamawiającego w zakresie zapewnienia osiągnięcia wymaganego Poziomu Recyklingu,

- przez nałożenie na wykonawcę obowiązku, który mogą zrealizować jedynie podmioty trzecie, za których działanie wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, tj. mieszkańcy Gminy Miejskiej Legionowo,
- przez nałożenie na wykonawcę obowiązku obiektywnie niemożliwego do zrealizowania w Gminie Miejskiej Legionowo,
- przez nałożenie na wykonawcę obowiązku wewnętrznie sprzecznego, tj. z jednej strony obowiązku odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej również: PSZOK), a więc takich, jakie wytworzą ci mieszkańcy i przekażą wykonawcy do odbioru i zagospodarowania, które to odpady nie odpowiadają Poziomom Recyklingu, a z drugiej wymaganie od wykonawcy osiągnięcia Poziomów Recyklingu,
- w sposób stanowiący naruszenie zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczeniem prawa do ustalania warunków realizacji zamówienia poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku, podczas gdy oczywiste jest, że wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie Poziomu Recyklingu.

2.Art 99 ust 1 i art. 433 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 471 i art. 472 Kc poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt 3 załącznika nr 12 do SWZ - Wzór umowy od wykonawcy na rzecz Zamawiającego kar umownych w wysokości kary, której będzie podlegała Gmina Miejska Legionowo za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z późn. zm.) (dalej również ucpg), naliczonej Gminie Miejskiej Legionowo zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ww. ustawy - w części, za którą odpowiada wykonawca", które to zastrzeżenie:
- jest niedookreślone i niezrozumiałe, za jakie obowiązki odpowiada wykonawca i za jakie jest obciążony karami umownymi,
- stanowi przypisanie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (jako władze Gminy i mieszkańcy Gminy), w szczególności w zakresie osiągnięcia Poziomu Recyklingu,
- stanowi to ustalenie kary umownej za zachowanie wykonawcy niezwiązane z prawidłowym wykonaniem umowy, bowiem wykonawca może zrealizować umowę z dochowaniem najwyższej staranności, a mimo tego nie osiągnąć wymaganego Poziomu Recyklingu,
- stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczeniem prawa do ustalania warunków realizacji zamówienia poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązków i kar, podczas gdy oczywiste jest, że Wykonawca nie ma wpływu na osiągnięcie Poziomu Recyklingu oraz nałożenie ww. kar jest niezgodne z ich przeznaczeniem wskazanym w art. 471 Kc oraz z innymi przepisami Kodeksu cywilnego wskazanymi w odwołaniu.

3.Art. 438 ust. 2 Pzp i art. 5 ust. 1 lit. b i c oraz art. 6 ust. 1 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 [dalej: „rozporządzenie RODO") poprzez nałożenie na wykonawcę w § 7 ust. 4. załącznika nr 12 do SWZ - Wzór umowy obowiązku przekazania Zamawiającemu, do dnia rozpoczęcia realizacji umowy, wykazu osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, o których mowa w ust. 1-2 § 7, ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz adresu zamieszkania danej osoby, wykonywanych czynności oraz wymiaru czasu pracy, podczas gdy stanowi to wymaganie nadmierne, niczym nie uzasadnione, zbędne do celów realizacji umowy z wykonawcą oraz niezgodne z przepisami art. 5 i art. 6 rozporządzenia RODO oraz art 438 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ogranicza możliwe do żądania informacje, w tym dane osobowe, do niezbędnych do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, do czego nie służy ani adres zamieszkania pracownika, ani wymiar jego czasu pracy.

4. Art. 99 ust. 1 i art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez określenie w § 14 pkt 5 i nast. załącznika nr 12 do SWZ - Wzór umowy warunków waloryzacji ceny za odbiór i transport odpadów:
- przy założeniu możliwości złożenia wniosku o waloryzację dopiero po 12 miesiącach od daty rozpoczęcia realizacji umowy, podczas gdy w art. 439 ust. 1 Pzp mowa jest o 6 miesiącach, a w art. 439 ust. 3 Pzp o 180 dniach od dnia upływu terminu składania ofert,
- w sposób niejasny, niejednoznaczny, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty (cenę oferty), nie określający i nieuwzględniający realnego wpływu zmiany kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
Ad. 1) usunięcia z SWZ obowiązku osiągnięcia przez wykonawcę Poziomu Recyklingu przewidzianego w art. 3b ucpg dla Gminy lub też wskazania w SWZ lub też takie sformułowanie postanowień umowy, które -
wskażą realne metody, w jaki sposób Wykonawca ma ten obowiązek zrealizować, - zapewnią Wykonawcy odpowiednie i realne narzędzia pozwalające na realizację tego obowiązku, - będą stanowiły o realnym i efektywnym współdziałaniu Zamawiającego (w rozumieniu Gminy, tj. jej władz i mieszkańców) w zapewnieniu osiągnięcia wymaganego Poziomu Recyklingu.
Ad. 2) usunięcia § 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy lub ewentualnie dokładnego opisania we Wzorze umowy, za które konkretnie z okoliczności wskazanych w art. 9z ucpg, na jakich zasadach i w jakiej konkretnej części odpowiada

wykonawca, z tym że również w tym przypadku Wykonawca żąda usunięcia odniesienia do osiągnięcia Poziomu Recyklingu - poza zakresem, w którym wykonawcy można przypisać bezpośrednią winę za nieosiągnięcie wymaganych Poziomów Recyklingu

Ad. 3) wykreślenia z § 7 ust. 4 Wzoru umowy żądania danych w zakresie niezgodnym ze wskazaniami przywołanych art. 5 ust. 1 lit. b i c rozporządzenia RODO oraz art. 438 ust. 2Pzp, w szczególności co do adresu zamieszkania oraz wymiaru czasu pracy pracowników.

Ad. 4) zmiany § 14 Wzoru umowy poprzez zastąpienie w postanowieniu § 14 ust. 1 pkt 5 lit. f wskazania, że „pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji niniejszej umowy" wskazaniem, że pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, zgodnie z art. 439 ust. 1 i 3 Pzp oraz Odwołujący żądał także usunięcia opisanych powyżej niejasności i sprzeczności w zakresie zasad i trybu wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy poprzez określenie w § 14 Wzoru umowy jasnych i logicznych zasad tej waloryzacji.

Pismem z dnia 31 lipca 2023 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego, jako żądania danych nadmiarowych w postaci adresu zamieszkania oraz wymiaru czasu pracy pracownika. W pozostałym zakresie Zamawiający żądał oddalenia zarzutów.

Wykonawca oświadczył, że zakres uwzględnienia zarzutu trzeciego odpowiada jego żądaniu.

Odwołujący powoływał się na dokumentację postępowania oraz na posiedzeniu złożył:

1. fragment ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 3aa, art. 3b, art. 3c) wskazujący wymagane poziomy recyklingu w gminach wagowo, w szczególności na rok 2022 – 25%, 2023 – 35%, 2024 – 45%, 2025 – 55% - w charakterze poglądowym;
2. zrzut ze strony internetowej Ministerstwa Klimatu i Środowiska, informujący o wprowadzeniu systemu kaucyjnego od 1 stycznia 2025 roku na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklanych butelek wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowych puszek o pojemności do 1 litra, który ma zwiększyć poziom selektywnego zbierania opakowań obecnie przekazywanych w ramach odbioru odpadów komunalnych a w efekcie recyklingu odpadów opakowaniowych i zmniejszy zaśmiecenie środowiska
3. a. b. opracowane przez Odwołującego na podstawie informacji GUS oraz danych pochodzących od Zamawiającego i przedstawione w formie tabelarycznej dane dot. stosunku odpadów selektywnie zebranych (ilości podane odrębnie dla grup: zmieszane, papier i tektura, szkło, zmieszane opakowaniowe/ tworzywa sztuczne, bio oraz ilości wszystkich zebranych odpadów) do ilości selektywnie zebranych odpadów i do ilości zmieszanych odpadów z wyliczeniem i porównaniem powyższych danych z poziomami recyklingu na lata 2024-2025 dla gminy Legionów;
4. informację ze strony internetowej urzędu miasta Legionowo (Zamawiającego) wskazującą, jaki poziom recyklingu został osiągnięty przez gminę za 2022 rok oraz ile odpadów było zebranych selektywnie oraz przyczyn niemożności poddania recyklingowi całości odpadów selektywnych;
5. a. b. wykresy sporządzone przez Odwołującego na podstawie danych GUS obrazujące poziomy odbioru odpadów selektywnie (3 frakcji) wraz z przewidywaniami Odwołującego, co do tych ilości w latach 2024 i 2025;
6. pismo Remondis z dnia 24 października 2022 r. – podmiotu posiadającego instalacje przetwarzania odpadów komunalną informujące o możliwości wysortowania ze strumienia odpadów zmieszanych około 2% odpadów podlegających recyklingowi;
7. a. b. dokumenty przygotowane przez firmę Stora Enso wskazujące na warunki i wymagania stosowane przez spółkę Stora Enso dla przyjęcia odpadów – makulatury dla poddania jej recyklingowi oraz informację o spółce i jej doświadczeniu w przetwarzaniu odpadów;
8. dokument przygotowany przez K. Recykling S.A. wskazujący na warunki i wymagania stosowane przez spółkę K. recykling S.A. dla przyjęcia odpadów – szkła dla poddania go recyklingowi;
9. instrukcja segregacji śmieci – przykładowa, w której Odwołujący wykreślił 2 pozycje odnoszące się do dotychczas segregowanych odpadów w postaci czystych butelek oraz plastikowych i aluminiowych butelek, które w związku z wejściem w 2025 roku systemu kaucyjnego, co do zasady nie będą podlegały selektywnemu odbiorowi w ramach zamówienia publicznego objętego Postępowaniem;
10. a. b. c. przykładowe zdjęcia wykonane przez Odwołującego obrazujące prawidłową segregację odpadów żółtych (plastik, metal), które podlegać będą systemowi kaucyjnemu i które w ocenie Odwołującego są odpadami pożądanymi na rynku wobec możliwości przetworzenia u recyklerów;
11. sprawozdania przykładowe gmin osiągniętego poziomu recyklingu za lata 2022 i wcześniejsze, które wskazują na faktyczne osiągnie poziomów wymaganych lub niższych niż przepisanych ustawą, które wg Odwołującego nie

mają szansy wzrosnąć o przewidziane ustawą 10% wzrosty poziomu recyklingu na lata 2024 i 2025;

12. przykładowe wyliczenie przewidywanych kar umownych na 2024 i 2025 rok w przypadku nieosiągnięcia zakładanego w ramach Postępowania poziomu recyklingu, opracowane przez Odwołującego w oparciu o masę odpadów odebranych za 2022 rok w gminie Legionów u Zamawiającego, poziomu recyklingu wskazanego przez Zamawiającego na stronie internetowej za 2022 rok oraz ustawowy wzrost poziomu recyklingu z założeniem, że masa odebranych odpadów nie ulegnie zmianie. Wysokość kar została wyliczona zgodnie z ustawą o utrzymaniu porządku i czystości w gminach;

13. zrzut z ekranu GUS obrazujący rodzaj danych zbieranych z GUS, na których Odwołujący oparł się przygotowując wcześniej wskazane dowody – w zakresie wyliczeń i ich zobrazowania.

14. Projekt ustawy o zmianie ustawy o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi, który wprowadza system kaucyjny o charakterze poglądowym.

15. a. b. c. d. – zdjęcia wykonane przez Odwołującego obrazujące nieprawidłowości segregacji odpadów mieszkańców różnych gmin (w tym także Zamawiającego (15 c. i 15 d.);

na okoliczność niemożliwości osiągnięcia poziomu recyklingu określonego ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach na 2024 i 2025 i grożących w związku z tym obciążeń finansowych – kary umowne.

Zamawiając domagał się dopuszczenia dowodu z broszury reklamowej firmy Bioodpady.pl na okoliczność istnienia na rynku firm, które umożliwiają osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentów postępowania oraz załączonych przez strony dokumentów oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutu trzeciego, co do którego Zamawiający uwzględnił odwołanie Izba uznała, że postępowanie podlega umorzeniu. Zgodnie z normą art. 568 pkt. 3 w zw. z art. 522 Ustawy postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, co rodzi obowiązek po stronie zamawiającego wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W zakresie pozostałych zarzutów w stosunku do postanowień dokumentów postępowania Izba oddaliła odwołanie wobec niewykazania przez Odwołującego naruszenia przepisów Ustawy.

Izba stwierdza, że w zakresie przepisów relewantnych do zarzutów i rozstrzygnięcia zgodnie z:

- art. 99 ust. 1 ,2 ,4 w zw. z art. 16 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty; Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów; Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów; i jednocześnie Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty i proporcjonalny;
- art. 17 ust. 1 Pzp Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów a także
- art. 353/1 k.c. w zw. z art. 387 par 1 Kc w zw. z art. 8 Pzp strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania , byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego i jednocześnie umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna
- art. 433 pkt 2 i 3 w zw. z art. 431 Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem ani odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność

ponosi zamawiający; i jednocześnie zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej "umową", w celu należytej realizacji zamówienia.

- art. 471 i art. 472 Kc w zw. z art. 8 Pzp dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi i jednocześnie jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.
- art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt. 3 Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia; W umowie określa się sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy.

Jednocześnie Izba w oparciu o SWZ, OPZ i Wzór umowy ustaliła bezsporne pomiędzy stronami okoliczności, że:

1. przedmiot zamówienia obejmuje odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, z PSZOK oraz przeterminowanych leków z aptek przez okres nie wcześniej niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy, z tym że nie wcześniej niż od dnia 1 stycznia 2024 roku, a zakończenie świadczenia usług nastąpi w dniu 31 grudnia 2025 r. w sposób zgodny z aktualnymi przepisami, warunkami Wzoru umowy, w tym SWZ i OPZ, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r. zgodnie z zapisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a także zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa mazowieckiego oraz przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Legionowo, a także innymi przepisami prawa ustawowego i miejscowego.
2. wykonawca zobowiązany jest do realizacji przedmiotu umowy tj. odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z należytą starannością, zgodnie z ustaleniami Umowy, SWZ, w tym OPZ oraz zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i w każdej ilości z ograniczeniem kwotowym (nie więcej niż do wartości całkowitej umowy);
3. wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (poddać odzyskowi lub unieszkodliwieniu) odpady zgodnie z obowiązującym prawem, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywania do składowania; i jest odpowiedzialny jest za osiąganie przez Gminę Miejską Legionowo, w części objętej przedmiotem zamówienia, poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji wskazanych w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530) oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji;
4. wynagrodzenie dla wykonawcy wypłacane jest w częściach za odebrane i zagospodarowane odpady komunalne stanowiące iloczyn cen jednostkowych określonych w formularzu ofertowym w wykonawcy oraz ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych w zakresie poszczególnych frakcji, wynikających z kart przekazania odpadów komunalnych (potwierdzonych dowodami ważenia) oraz udokumentowanych odczytami monitoringu GPS określonego w Dziale 4 pkt 7 OPZ potwierdzającymi, że odpady pochodziły wyłącznie z nieruchomości zamieszkałych znajdujących się na terenie Gminy Miejskiej Legionowo; przy czym Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SWZsą szacunkowe, ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów z zastrzeżeniem, że nie może to spowodować wzrostu całkowitej wartości umowy;
5. podstawę do rozliczenia usług i wystawienia faktury przez Wykonawcę będzie stanowił protokół wykonania usług podpisany przez Wykonawcę i Zamawiającego, którego wzór stanowi załącznik do Wzoru umowy a terminowość i prawidłowość wykonania usług będzie oceniana przez Zamawiającego przy udziale wykonawcy w oparciu o harmonogram odbioru odpadów, odczyty GPS, odczyty z wideorejestratorów oraz odczyty z terminali/komputerów/tabletów/smartfonów lub innych elektronicznych urządzeń umożliwiających przekazywanie elektronicznych danych odbioru przez protokół SOAP za pomocą metod web service (SOAP) opisane w dziale 4 pkt

7 - 10 OPZ. (Załącznik nr 3 do Umowy)

6.Z § 12 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy wynika, że Zamawiającemu przysługują od wykonawcy kary umowne w wysokości kary, której będzie podlegała Gmina Miejska Legionowo za nie wywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ucpg zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3ucpg - w części, za którą odpowiada wykonawca a więc, co potwierdził również Zamawiający w stanowisku procesowym za naruszenia, o których mowa w ust. 3 art. 9z pkt 1 ucpg (osiągnięcie ustawowego poziomu recyklingu) i na skutek zachowania, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;

7.Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi 30% wartości umowy brutto.

Izba ustaliła także, co jest bezsporne pomiędzy stronami, że:

- Odwołujący obecnie realizuje umowę na rzecz Zamawiającego obejmującą analogiczny do objętego Postępowaniem przedmiot zamówienia;

- Przedmiot zamówienia a tym samym zobowiązanie wykonawcy - w ramach aktualnie realizowanego przez Wykonawcę oraz objętego Postępowaniem - obejmuje, nie wszystkie, lecz większość odpadów do jakich odbioru i przetworzenia zobowiązany jest Zamawiający;

- wysokość kary nałożonej na Zamawiającego zgodnie z ucpg za nie osiągnięcie ustawowego poziomu recyklingu za rok 2024 przy założeniu utrzymania obecnego wskaźnika 313 zł za tonę może wynieść 1 200 000 zł.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 4 i 5 ucpg gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu, więc poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej wagowo 20% za rok 2021, 25% za rok 2022, 35% za rok 2023, 45% za rok 2024 i 55% za rok 2025; Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych (art. 3b ust. la ucpg). Tym samym obowiązek osiągania poziomu recyklingu odpadów komunalnych w określonych wysokościach nałożony został bezpośrednio na gminę, stanowi jej zadanie i gmina ponosi ustawową odpowiedzialność za nieosiągnięcie poziomu recyklingu a poziom ten nie dotyczy jedynie odpadów odebranych z nieruchomości zamieszkanych przez mieszkańców i PSZOK (a więc objętego przedmiotem zamówienia w ramach Postępowania), ale całego strumienia odpadów komunalnych gminy.

Dalej Izba ustaliła też, co jest także bezsporne pomiędzy stronami i powszechnie wiadome, że:

- osiągnięcie poziomu recyklingu uzależnione jest od ilości, jakości i rodzajów odpadów przekazywanych do odbioru i zagospodarowania przez mieszkańców Gminy oraz sposobu prowadzonej przez nich segregacji, na co wykonawca nie ma bezpośredniego wpływu; Co do zasady ilość, rodzaj i jakość odpadów zależy od tego, jakie odpady przekażą wykonawcy mieszkańcy gminy; Wykonawca może ingerować w odpady jedynie w znikomym stopniu, który nie wpływa znacząco na osiągnięty poziom recyklingu, np. zgodnie z art. 6ka ucpg w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszanej);

- pomimo że z roku na rok przepisy (art. 3b ucpg) nakładają na gminy coraz bardziej restrykcyjne poziomy recyklingu struktura segregacji wśród mieszkańców nie zmienia się znacząco, a w Gminie Miejskiej Legionowo, co potwierdzają dodatkowo przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci wyliczeń, nie osiąga 45% czy 55% masy i zgodnie z danymi za rok 2022 podanymi przez Zamawiającego poziom recyklingu wyniósł 27,7% całości przekazanych gminie odpadów;

- odpady oddawane jako segregowane są czasami zanieczyszczone innymi frakcjami odpadów, co uniemożliwia poddanie ich recyklingowi lub przygotowaniu do ponownego użycia, co potwierdzają dodatkowo przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci wyliczeń, zrzut ze strony urzędu miasta Zamawiającego, zdjęcia odpadów prawidłowo i nieprawidłowo selekcjonowanych przez mieszkańców, i potwierdzają, że w roku 2022 w gminie Zamawiającego selektywnie zebrano ponad 43,9% masy odpadów a poziom recyklingu wyniósł 27,7% (16,2% mniej niż odpadów selektywnie zebranych);

- stopień poddania odpadów segregowanych recyklingowi zależy od stopnia ich zabrudzenia lub innych kryteriów wskazywanych przez podmioty zajmujące się ich zagospodarowaniem, co potwierdzają dodatkowo przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci pisma Remondis, Stora Enso, K. Recykling S.A. oraz przykładowa instrukcja segregacji śmieci a także dowód przedłożony przez Zamawiającego w postaci broszury reklamowej firmy Bioodpady.pl.;

- spodziewana jest zmiana struktury odpadów w związku z planowanym wprowadzeniem od 1 stycznia 2025 r. tzw. systemu kaucyjnego na jednorazowe butelki z tworzyw sztucznych do 3 litrów, szklane butelki wielorazowego użytku do 1,5 litra oraz metalowe puszki o pojemności do 1 litra, która w swym założeniu przewiduje, że ze strumienia odpadów znikną odpady w najwyższym stopniu poddawane recyklingowi, a tym samym zmianie ulegnie stosunek masy odpadów komunalnych podlegających recyklingowi czy ponownemu wykorzystaniu do całkowitej masy odpadów komunalnych, w kolejnych latach zmianie ulegać mogą również całkowite i składowe ilości odpadów komunalnych.

Mając na uwadze powyższa Izba stwierdza, że umowa, jakiej zawarcia oczekuje Zamawiający w wyniku Postępowania ma charakter umowy starannego działania i w jej ramach Zamawiający oczekiwać może od wykonawcy zapewnienia odpowiedniego poziomu recyklingu zrelatywizowanego do realnej struktury i ilości przekazanych wykonawcy odpadów. W ocenie Izby obowiązek działania w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu nie jest oparta za zasadzie ryzyka ani nie ma charakteru gwarancyjnego. Żaden z zapisów SWZ, w tym również Wzoru umowy, nie wskazuje na obowiązek wykonawcy warunkujący uznanie usługi objętej umową za wykonaną należycie osiągnięcia ustawowego poziomu recyklingu. SWZ, w tym Wzór umowy, wskazuje jedynie na obowiązek podejmowania w tym zakresie działań zapewniających osiągniecie odpowiedniego poziomu recyklingu. W ocenie Izby Zamawiający nie może oczekiwać, w świetle postanowień SWZ i Wzoru umowy, od wykonawcy rezultatu w postaci odbioru, transportu i przetwarzania zapewniającego poziom recyklingu inny niż wynikający ze stosunku ilości i struktury przekazanych wykonawcy przez mieszkańców gminy i PSZOK odpadów -stosunku całości odpadów przekazanych do odpadów przekazanych podlegających przetwarzaniu zgodnie z odpowiednimi przepisami. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za prawidłowe i zmierzające do osiągnięcia poziomu recyklingu zgodnego z ucpg zachowanie zrelatywizowane do faktycznej ilości, rodzaju i jakości podlegających w ramach zamówienia odbiorowi odpadów z założeniem podjęcia czynności zapewniających przetwarzanie odpadów podlegających recyklingowi zgodnie z ustawowym poziomem recyklingu. Interpretacja negująca gwarancyjny charakter odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie ustawowych poziomów recyklingu jest uprawniona w świetle obiektywnej okoliczności ustalonej przez Izbę w oparciu o oświadczenie Odwołującego, któremu Izba dała wiarę w świetle treści formularza ofertowego, tj. założenia Zamawiającego nie osiągnięcia wyższego od dotychczasowego poziomu recyklingu przy podwyższeniu ustawowego poziomu recyklingu na lata kolejne. W formularzu ofertowym Zamawiający przewidział szacunkowo 20 600 ton odpadów zmieszanych na 2 lata i 7 200 ton odpadów selektywnie segregowanych podlegających recyklingowi, co stanowi jedynie 27% całości odpadów. Interpretacja postanowień SWZ zgodna jest także ze stanowiskiem procesowym Zamawiającego, który wskazywał, że w świetle Wzoru umowy i SWZ nie osiągnięcie ustawowego poziomu recyklingu z przyczyn leżących po stronie mieszkańców a nie wykonawcy nie obciąża tego ostatniego.

Tym samym uznać należy, że Zamawiający w zakresie objętym zarzutem działa zgodnie z prawem, w tym także w ramach przysługującej mu swobody kontraktowania. Ryzyka związane z wyceną realizacji świadczenia są przewidywalne i zależne od zachowania wykonawcy a postanowienia SWZ w tym zakresie jasne i czytelne. Wykonawca błędnie zinterpretował postanowienia SWZ jako nakładające na wykonawcę obowiązek osiągnięcia ustawowego poziomu recyklingu o charakterze gwarancyjnym, podczas gdy intencja zapisu zrelatywizowana jest do zasad ogólnych odpowiedzialności kontraktowej stron określonych kodeksem cywilnym, co nie jest sprzeczne z Ustawą.

W ocenie Izby Wykonawca nie wykazał, że osiągnięcie ustawowych ani odpowiednich poziomów recyklingu jest niemożliwe, a tym bardziej, że niemożliwy w rozumieniu art. 387 par 1 Kc i w konsekwencji niezgodny z art. 353/1 Kc, jest obowiązek odbioru, transportu i przetworzenia odpadów przekazanych, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu jako aktu starannego działania ograniczonego odpowiedzialnością za należyte wykonanie umowy w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego za zdarzenia, za które ponosi odpowiedzialność kontraktową w rozumieniu art. 471 i art. 472 Kc – wobec braku doregulowania tej kwestii SWZ,lub deliktowej na podstawie art. 415 Kc, który stanowi podstawę odrębnego reżimu odpowiedzialności cywilnej. Norma art. 431 Pzp wskazuje zaś na obowiązek stron współdziałania przy realizacji przedmiotu zamówienia i dodatkowo przemawia za oddaleniem zarzutu pierwszego. Wykonawca nie wykazał również naruszenia wprowadzeniem zapisów nakazujących zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu art. 5 Kc, art. 353/1 Kc czy art. 354 Kc.

Analogicznie, wobec błędnego założenia gwarancyjnej, opartej na zasadzie ryzyka odpowiedzialności wykonawcy za osiągnięcie ustawowego poziomu recyklingu oddaleniu podlega zarzut dotyczący kar umownych. Izba stwierdza, że SWZ, w tym także Wzór umowy nie zawiera postanowień szczególnych odrębnych od regulacji kodeksu cywilnego. Także i w tym zakresie uzasadnione jest przyjęcie, że Zamawiający kwestie te pozostawił regulacji kodeksu cywilnego, co potwierdza również jego stanowisko procesowe. Kary umowne, zgodnie z art. 483 § 1 Kc zastrzeżone zostały we Wzorze umowy jako forma naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego w postaci nieosiągnięcia ustawowego poziomu recyklingu przez gminę z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Izba zwraca w tym zakresie uwagę na fakt ograniczenia wysokości łącznej kwoty kar umownych, która nie może przekroczyć 30% wartości umowy brutto a także możliwość miarkowania kary umownej jaką przewiduje art. 484 par 2 Kc. Izba stwierdza również, że Odwołujący nie wykazał, że postanowienia dotyczące kary umownej naruszają zakaz wynikający z art 433 ust. 2 i 3 Pzp. Kara umowna naliczana jest za zachowanie wykonawcy związane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem i w związku z okolicznościami, za które ponosi odpowiedzialność.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do waloryzacji wynagrodzenia Izba ustaliła, że:

- § 14 ust. 1 pkt 5 Wzoru umowy stanowi, że: „Stosownie do treści art. 436 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2 umowy w następujących przypadkach: (...) 5)
na wniosek Strony umowy w przypadku zmiany ceny towarów i usług konsumpcyjnych związanych z realizacją zamówienia w odniesieniu do ceny za odbiór i transport odpadów wykazanej w tabeli kosztowej będącej załącznikiem do Umowy dokonanej z uwzględnieniem poniższej procedury:
a) Wskaźnikiem zmiany ceny towarów i usług konsumpcyjnych związanych z realizacją zamówienia jest informacja zawarta w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej jako „Prezes GUS"] o zmianie cen towarów i usług konsumpcyjnych (zwana dalej jako „Wskaźnik"] publikowana w Dzienniku Urzędowym Głównego Urzędu Statystycznego;
b) Wykonawca jest uprawniony do złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1 pkt 5 jeżeli w co najmniej dwóch z trzech następujących po sobie komunikatach kwartalnych Prezesa GUS, począwszy od komunikatu opublikowanego w kwartale w którym Wykonawca podpisał Umowę, Prezes GUS poinformuje o wzroście cen towarów i usług konsumpcyjnych o co najmniej 3 %.
c) Zamawiający jest uprawniony do złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1 pkt 5 jeżeli w co najmniej dwóch z trzech następujących po sobie komunikatach kwartalnych Prezesa GUS, począwszy od komunikatu opublikowanego w kwartale w którym Zamawiający podpisał Umowę, Prezes GUS poinformuje o spadku cen towarów i usług konsumpcyjnych o co najmniej 3 %.
d) Przez zmianę ceny towarów i usług konsumpcyjnych w odniesieniu do odbioru i transportu odpadów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak ich obniżenie, względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy wykazanej w tabeli kosztowej będącej załącznikiem do Umowy.
e) Zmiana wynagrodzenia o której mowa w niniejszym ustępie może nastąpić jedynie naprzód od daty zawarcia aneksu w wyniku złożonego wniosku przez którąkolwiek ze stron.
f) Pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia na podstawie niniejszego ustępu może zostać złożony po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji niniejszej umowy.
g) waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana o najwyższy z trzech wskaźników o których mowa w pkt 5a i pkt 5 c, przy czym waloryzacja dotyczy jedynie kosztów transportu i odbioru."
Ust. 6 § 14 Wzoru umowy brzmi: „W przypadku zaistnienia sytuacji wskazanej w ust. 1 pkt. 5-6 Strony mogą wprowadzić zmianę wynagrodzenia po uprzednim przedstawieniu przez Wykonawcę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia zawierającego szczegółowe kalkulacje obrazujące, czy i w jakim stopniu zmiana przyjętego Wskaźnika oraz kosztów zagospodarowania odpadów wpłynęła na koszty realizacji Umowy. Zamawiający oceni przedstawione uzasadnienie i podejmie decyzję o ewentualnej zmianie wysokości wynagrodzenia lub odmówi wprowadzania zmiany przedstawiając swoje stanowisko",
Zgodnie z ust. 8 § 14: „Zawarcie aneksu do Umowy nastąpi nie później niż w terminie 14 dni roboczych licząc od dnia, w którym będą spełnione następujące warunki:
1) odpowiednio Zamawiający lub Wykonawca zatwierdzi wniosek o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia,
2) Zamawiający zabezpieczy środki finansowe na pokrycie wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy w swoim planie finansowym budżetu Gminy Miejskiej Legionowo."

Izba stwierdza, że art. 439 ust. 1 i ust. 3 Pzp przewidując obowiązek wprowadzenia zapisów regulujących waloryzację wynagrodzenia do umów zawieranych na czas dłuższy niż 6 miesięcy nie wprowadza obowiązku zapewnienia wykonawcom możliwości ubiegania się o zmianę wynagrodzenia już po 6 miesiącach od zawarcia umowy lub złożenia oferty. Izba stwierdza również, że Wykonawca nie wykazał istnienia tendencji wzrostowej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, która uzasadniałaby wprowadzenie innych od istniejących zapisów umownych regulujących waloryzację ani niezgodności z Ustawą możliwości zmiany wynagrodzenia po 12 miesiącach od daty rozpoczęcia realizacji niniejszej umowy z postanowieniami punktu 5 paragrafu 14 Wzoru umowy, w szczególności lit. b i c, w których mowa o komunikatach Prezesa GUS o zmianie cen towarów i usług konsumpcyjnych począwszy od komunikatu opublikowanego w kwartale, w którym wykonawca podpisał umowę czy ust. 6. Umowa zawiera wymagane Pzp regulacje. Kwestionowane odwołaniem zapisu Wzoru umowy nie są wewnętrznie sprzeczne. Okoliczność, że akceptacja wniosku waloryzacyjnego może być długotrwała albo nie nastąpić w ogóle, również wobec nie zabezpieczenia środków finansowych na pokrycie wzrostu wynagrodzenia wykonawcy w planie finansowym budżetu Gminy Miejskiej Legionowo nie jest sama przez się niezgodna z art. 439 Pzp. Odwołujący nie wykazał, że postanowienia dotyczące waloryzacji mają charakter iluzoryczny stanowiący o obejściu art. 439 ust. 1 Ustawy lub sprzeczny z jego ust. 2 pkt. 3 ani art. 99 ust. 1 Ustawy. Ryzyko związane z wyceną przedmiotu zamówienia wobec przyjętych przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia nie jest przedmiotem oceny Izby.

Mając na uwadze treść zarzutów w tym również przywołanych odwołaniem norm prawnych oraz okoliczności

faktyczne Izba oddaliła zarzuty wobec ustalenia, że założenie Odwołującego, co do rzeczywistej treści zapisów SWZ stanowiące podstawę zarzutu odnoszącego się do poziomu recyklingu i kary umownej jest błędne oraz, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów Ustawy poprzez wprowadzenie kwestionowanych wymogów w zakresie osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, kary umownej ani waloryzacji.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, zarzuty sformułowane zostały w stosunku do innych niż rzeczywiste założeń SWZ i odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) a także w zakresie umorzenia art. 568 pkt. 3 w zw. z art. 522 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :……