Sygn. akt KIO 1810/23
KIO 1811/23
KIO 1814/23
KIO 1815/23

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Rakowska
Irmina Pawlik
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17, 20, 21 i 27 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez:

1.wykonawcę **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa) (sygn. akt KIO 1810/23)**
2.wykonawcę **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa) (sygn. akt KIO 1811/23)**
3.wykonawcę **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa) (sygn. akt KIO 1814/23)**
4.wykonawcę **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa) (sygn. akt KIO 1815/23)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocław**
przy udziale:

1.wykonawcy **Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23
i KIO 1815/23 po stronie odwołującego,
2.wykonawcy **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 w częśc dotyczącej zarzutów nr 3, 4, 5, 6, 7 i 8 po stronie odwołującego,
3.wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3c, 3d (określonego w odwołaniu jako drugie „a"), 4a, 4d, 4e oraz 4f odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1810/23,
KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23.
2.Oddala odwołania o sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23
w pozostałym zakresie.
3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa)** (sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23) i:
3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów (adres do korespondencji: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65 00-667 Warszawa)** tytułem wpisów od odwołań (sygn. akt: KIO 1810/23,
KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23).
3.2.zasądza od wykonawcy **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o., Rusko 66, 58-120 Jaroszów**

(<u>adres do korespondencji</u>: Centrum Usług Wspólnych, ul. Koszykowa 65, 00-667 Warszawa)na rzecz zamawiającego **Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o.,**

ul. Kazimierza Michalczyka 23, 53-633 Wrocławkwotę **14 400 zł 00 gr** (słownie: czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach

o sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……..…...

……..

……..

Sygn. akt KIO 1810/23
KIO 1811/23
KIO 1814/23
KIO 1815/23

Uzasadnienie

Gmina Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwana dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy z dnia
11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na:

1. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto
   i Śródmieście".
   Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S
   113-354029.
2. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki".
   Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S
   113-352424.
3. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna".
   Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S
   113-353497.
4. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole".
   Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 czerwca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S
   113-353497

W dniu 26 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rusko, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołania od czynności i zaniechań Zamawiającego w szczególności w zakresie treści specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ", wraz z załącznikami w postępowaniach na:

1. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto
   i Śródmieście".
2. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki".
3. „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w

obrębie Sektora III – Fabryczna”.

4.„Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole”.

Odwołania zarejestrowano pod sygnaturami KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 112 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 116 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w Rozdziale IV ppkt 1.2.2.1 SWZ w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 45 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych” w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na niejednoznaczność;

2.art. 112 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 116 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w Rozdziale IV pkt 1.2.2.2 SWZ tj. „Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na niejednoznaczność;

3.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, niejednoznaczny i niewyczerpujący:

a.określenie w Rozdziale I pkt 4 Szczegółowych Warunków Umowy, zwanej dalej„SWU”, obowiązku wykonania przedmiotu zamówienia w nieokreślonym i niepozwalający na dokonanie wyceny oferty zakresie, tj. odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów nieokreślonych w SWZ „w ramach wynagrodzenia”;

b.określenie w Rozdziale II pkt 2 ppkt 3) SWU obowiązku sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca jednorazowo ma przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinnym maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków, bez dookreślenia maksymalnej liczby worków jakie musi wydać wykonawca w ramach tego obowiązku;

c.określenie w Rozdziale II pkt 5 ppkt 2) lit b) tiret trzecie SWU obowiązku oznakowania pojemników, w sposób który ma zawierać nazwę zbieranej frakcji odpadów zgodnie z Regulaminem, nazwę zbieranej frakcji w języku angielskim oraz ukraińskim, wraz z opisem co należy a czego nie należy wrzucać do poszczególnych rodzajów pojemników w sposób niejednoznaczny;

d.określenie w Rozdziale III pkt 6 ppkt 6) lit a) SWU obowiązku sporządzenia projektu wzoru rocznego Harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości o charakterze jednorodzinnym, tak aby po wybraniu konkretnego adresu nieruchomości jednorodzinnej, wygenerowany Harmonogram był gotowy do wydruku. Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do generatora harmonogramów w formie Harmonogramu określonego w niniejszym ppkt 6), tak aby Zamawiający mógł umieścić link do udostępnionego generatora na swojej stronie internetowej, bez jednoznacznego wskazania wymogów dot. „generatora harmonogramów”;

4.art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj.:

a.określenie w Rozdziale II pkt. 8 ppkt 5) SWU obowiązku dokonania naprawy/wymiany pojemników w terminie 3 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez właściciela nieruchomości uszkodzenia pojemników bądź od daty stwierdzenia uszkodzenia przez Wykonawcę, bądź od daty zgłoszenia uszkodzenia przez Zamawiającego na piśmie lub drogą elektroniczną, czyli w terminie, który w wielu przypadkach nie pozwala na wykonania tego obowiązku;

b.określenie w Rozdziale III pkt. 3 ppkt 7) SWU obowiązku uprzątnięcia zanieczyszczeń powstałych podczas

załadunku odpadów, utrzymania należytego porządku i czystości w czasie załadunku odpadów oraz uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami określonymi w pkt 1, w sytuacji, gdy konieczność uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami wynikać będzie z przepełnienia pojemników, bez wskazania że obowiązek ten nie dotyczy nieruchomości niezamieszkanych;

c. określenie w Rozdziale III pkt. 4 ppkt 1) lit b) SWU obowiązku niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru odpadów, gdy będzie ona możliwa, nie później jednak niż w ciągu najbliższych 3 dni kalendarzowych w przypadku braku możliwości odbioru odpadów (brak możliwości bezpośredniego dojazdu do miejsca zbiórki, niewystawiony pojemnik, brak dostępu do MGO, itp.), czyli w terminie, który w wielu przypadkach nie pozwala na wykonania tego obowiązku;

d. określenie w Rozdziale VI pkt. 5 ppkt 1) SWU obowiązku załadowania odpadów wielkogabarytowych (na samochód z zabudową skrzyniową z możliwością wywrotu), bez dopuszczenia skorzystania z innych pojazdów;

e. określenie w Rozdziale XVII pkt. 10 SWU obowiązku wykorzystania Serwera obsługujący System, który musi znajdować się w serwerowni (centrum danych obsługiwane przez Wykonawcę) gwarantującej jednostce stabilną oraz bezpieczną pracę, bez możliwości dopuszczenia serwerów innych zewnętrznych w ramach tzw. usług „w chmurze”;

f. określenie w Rozdziale XXII obowiązków obejmujących: bieżącą aktualizacje listy szkół na terenie Sektora, uzyskiwania zgody rodziców na udziału uczniów w warsztatach edukacyjnych, administrowania danymi obejmującymi zgody rodziców oraz brak doprecyzowania, że akcja edukacyjna ma zostać przeprowadzona w każdej szkole w każdym roku szkolnym, w sytuacji, gdy wykonawca nie ma możliwości pozyskania zgód rodziców, a akcja edukacyjna może objąć aż trzy kolejne lata szkolne, czego jednak na moment składania ofert nie można jednoznacznie stwierdzić, a tym samym oszacować;

g. określenie w Rozdziale III pkt 13 SWZ możliwości korzystania z prawa opcji polegającej na rozszerzeniu zakresu zamówienia poprzez wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usług odbioru odpadów w ramach zamówienia podstawowego lub opcjonalnego (w razie uruchomienia opcji wskazanej w ppkt 1), które faworyzuje wykonawców, którzy wykonują usługą przy wykorzystaniu własnych pojemników.

5. art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, przez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 PPU klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody i okoliczności, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny;

6. art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 PPU odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie mimo braku uzasadnienia okolicznościami, przedmiotem i zakresem zamówienia;

7. art. 433 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), zwana dalej „ucpg.”, poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu w sytuacji, gdy odpowiedzialność za osiągniecie poziomów recyklingu spoczywa na zamawiającym, a przeniesienie jej na wykonawcę może dotyczyć tylko sytuacji, w której wykonawca ponosi odpowiedzialność za brak osiągnięcia poziomów recyklingu, nie zaś w sytuacji, gdy jego uzyskanie uzależnione jest nie od wykonawcy ale od szeregu czynników zewnętrznych, na które nie ma on wpływu.

8. naruszenie innych przepisów i norm prawnych wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SWZ:

1. W zakresie zarzutu z pkt 1 – o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wskazanego warunku w następujący sposób: 1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia (w ramach maksymalnie dwóch umów), w ramach którego/których obsługiwał łącznie obszar/y zamieszkały/e przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie (w ramach

wykazanych zamówień) minimum 45 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych (tych samych dla każdego z zamówień) miesięcy kalendarzowych.

2. W zakresie zarzutu z pkt 2 – o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wskazanego warunku w następujący sposób: 1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych (tj. papier, szkło, odpady z metali, odpady tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe, bioodpady oraz odpady wielkogabarytowe), w ramach którego wykonał usługę bezpośrednio na rzecz gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.
3. W zakresie zarzutu z pkt 3a (w zakresie odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów nieokreślonych w SWU) – o nakazanie Zamawiającemu usunięcia tego postanowienia.
4. W zakresie zarzutu z pkt 3b (w zakresie wymogu przekazywania właścicielom nieruchomości „dodatkowych" worków) – o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania zakresu świadczenia w przedmiocie dostarczenia worków poprzez wskazanie, że Wykonawca zobowiązany jest do: 3) sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi; przekazanie worków w większej liczbie dopuszczalne jest za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca ma obowiązek przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinnym maksymalnie 50 sztuk dodatkowych worków przez okres realizacji usługi, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk dodatkowych worków przez okres realizacji usługi.
5. W zakresie zarzutu z pkt 3c (w zakresie oznakowania pojemników) – o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania postanowień zawartych w Rozdziale II pkt 5 ppkt 2) lit b) tiret trzecie SWU, poprzez jednoznaczne określenie wzoru oznaczenia lub alternatywnie doprecyzowanie czy opis co należy a czego nie należy wrzucać do poszczególnych rodzajów pojemników należy zamieścić w trzech językach.
6. W zakresie zarzutu z pkt 3d (w zakresie generatora harmonogramów) – o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania postanowień zawartych w Rozdziale III pkt 6 ppkt 6) lit a) SWU, poprzez jednoznaczne określenie wymogów technicznych dotyczących generatora harmonogramów, tak aby wykonawcy mogli jednoznacznie określić zakres swoich obowiązków i należycie je wycenić.
7. W zakresie zarzutu z pkt 4a (w zakresie wymogu naprawy pojemników w terminie 3 dni kalendarzowych) – o nakazanie Zamawiającemu urealnienie tego terminu poprzez tego określenie w dniach roboczych (3 dni robocze).
8. W zakresie zarzutu z pkt 4b (w zakresie uporządkowania terenu wokół pojemników na nieruchomościach niezamieszkanych) – o nakazanie Zamawiającemu ograniczenie tego obowiązku do nieruchomości zamieszkanych, a w przypadku nieruchomości niezamieszkanych wskazania, że obowiązek ten wygasa wraz z przekazaniem protokołu, o którym mowa w Rozdziale III pkt. 4 ppkt 6) SWU.
9. W zakresie zarzutu z pkt 4c (w zakresie wykonania odbiorów w ciągu 3 dni kalendarzowych od ustania przyczyn braku możliwości odbioru odpadów) – o nakazanie Zamawiającemu urealnienie tego terminu poprzez jego określenie w dniach roboczych (3 dni robocze).
10. W zakresie zarzutu z pkt 4d (w zakresie obowiązku odbierania odpadów wielkogabarytowych konkretnym pojazdem) – o nakazanie Zamawiającemu zmiany Rozdziałem VI pkt 5 ppkt 1) SWU poprzez wskazanie, że od obowiązków wykonawcy należy: „1) załadowania odpadów wielkogabarytowych".
11. W zakresie zarzutu z pkt 4e (w zakresie obowiązków w zakresie serwera) – o nakazanie Zamawiającemu zmiany Rozdziałem XVII pkt 10 zd. 1 SWU poprzez wskazanie, że "System musi gwarantować jednostce stabilną oraz bezpieczną pracę.".
12. W zakresie zarzutu z pkt 4f (w zakresie aukcji edukacyjnej) – o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. postanowień poprzez określenie, że obowiązek prowadzenia akcji edukacyjnej obejmuje jeden rok szkolny (ewentualnie każdy rok szkolny, w którym świadczona jest usługa, przez okres minimum 5 miesięcy) oraz że obowiązek pozyskania zgód rodziców oraz administrowania nimi należy do obowiązków szkoły.
13. W zakresie zarzutu z pkt 4g (w zakresie opcji) – o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie Rozdziału III pkt 13 ppkt 2) SWZ oraz innych postanowień związanych z prawem opcji dotyczącym dzierżawy pojemników.
14. W zakresie zarzutu 5 i 6 (w zakresie kar umownych) – o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji odnoszących się do poszczególnych postanowień umowy.
15. W zakresie zarzutu 7 (w zakresie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu) – o nakazanie Zamawiającemu

wykreślania obowiązków w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu albo kary określonej w Rozdziale XXI pkt 7 SWU, jako sprzecznej z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp.

16. Nakazanie wprowadzenia wszystkich innych modyfikacji koniecznych do dostosowania treści dokumentacji do obowiązujących przepisów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

I. W zakresie warunków udziału w postępowaniu Odwołujący podniósł m. in., że

1. Warunek doświadczenia w odebraniu łącznie 45 000 Mg odpadów:

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 SWZ: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (…) 1.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące (…) 1.2.2. zdolności zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: *„1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 45 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.*

Powyższy warunek jest niejednoznaczny, nie został wyrażony jako minimalny poziom zdolności przez co nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. „To zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Zamawiający odpowiada również za jednoznaczne określenie i sprecyzowanie w SWZ sposobu weryfikacji spełnienia przez wykonawców określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu.” (wyrok z dnia 10.05.2022 r., KIO 1093/22) W niniejszym postępowaniu wymóg ten nie został spełniony.

Po pierwsze nie jest jednoznaczne czy użyte w warunku słowo „łącznie” odnosi się do łącznej masy odpadów odebranych w ramach kilku zamówień, czy chodzi o łączną masę odpadów w ramach każdego zamówienia.

Po drugie nie jest jednoznaczne, czy obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców należy odnosić do każdego z wykazywanych zamówień osobno, czy dotyczy to łącznego obszaru obsługiwanego przez w ramach wszystkich zamówień wykazywanych w celu potwierdzenia spełniania warunku.

Po trzecie nie jest jednoznaczne, czy wykazanie spełniania warunku poprzez wykazanie więcej niż jednego zamówienia powinno obejmować okres tych samych 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, czy też może to być dowolne 12 następujących po sobie miesięcy w okresie ostatnich 3 lat (np. Jeżeli wykonawca zawarł z Zamawiającym umowę na odbiór odpadów w roku 2021 i kolejną umowę na odbiór odpadów w roku 2022, to czy może sumować ilość odebranych odpadów z tych dwóch umów w celu potwierdzenia spełnienia warunku, czy też sumowaniu podlega tylko ilość odpadów odebrana w ciągu tych samych 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych – czyli w ww. przykładzie tylko w roku 2021 lub tylko w 2022).

Co więcej brak określenia w ramach ilu umów lub zamówień należy wykazać obsługę obszaru zamieszkałego przez co najmniej 100 000 mieszkańców. Zakładając bowiem, że obszar sumuje się w ramach różnych umów i sumowaniu podlega także tonaż, to wykonawca może wykazać usługę realizowaną na rzecz 10 gmin zamieszkałych przez 10 000 mieszkańców każda w ramach odebrał każdorazowo 4 500 Mg odpadów. Specyfika obsługi takich gmin (są to gminy wiejskie) jest zupełnie inna niż specyfika obsługi miast. Różnice rysują się na każdym polu tj. logistyki, sprawozdawczości, sposobu odbierania odpadów, ilości nieruchomości wielorodzinnych, rodzajów obsługiwanych pojemników itp. Dlatego ograniczenie liczby zamówień, w ramach których można wykazać spełnianie warunku decyduje o jego proporcjonalności i adekwatności do przedmiotu zamówienia.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ww. warunku w następujący sposób:

„1.2.2.1. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia (w ramach maksymalnie dwóch umów), w ramach którego/których obsługiwał łącznie obszar/y zamieszkały/e przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie (w ramach wykazanych zamówień) minimum 45 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych (tych samych dla każdego z zamówień) miesięcy kalendarzowych”

2. Warunek doświadczenia w wykonywaniu usługi dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 SWZ: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (…) 1.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące (…) 1.2.2. zdolności zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli

wykaże, że (…): „*1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.*

Warunek taki nie przystaje do celu jakiemu ma służyć, czyli rzeczywistej weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. W ramach warunku Zamawiający wskazał, że chodzi o wykonanie „zamówienia” obejmującego odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, z terenu gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób, nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych. Jednakże w warunku nie wskazano zakresu usługi, ani poprzez określenie ilości odebranych odpadów, częstotliwości odbiorów, ani rodzaju odpadów. Doprecyzowania wymaga również, że chodzi o odpady selektywnie gromadzone, objęte przedmiotem zamówienia.

Nie jest również jednoznaczne, czy sformułowanie „wykonał usługę dla gminy” oznacza konieczność wykazania usługi w ramach umowy zawartej bezpośrednio z gminą, czy też może być to umowa wykonywana pośrednio dla gminy (np. jako podwykonawca). Przyjęcie tej drugiej interpretacji oznaczałoby, że warunek spełnia wykonawca, który jako podwykonawca obsługiwał jedną nieruchomość (np. niezamieszkaną) położoną na terenie gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób, odbierając z niej odpady zmieszane i selektywnie gromadzone (ale tylko jedną ich frakcję), z częstotliwością 1 raz w miesiącu.

Rozumiejąc potrzebę zweryfikowania doświadczenia w wykonywaniu usługi w ramach dużego miasta wskazać należy, że tak sformułowany warunek (przy braku jego doprecyzowania) nie pozwala na zbadanie poziomu zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia. Jak wyjaśnia KIO adekwatność, konieczność i wystarczalność to wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu (zob. uchwała KIO 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO/KU 15/18), zaś ważną wskazówką, płynącą z orzeczenia Izby z dnia 8 marca 2013 r., sygn. akt KIO 426/13) jest obowiązek oceny sytuacji rynkowej przez zamawiającego przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ww. warunku w następujący sposób: „*1.2.2.2. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych (tj. papier, szkło, odpady z metali, odpady tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe, bioodpady oraz odpady wielkogabarytowe), w ramach którego wykonał usługę bezpośrednio na rzecz gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych*”.

II. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia

1. Wymóg odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów nieokreślonych w SWU

Zgodnie z punktem I ppkt 4 SWU: *„4. Oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania. Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym postanowienia umowy w stosunku do innych frakcji odpadów stosuje się odpowiednio”.*

Takie określenie przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów opisanych w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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.

Zobowiązanie wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej nie określonych frakcji odpadów, nie jest możliwe, gdyż działalność taka wymaga odpowiednich zezwoleń. Ich pozyskanie wymaga spełniania określonych wymagań i czasu. W związku z tym oczekiwanie, że Wykonawca, że będzie działał w granicach prawa i jednocześnie zobowiąże się do tego, że będzie odbierał, ZBIERAŁ, transportował i zagospodarowywał odpady, co do których może nie mieć odpowiednich zezwoleń nie spełnia wymogów określoności przedmiotu zamówienia. Dodatkowo odbiór, transport i zagospodarowanie różnych frakcji odpadów są różnie wyceniane, a zagospodarowanie niektórych frakcji jest bardzo kosztowne, z uwagi na ich specyfikę, wymogi prawne itp. W związku z tym nie można przyjąć, że Wykonawca wykona te działania „w ramach wynagrodzenia”, które rozliczane jest za 1Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów określonej frakcji. Jeśli dana frakcja nie jest wyceniona, a Zamawiający wymaga, aby

usługa była wykonana „w ramach wynagrodzenia" (wypłacanego za odbieranie, transport i zagospodarowanie innych opadów, rozliczane kosztorysowo), oznacza to de facto, że ma być wykonana nieodpłatnie. Wykonawca nie jest w stanie wycenić w ramach oferty działań, których zakresu nie zna i nie może nawet w przybliżeniu określić.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcie tego postanowienia SWU.

2. Wymóg przekazywania właścicielom nieruchomości „dodatkowych" worków

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 2 ppkt 3) SWU Wykonawca zobowiązany jest do *„sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca jednorazowo ma przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinnym maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków"*.

Brak ograniczenia przedmiotu zamówienia w tym zakresie do maksymalnej liczby worków jakie Wykonawca zobowiązany jest wydać powoduje, że nie jest możliwe skalkulowanie ceny oferty. Ograniczenie jednorazowej ilości worków jakie dostarczyć musi wykonawca nie jest jednoznaczne i wystarczające przy jednoczesnym obowiązku sukcesywnego ich dostarczania. Mając na uwadze obecną treść wymogu nie jest jasne, czy wielolokalowej może zażądać, aby każdorazowo przekazywać mu 1000 sztuk worków dla każdej frakcji odpadów, czy też przekazanie większej liczby worków możliwe jest tylko za zgodą Zamawiającego i co warunkuje udzielenie takiej zgody. Niejednoznaczność postanowień SWU powoduje brak możliwości oszacowania ilości worków i określenia kosztów realizacji usługi.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania zakresu świadczenia w przedmiocie dostarczenia worków poprzez wskazanie, że Wykonawca zobowiązany jest do: „3) *sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi; przekazanie worków w większej liczbie dopuszczalne jest za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca ma obowiązek przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinnym maksymalnie 50 sztuk dodatkowych worków przez okres realizacji usługi, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk dodatkowych worków przez okres realizacji usługi*".

3. W zakresie oznakowania pojemników

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 5 ppkt 2) lit b) tiret trzecie SWU Wykonawca ma obowiązek oznakowania pojemników, w sposób który ma zawierać nazwę zbieranej frakcji odpadów zgodnie z Regulaminem, nazwę zbieranej frakcji w języku angielskim oraz ukraińskim, wraz z opisem co należy a czego nie należy wrzucać do poszczególnych rodzajów pojemników.

Po pierwsze postanowienie to nie wskazuje jednoznacznie czy oznaczenie w języku angielskim oraz ukraińskim dotyczy tylko oznaczenia zbieranych frakcji, czy też odnosi się także do obowiązku opisania co należy a czego nie należy wrzucać do poszczególnych rodzajów pojemników.

Jeśli wymóg ten odnosi się do wszystkich elementów to nie jest możliwe umieszczenie opisu co należy a czego nie należy wrzucać do poszczególnych rodzajów pojemników, w trzech językach w sposób czytelny. Co więcej, w braku jednoznacznego określenia treści jaką należy umieścić na pojemnikach, oznaczenia mogą być różne w różnych Sektorach, nie tylko w zakresie samej treści oznaczenia, ale także w warstwie tłumaczenia. Spowoduje to utrudnienia dla samych mieszkańców, którzy w zależności od tego na jakim obszarze się znajdują (jakiego Sektora), będą mieli odmienny komunikat, a to może negatywnie wpływać na selektywną zbiórkę odpadów.

Brak precyzji w zakresie oznakowania powoduje, że Wykonawcy nie mogą w sposób jednoznaczny wycenić przedmiotu zamówienia, nie wiedząc jaka ostatecznie treść ma zostać zamieszczona na oznaczeniu pojemników, co rzutuje wprost na wielkość oznaczenia i koszty związane z jego wyprodukowaniem.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania postanowień zawartych w Rozdziale II pkt 5 ppkt 2) lit b) tiret trzecie SWU, poprzez jednoznaczne określenie wzoru oznaczenia lub alternatywnie doprecyzowanie czy opis co należy a czego nie należy wrzucać do poszczególnych rodzajów pojemników należy zamieścić w trzech językach.

4. W zakresie generatora harmonogramów

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 6 ppkt 6) lit a) SWU Wykonawca ma obowiązek sporządzenia projektu wzoru rocznego Harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości o charakterze jednorodzinnym, tak aby po wybraniu konkretnego adresu nieruchomości jednorodzinnej, wygenerowany Harmonogram był gotowy do wydruku.

Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do generatora harmonogramów w formie Harmonogramu określonego w niniejszym ppkt 6), tak aby Zamawiający mógł umieścić link do udostępnionego generatora na swojej stronie internetowej.

Powyższy opis nie spełnia wymogów jednoznaczności, a jego charakter nie jest wyczerpujący. Po pierwsze nie jest jasne jakie wymogi ma spełniać „generator harmonogramów", pod względem technicznym i organizacyjnym. Nie określono w jakim formacie plików powinien generować się harmonogram, jakie wymagania sprzętowe użytkowników powinien uwzględnić wykonawca, jakie są wymagania z zakresie dostępu do harmonogramów (czy wymaga to uprzedniego zalogowania do systemu czy nie, oraz czy wymóg taki można wprowadzić).

Co więcej na terenie Miasta Wrocław funkcjonuje Aplikacja „Kiedy Wywóz", która umożliwia przeglądanie harmonogramu wywozu odpadów w wybranych lokalizacjach, obejmuje ona swoim zasięgiem całe miasto. Obecnie Wykonawca zobowiązany jest do stworzenia własnego narzędzia, które dubluje pracę Aplikacji, na bliżej nieokreślonych zasadach, przez co nie jest w stanie określić kosztów dodatkowych działań.

Co więcej usługa taka jest już realizowana przez samego Zamawiającego pod adresem , w sposób ujednolicony dla wszystkich nieruchomości położonych na terenie Gminy.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania postanowień zawartych w Rozdziale III pkt 6 ppkt 6) lit a) SWU, poprzez jednoznaczne określenie wymogów technicznych dotyczących generatora harmonogramów, tak aby wykonawcy mogli jednoznacznie określić zakres swoich obowiązków i należycie je wycenić.

5. Wymóg naprawy pojemników w terminie 3 dni kalendarzowych

Zgodnie z Rozdziałem II pkt. 8 ppkt 5) SWU obowiązku dokonania naprawy/wymiany pojemników w terminie 3 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez właściciela nieruchomości uszkodzenia pojemników bądź od daty stwierdzenia uszkodzenia przez Wykonawcę, bądź od daty zgłoszenia uszkodzenia przez Zamawiającego na piśmie lub drogą elektroniczną.

Na podstawie § 15 ust. 2 pkt 10) lit d) PPU: „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: 10) w zakresie obowiązków porządkowo–eksploatacyjnych: d) w wysokości 300,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego naruszenia przez Wykonawcę wymogów określonych w SWU, rozdział II, pkt 8, ppkt 5), ppkt 6) i ppkt 7), za każdy pojemnik, za każdy dzień*".

Wykonanie tego obowiązku w terminie wskazanym przez Zamawiającego może nie być możliwe, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, związanych z weekendami lub wystąpieniem dni ustawowo wolnych od pracy oraz przyczyn technicznych np. niemożności naprawienia pojemnika w terminie jednego dnia roboczego (jaki pozostanie po odjęciu dniu wolnych od pracy). Takie sformułowanie terminu naraża Wykonawcę na konieczność poniesienia szkody w postaci kar umownych w wysokości 300 zł za każdy dzień za każdy pojemnik w sytuacji, gdy niedochowanie terminu wywołane jest jego określeniem w sposób nierealny, a nie jakąkolwiek winą lub zaniechaniem samego wykonawcy.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu urealnienie tego terminu poprzez jego określenie w dniach roboczych (3 dni robocze).

6. Uporządkowanie terenu wokół pojemników na nieruchomościach niezamieszkanych

Zgodnie z Rozdziałem III pkt. 3 ppkt 7) SWU Wykonawca ma obowiązek *uprzątnięcia zanieczyszczeń powstałych podczas załadunku odpadów, utrzymania należytego porządku i czystości w czasie załadunku odpadów oraz uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami określonymi w pkt 1, w sytuacji, gdy konieczność uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami wynikać będzie z przepełnienia pojemników*".

Obowiązek ten dotyczy każdego rodzaju nieruchomości. O ile w przypadku nieruchomości zamieszkanych, gdzie Wykonawca ma obowiązek dostosowania częstotliwości odbioru odpadów i wielkości pojemników do ilości odpadów na danej nieruchomości, o tyle w przypadku nieruchomości niezamieszkanych częstotliwość odbioru odpadów jest określona przez Zamawiającego, a wielkość pojemnika wynika z deklaracji właściciela nieruchomości. Ponieważ opłata za odbiór odpadów zależy od wielkości pojemnika, właściciele nieruchomości deklarują mniejsze pojemności pojemników, niż wynika to z ich rzeczywistych potrzeb. Powoduje to, że pozostałe odpady z nieruchomości gromadzone są wokół pojemnika, co z kolei wiąże się z koniecznością ich ręcznego ładowania na pojazd i w konsekwencji wydłużeniem czasu odbioru odpadów.

Zgodnie z Rozdziałem III pkt. 4 ppkt 6) SWU: „*6 w przypadku przepełnienia pojemników przeznaczonych do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów znajdujących się na terenie nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych, Wykonawca ma obowiązek sporządzić protokół zgodnie z załącznikiem nr 9 - Wzór protokołu niezgodności zgłoszonego zapotrzebowania na pojemniki w stosunku do ilości wytwarzanych odpadów*".

Jednak skutkiem takiego zgłoszenia może być wyłącznie wszczęcie wobec właściciela

nieruchomości procedury mającej na celu podwyższenie opłaty za odbiór odpadów, co w konsekwencji prowadzi do sytuacji, że to wykonawca usługi ponosi wszelkie ciężary związane
z brakiem dostosowania wielkości pojemnika do ilości gromadzonych nieruchomości odpadów, pod groźbą kary za ich niewykonanie.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ograniczenie tego obowiązku do nieruchomości zamieszkanych, a w przypadku nieruchomości niezamieszkanych wskazania, że obowiązek ten wygasa wraz z przekazaniem protokołu, o którym mowa w Rozdziale lll pkt. 4 ppkt 6) SWU.

7. Wykonanie odbiorów w ciągu 3 dni kalendarzowych od ustania przyczyn braku możliwości odbioru odpadów

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 ppkt 1) lit b) SWU: „4. W zakresie przeprowadzania kontroli oraz informowania Zamawiającego o utrudnieniach w odbiorze odpadów:
1) w przypadku braku możliwości odbioru odpadów (brak możliwości bezpośredniego dojazdu do miejsca zbiórki, niewystawiony pojemnik, brak dostępu do MGO, itp.) Wykonawca ma obowiązek (…) b) niezwłocznie zrealizować usługę odbioru odpadów, gdy będzie ona możliwa, nie później jednak niż w ciągu najbliższych 3 dni kalendarzowych".

Na podstawie § 15 ust. 2 pkt 11) lit ff) PPU: „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:*
11) w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów: ff) w wysokości 250,00 zł - za każdorazowe, stwierdzone przez Zamawiającego, niewykonywanie przez Wykonawcę obowiązku dotyczącego niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru odpadów, w sytuacji gdy wcześniejszy odbiór odpadów był utrudniony (brak możliwości bezpośredniego dojazdu do miejsca zbiórki, niewystawiony pojemnik, brak dostępu do miejsca gromadzenia odpadów, itp.), za każdy dzień, za każdy pojemnik".

Wykonanie tego obowiązku w terminie wskazanym przez Zamawiającego może nie być możliwe, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, związanych z wystąpieniem weekendów lub dni ustawowo wolnych od pracy oraz przyczyn technicznych np. niemożności odebrania odpadów w terminie jednego dnia roboczego (jaki pozostanie po odjęciu dniu wolnych od pracy). Odebranie odpadów po ustaniu przyczyny uniemożliwiającej ich wcześniejsze odebranie może wiązać się z koniecznością skierowania wielu dodatkowych pojazdów, dostarczenia większej ilości odpadów do instalacji. W przypadku konieczności wykonania takich odbiorów po np. dwóch czy trzech dniach wolnych od pracy, na wykonanie usługi Wykonawcy pozostaje 1 dzień kalendarzowy, który może nie być wystarczający z przyczyn logistycznych (brak kierowców, brak pojazdów, brak możliwości dostarczenia dodatkowej znacznej ilości odpadów do instalacji w tak krótkim czasie). Takie sformułowanie terminu naraża Wykonawcę na konieczność poniesienia szkody w postaci kar umownych w wysokości 250 zł za każdy dzień za każdy pojemnik, w sytuacji, gdy niedochowanie terminu wywołane jest jego określeniem w sposób nierealny, a nie jakąkolwiek winą lub zaniechaniem samego wykonawcy.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu urealnienie tego terminu poprzez jego określenie w dniach roboczych (3 dni robocze).

8. Obowiązek odbierania odpadów wielkogabarytowych konkretnym pojazdem

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 5 ppkt 1) SWU, w zakresie zbiórki odpadów wielkogabarytowych w systemie objazdowej zbiorki: Wykonawca zobowiązany jest do: 1) załadowania odpadów wielkogabarytowych (na samochód z zabudową skrzyniową z możliwością wywrotu). W ten sposób, Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył sposób spełnienia świadczenia poprzez określenie jakim pojazdem musi odbywać się zbiórka. Takie ograniczenie pozbawia wykonawcy możliwości doboru pojazdów w sposób, który jest dla nich dogodny i pozwoli na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej optymalny, angażując zasoby, którymi dysponuje. Określenie rodzaju pojazdu, jakim należy odbierać odpady faworyzuje podmioty, które w ten właśnie sposób świadczą usługę. Co więcej tak określony sposób wykonania ww. obowiązków nie pozwala na zastosowania innych (bardziej ekologicznych) rozwiązań, które pozwalają na ograniczenie kursów (tym samym emisji spalin), czy zastosowanie pojazdów niskoemisyjnych pozostających w dyspozycji wykonawcy.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany Rozdziału VI pkt 5 ppkt 1) SWU poprzez wskazanie, że od obowiązków wykonawcy należy: „1) załadowania odpadów wielkogabarytowych"

9. Obowiązki w zakresie Serwera

Zgodnie z Rozdziałem XVII pkt 10 zd. 1 SWU: 10. Serwer obsługujący System musi znajdować się w serwerown (centrum danych obsługiwane przez Wykonawcę) gwarantującej jednostce stabilną oraz bezpieczną pracę.

Koszty stworzenia i utrzymania serwerowni są wysokie, dlatego coraz więcej firm korzysta z outsourcingu usług IT – wynajmują serwery od zewnętrznych dostawców bądź decydują się na kolokację, czyli przeniesienie własnych serwerów do specjalnie przygotowanych w tym celu obiektów. Znane są one pod określeniem centrum danych lub z angielskiego Data Center. Takie rozwiązanie powoduje, że centrum danych nie jest obsługiwane przez Wykonawcę, ale przez inny podmiot, co powoduje, że wymogi stawiane przez Zmawiającego nie zostaną spełnione. Aby zatem wykonać

przedmiot zamówienia wykonawca musiałby stworzyć serwerownię (czyli często powrócić do rozwiązań, od których odszedł angażując znaczne koszty) i ją obsługiwać.

Serwerownia, aby mogła spełniać swoją funkcję, powinna być wyposażona w:

- wydajne systemy chłodzenia, utrzymujące temperaturę komputerów w optymalnym zakresie,
- zapasowe źródła zasilania, podtrzymujące pracę urządzeń w razie awarii lub przerwy w zasilaniu,
- zaawansowane systemy bezpieczeństwa, chroniące serwery i zapisane na nich dane, przed zdarzeniami takimi, jak przegrzania, pożary czy zalania,
- najwyższej klasy systemy uniemożliwiające do niej dostęp osobom nieupoważnionym,
- zabezpieczenia sieciowe, takie jak firewalle i zaawansowane rozwiązania, chroniące przed złośliwym oprogramowaniem czy próbami kradzieży danych.

Za funkcjonowanie serwerowni odpowiadają wysoko wykwalifikowani pracownicy. Ich zadaniem jest stałe monitorowanie działania serwerów oraz niezbędna konserwacja urządzeń i elementów sieciowych.

Rozwiązanie takie faworyzuje wykonawców, którzy dysponuję własną serwerownią o dostatecznych parametrach, aby zagwarantować obsługę zamówienia. Pozostali Wykonawcy
muszą zaangażować znaczący potencjał finansowy aby stworzyć serwerownię, co powoduje, że ich oferty stają się mniej konkurencyjne.

Jednocześnie poza obowiązkiem wykorzystania własnego serwera Zamawiający nie stawia żadnych dodatkowych wymogów w zakresie bezpieczeństwa. Rozumiejąc potrzebę ochrony należy zgodzić się z koniecznością posiadania odpowiednich zabezpieczeń. Jednak Zamawiający zamiast odnieść się do potrzeb funkcjonalnie, kładzie nacisk na kwestie organizacyjne, które są kosztowne i w żaden sposób nie gwarantują lepszej ochrony czy zabezpieczenia danych.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany Rozdziału XVII pkt 10 zd. 1 SWU poprzez wskazanie, że ”System musi gwarantować jednostce stabilną oraz bezpieczną pracę.”

10. W zakresie akcji edukacyjnej

„1. *Wykonawca w trakcie świadczenia usługi zobowiązany jest do przeprowadzenia warsztatów edukacyjnych dla uczniów szkół podstawowych (klasy 1-3), zlokalizowanych na terenie Sektora (zw. dalej szkołami), wskazanych w załączniku nr 36 - Wykaz szkół podstawowych zlokalizowanych na terenie Sektora, mających na celu edukację ekologiczną w zakresie gospodarki odpadami i wyrobienie właściwych zachowań dotyczących segregacji odpadów. Warsztaty przeprowadzane mają być w każdej klasie 1,2,3, w każdej szkole, w każdym roku szkolnym podczas którego obowiązywać będzie niniejsza umowa. Wykonawca*
zobowiązany jest do bieżącej aktualizacji załącznika nr 36 w sytuacji zamknięcia/otwarcia szkoły na terenie Sektora oraz do uwzględnienia zmian z tym związanych w Harmonogramie cyklu warsztatów, celem jego aktualizacji”.

Tak określony obowiązek oznacza, że warsztaty muszą być zrealizowane w każdym roku szkolonym w trakcie 22,5 miesiąca trwania Umowy. Zakładając, że Umowa zostanie zawarta we wrześniu 2023 r. to będzie ona obowiązywała przez okres 22,5 miesiąca. Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia warsztatów w roku szkolnym 2023/2024 oraz 2024/2025. Świadczenie usługi zakończy się na koniec marca 2025 r. (pozostałe 3,5 miesiąca przewidziano na wykonanie obowiązków zagospodarowania odpadów i sprawozdawczość). Oznacza to, że na przeprowadzenia akcji edukacyjnej wykonawca ma de facto 7 nie 10 miesięcy roku szkolnego. Sytuacja ta może się zmienić w zależności od terminy zawarcia umowy (na który Odwołujący nie ma wpływu) i spowodować, że na przeprowadzenia akcji edukacyjnej wykonawca będzie miał nawet 1,5 miesiąca).

Jeśli jednak Zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z prawa opcji to zgodnie z § 4 ust. 12 PPU Świadczenie usług wskazanych §4 ust. 1 pkt 1 umowy, bez względu na okoliczność skorzystania z opcji, nie będzie trwać dłużej, niż do dnia 31.12.2025 roku. Oznacza to, że umowa może trwać do końca lutego 2026 r. (do tego czasu na podstawie prawa opcji Zamawiający może dzierżawić pojemniki). W te sposób umowa obejmie kolejny (trzeci już) rok szkolny, w którym wykonawca musi zorganizować akcję edukacyjną. Podkreślenia wymaga, że przeprowadzenia każdej takiej akcji na warunkach określonych przez Zamawiającego jest znacznym kosztem, który musi być precyzyjnie skalkulowany. Jednakże składając ofertę nie ma możliwości jednoznacznie określić ta tym samym wycenić, czy sytuacja taka zaistnieje czy nie (bo jest ona uzależniona od jednostronnej decyzji Zamawiającego, która zostanie oznajmiona w toku wykonywania umowy). *2. W zakresie udziału szkół w warsztatach edukacyjnych:*
4) (…) Wykonawca w porozumieniu z dyrekcją szkoły, zobowiązany jest uzyskać zgodę rodziców uczniów na udział w warsztatach; Wykonawca zobowiązany jest posiadać kopie ww. zgód rodziców, w formie skatalogowanej (z podziałem na poszczególne szkoły oraz klasy) na nośniku pendrive. Wykonawca będzie administratorem ww. danych. Wykonawca na potrzeby kontroli przeprowadzanej przez Zamawiającego, upoważni Zamawiającego do przetwarzania danych.

Zamawiający oczekuje, że to Wykonawca (w porozumieniu z dyrekcją) uzyska zgody rodziców uczniów na udział

w warsztatach i będzie administratorem tych danych. Po pierwsze Wykonawca nie zna danych rodziców, więc nie ma możliwości zwrócenia się do nich o wyrażenie zgody. Dyrektor szkoły nie ma możliwości udostępnienia Wykonawcy danych osobowych rodziców w taki sposób, aby wykonawca mógł się z nimi skontaktować w celu pozyskania takiej zgody. Wykonawca może jedynie zwrócić się do dyrekcji z wnioskiem o wyrażenie takich zgód. Nadal jednak brak jest podstawy prawnej do przekazaniach ich Wykonawcy.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. postanowień poprzez określenie, że obowiązek prowadzenia akcji edukacyjnej obejmuje jeden rok szkolny (ewentualnie każdy rok szkolny, w którym świadczona jest usługa, przez okres minimum 5 miesięcy) oraz że obowiązek pozyskania zgód rodziców oraz administrowania nimi należy do obowiązków szkoły.

11. W zakresie opcji

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 13 ppkt 2) SWZ: *„13. Zamawiający przewiduje możliwość korzystania z prawa opcji polegającej na: 2) rozszerzeniu zakresu zamówienia poprzez wydzierżawienie pojemników przeznaczonych odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usług odbioru odpadów w ramach zamówienia podstawowego lub opcjonalnego (w razie uruchomienia opcji wskazanej w ppkt 1).*”.

Jak wynika, z Rozdziału II pkt 9 SWU:

„9. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania na wniosek Zamawiającego zgłoszony co przed terminem zakończenia usług, do dyspozycji Zamawiającego, wszystkich pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych na okres maksymalnie 2 miesięcy rozliczanych pełnymi tygodniami od dnia zakończenia świadczenia realizacji usług do dnia przekazania wszystkich pojemników na bazę magazynowo- transportową Wykonawcy, zgodnie z wytycznymi:

1) Zamawiający wykorzysta pojemniki do obsługi nieruchomości zlokalizowanych na terenie Sektora I.

2) Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu na dwa tygodnie przed zakończeniem świadczenia usługi wykaz wszystkich pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych zlokalizowanych na terenie Sektora I, tj. liczby pojemników wraz z podaniem ich pojemności, zbieranej frakcji i przyporządkowanym miejscem gromadzenia odpadów.

3) Zamawiający pozostawia do decyzji Wykonawcy kwestię demontażu transponderów RFID.

4) Zamawiający w przeciągu 2 miesięcy będzie zobowiązany do sukcesywnej wymiany pojemników Wykonawcy.

5) Zamawiający przekaże protokolarnie wszystkie pojemniki na bazę magazynowo- transportową Wykonawcy wskazaną w umowie w ostatnim dniu tygodnia będącego podstawą rozliczenia.

6) W przypadku uszkodzenia lub zniszczenia któregokolwiek z pojemników Wykonawcy, Zamawiający wymieni go na nowy o takich samych lub równoważnych parametrach technicznych.

7) Zamawiający zastrzega, że wszystkie obowiązki Zamawiającego wymienione w ppkt od 1) do 6) może zlecić podmiotowi trzeciemu.

Takie sformułowanie przedmiotu opcji, który jest elementem opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. Na 30 dni przed terminem zakończenia usługi Zamawiający na podstawie jednostronnej decyzji określi, czy będzie dzierżawił pojemniki po zakończeniu przez wykonawcę realizacji usługi. Takie rozwiązanie faworyzuje wykonawców, którzy dysponują własnymi pojemnikami i mogą nimi swobodnie dysponować. Wykonawca, który dzierżawi pojemniki bez możliwości poddzierżawy nie może złożyć oferty lub negocjować warunki dzierżawy w taki sposób, aby spełnić wymóg Zamawiającego (co wiąże się z dodatkowymi kosztami). Jednocześnie dopiero na 30 dni przed zakończeniem wykonywania usługi dowie się, czy pojemniki będą poddzierżawione i w związku z tym, czy uzyska wynagrodzenie za taką usługę.

Zamawiający powinien dobrać środki w sposób, który pozwoli na skoordynowanie zbiórki pojemników wykonawcy kończącego wykonywanie usługi i wykonawcy rozpoczynającego jej wykonywanie np. poprzez koordynowanie zbiórki i rozstawienia pojemników za pomocą akceptacji harmonogramów, nadzoru itp. Tymczasem Zamawiający zdecydował się na środki ograniczające konkurencję w dodatku w przedmiocie świadczenia, co do którego nie ma nawet pewności, czy zostanie zrealizowany.

W związku z tym Odwołujący wniósł o wykreślenie Rozdziału III pkt 13 ppkt 2) SWZ oraz innych postanowień związanych z prawem opcji dotyczącym dzierżawy pojemników.

III. W zakresie kar umownych

Zgodnie z art. 433 pkt 1) – 3) ustawy Pzp Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy

lub jej prawidłowym wykonaniem;
3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zamawiający określa istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę postanowienia umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Poniższe kary nie spełniają tych wymagań.

1) Kara za odstąpienie

Zgodnie z § 15 ust. 1 Wzoru umowy: Wykonawca może naliczyć Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy z wyłącznej winy Zamawiającego w wysokości 10 % wynagrodzenia netto określonego w § 11 ust.1. Uprawnienie to nie dotyczy przypadków wskazanych w § 16 umowy.

Zgodnie z § 15 ust. 2 pkt 1) Wzoru umowy: 1) za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10 % wynagrodzenia netto wskazanego w § 11 ust.1,

„Jak wskazywano już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „przyczyny leżące po stronie wykonawcy" nie muszą być zawsze przez niego zawinione, pojęcie „przyczyny leżące po stronie wykonawcy" jest pojęciem szerszym niż pojęcie „wina", gdyż przyczyny te nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale mogą być również wynikiem działań osób trzecich." (wyrok Izby z dnia 17.11.2010 r., sygn. akt KIO 2396/10) W związku z tym nieuzasadnione jest zróżnicowanie pozycji stron w umowie w zakresie kary za odstąpienie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zrównania sytuacji Zamawiającego i wykonawcy oraz określenie, że kara określona w § 15 ust. 2 pkt 1) Wzoru umowy zostanie naliczona w razie odstąpienia od umowy z wyłącznej winy Wykonawcy.

2) W zakresie kar za opóźnienie

Zamawiający przewidział łącznie niemal 200 różnych kar umownych, które zawarł na 16 z 40 stronach PPU. Tylko dwie z 200 kar zostały przewidziane na okoliczność zwłoki Wykonawcy tj. § 15 ust. 2 pkt 10) lit f) i pkt 14) lit e) PPU, pozostałe za brak wykonania obowiązku w terminie („za każdy dzień następujący po upływie terminu"). Takie ukształtowanie kar stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, który wyraźnie określa zakaz określania w umowie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

W ocenie Odwołującego kary zastrzeżone przez Zamawiającego za każdy dzień następujący po upływie terminu nie są uzasadnione ani okolicznościami, ani zakresem zamówienia. Każdy Zamawiający dąży do stworzenia warunków należytego wykonywania umowy, co nie oznacza samo przez się uzasadnienia do takiego określenia kar.

Tytułem przykładu Odwołujący wskazał, że w § 15 ust 2 pkt 6) Zamawiający przewidział naliczenie następujących kary umownych:

„6) w zakresie dokumentacji, o której mowa w SWU, rozdział XX pt. Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa:

a) w wysokości 2.500,00 zł – za każdy przypadek niedostarczenia wyliczeń określonych w SWU rozdział XXI, pkt 2, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku, za każdy dzień po upływie terminu,

b) w wysokości 1.000,00 zł – za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z SWU, rozdział XXI, pkt 3, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu,

c) w wysokości 1000,00 zł – za każdorazowe niedostarczenie dokumentów określonych w SWU, rozdział XXI, pkt 4, za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu".

Niedochowanie terminu przekazania dokumentów nie kreuje po stronie Zamawiającego żadnej wymiernej szkody, w związku z tym nieuzasadniona jest nie tylko sama wysokość kar, ale również okoliczności jej nakładania odnoszące się do niezależnego od okoliczności niedochowania terminu a nie zwłoki.

3) W zakresie poszczególnych kar określonych w § 15 Wzoru umowy

Odnosząc się do poszczególnych kar Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

„3) w zakresie Harmonogramów, o których mowa w SWU: a) w wysokości 10 000,00 zł – za każdorazowy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu przez Wykonawcę któregokolwiek z Harmonogramów, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, za każdy Harmonogram, za każdy dzień następujący po upływie terminu,".

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 6 ppkt 3) poza Rocznym Harmonogramem odbieranie odpadów, wykonawca ma obowiązek aktualizowania Harmonogramu opróżnień pojemników i odbioru worków niezwłocznie po każdej zmianie liczby nieruchomości obsługiwanych, nie później jednak niż w ciągu najbliższych 3 dni roboczych,

Oznacza to, że każdorazowo kiedy pojawi się nowa nieruchomość, z które będą odbierane odpady, Wykonawca aktualizuje i przekazuje Harmonogram. Co oznacza, że Harmonogramów takich mogą być w czasie trwania umowy setki. Za każdy dzień przekazania choćby jednego z nich Wykonawca zapłaci karę w wysokości 10 000 zł. Zarówno wysokość kary jak i fakt jej naliczenia za niedochowanie terminu, nie za zwłokę powodują, że kara jest rażąco wygórowana.

Odwołujący wniósł o jej obniżenie do 1 000 zł oraz zastrzeżenie na okoliczność zwłoki.

Zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:*„3) w zakresie Harmonogramów, o których mowa w SWU:*

d) w wysokości 5 000,00 zł – za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek wprowadzania zmian w Harmonogramach, o których mowa w SWU, bez wymaganej akceptacji Zamawiającego,".

Niekiedy czasowe wprowadzenie zmian w Harmonogramie jest konieczne w celu należytego wykonania zamówienia i może być związane z okoliczności niezależnymi od Wykonawcy lub nawet koniecznością dopełniania obowiązków wynikających SWU. W Rozdziale III pkt 2 ppkt 1) i 2) SWU: 1*)…) Ponadto częstotliwość odbioru odpadów komunalnych ma gwarantować niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności, 2) systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczania do ich napełnienia odpadami powyżej 80%całkowitej pojemności,*

Zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy: *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:*

11) w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów:

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

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

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

W Rozdziale III pkt 2 ppkt 1) i 2) SWU:

„1) (…) Ponadto częstotliwość odbioru odpadów komunalnych ma gwarantować niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności

2) systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczania do ich napełnienia odpadami powyżej 80%całkowitej pojemności".

Na obszarze objętym zamówieniem, zgodnie z danymi Zamawiającego jest 29 120 pojemników. Mieszkańcy na bieżąco wrzucają do nich odpady. Aby spełnić wymóg Zamawiającego Wykonawca musiałby w zasadzie czuwać cały czas przy każdym z nich, aby

sprawdzić, czy nie doszło do jego „przepełnienia". Nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca może realizować taki obowiązek

w ograniczonym zakresie, to o ile jest w stanie ustalić w trakcie dokonywania odbiorów, że doszło do przepełnienia pojemnika tzw. przesypów, o tyle nie jest możliwe ustalenie, że został napełniony akurat w 80% a nie 85%, w szczególności, że większość pojemników to pojemniki z klapą. Dlatego w większości Zamawiający w sytuacji, gdy dochodzi do przesypów nakazuje dokonanie odbioru wszystkich odpadów, a jeśli sytuacja się powtarza zmianę częstotliwości lub wielkości pojemnika.

W związku z tym Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek niemożliwy do spełnienia i zastrzega na okoliczność jego niewykonania karę umowną w wysokości od 75 do 300 zł w zależności od rodzaju nieruchomości i rodzaju odpadu.

Kara ta nakładana jest niezależnie od samej winy wykonawcy oraz niezależna od jakichkolwiek okoliczności jakie są lub mogą być pod jego kontrolą. Wykonawca nie ma wpływu, na to, że w danym czasie na danej posesji mieszkaniec wrzuci do pojemnika więcej odpadów niż zazwyczaj. Jednak w takim wypadku to wykonawca zostanie ukarany.

Jak podkreśla KIO w wyroku z dnia 22.10.2018 r., KIO 2030/18 *„Należy jednak podkreślić, iż niezależnie od posiadania uprzywilejowanej pozycji uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego. Jakkolwiek zasada swobody umów podlega ograniczeniom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to nie dotyczy to ograniczeń tej zasady wskazanych w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Ponadto, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtując treść postanowień umownych, powinien kierować się naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, tj. określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Taka sytuacja będzie występować między innymi w przypadku obciążenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe. Jest bowiem rzeczą oczywistą, iż obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym wywołuje konsekwencje na gruncie szacowania kosztów realizacji zamówienia, co ostatecznie przekłada się na cenę oferty. Jeżeli zatem zamawiający obciąży drugą stronę przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym i trudnym do oszacowania ryzykiem kontraktowym, to efektem tego będzie złożenie ofert nieporównywalnych, w których ww. ryzyko zostało oszacowane w sposób znacząco odmienny, jak i z pewnością zmniejszeniem kręgu potencjalnych wykonawców. Tym samym dojdzie do zakłócenia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Kolejnym, niemniej istotnym zagrożeniem jest sytuacja „przeszacowania" cen ofertowych przez wykonawców, którzy nie znając dokładnie skali nałożonego na nich ryzyka, będą go szacować na bezpiecznym, a zatem wysokim poziomie. Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego Izby obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontaktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*".

Wykonawca ma zatem obowiązek dostosowania częstotliwości odbiorów do napełnienia pojemnika, pod groźbą kary i ma gwarantować, że pojemnik nie zostanie napełniony powyżej 80%, pod groźbą kary naliczanej za każdy pojemnik, ale nie może też pod groźbą kary zmienić częstotliwości odbioru odpadów bez akceptacji Zamawiającego. Zatem w razie stwierdzenia przepełnienia pojemnika Wykonawca powinien sporządzić nowy Harmonogram, przekazać go Zamawiającemu, poczekać na akceptację i dopiero po takiej akceptacji odebrać odpady (pod groźbą kary 5 000 zł), jednocześnie już od pierwszego dnia przepełniania pojemnika naliczana jest mu kara w wysokości od 75 do 300 zł za każdy taki pojemnik. Czyli mimo dochowania należytej staranności i podjęcia wszystkich działań określonych w SWU, Wykonawcy zostanie naliczona kara, za przepełnione pojemniki lub kara za odebranie odpadów bez akceptacji zmiany.

W związku z tym Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. kary oraz wymogu określonego w Rozdziale III pkt 2 ppkt 1) i 2) SWU lub wykreślenie kar i zmianę Rozdziału III pkt 2 ppkt 1) i 2) SWU poprzez wykreślenie pkt 2) i zmianę pkt 1) w następujący sposób:

„1) (…) Ponadto Wykonawca powinien dożyć do niedopuszczania wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej ich całkowitej pojemności, a w razie stwierdzenia ciągłego przepełniania pojemnika, dostosowania częstotliwości odbioru odpadów lub liczby pojemników do ilości odpadów".

Odwołujący wniósł także o zmianę § 15 ust. 2 pkt 3) lit d) Wzoru umowy poprzez ograniczenie go do sytuacji nieuzasadnionej i zawinionej zmiany Harmonogramu i obniżenie kary do 500 zł.

Zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: *„5) w zakresie dokumentacji dotyczącej Wykazu miejsc gromadzenia odpadów:*

a) w wysokości 5 000,00 zł – za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt. 5, ppkt 1) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

b) w wysokości 100,00 zł – za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt. 5, ppkt 1) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu,".

Zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:*5) w zakresie dokumentacji dotyczącej Wykazu miejsc gromadzenia odpadów:*

c) w wysokości 5 000,00 zł – za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt. 5, ppkt 2) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

d) w wysokości 100,00 zł – za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt. 5, ppkt 2) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

Zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy: „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: 5) w zakresie dokumentacji dotyczącej Wykazu miejsc gromadzenia odpadów:*

e) w wysokości 15 000,00 zł – za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt. 5, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu,

f) wysokości 100,00 zł – za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt. 5, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy adres nieruchomości, każdy dzień następujący po upływie terminu,".

Powyższe kary zostały określone na tą samą okoliczność. W lit a), lit c) i lit. e) kara 5 000 zł (lub w lit e) kara 15 000 zł) zostanie naliczona za sam fakt nieprzypisania unikalnych numerów seryjnych (ID) lub nr Transpondera do MGO lub adresów nieruchomości, za każdy dzień i dodatkowo 100 zł za każde MGO lub nieruchomość. Literalne brzmienie tych postanowień umownych prowadzi do kilku możliwych interpretacji. Na przykładzie kary opisanych w lit a) i b) może to oznaczać, że za każde MGO zostanie naliczona kara 5 100 zł bo stanowi przypadek nieprzypisania numerów MGO. Druga (bardziej względna dla Wykonawcy interpretacja wskazuje, że za każde MGO zostanie naliczona kara w wysokości 100 zł, a dodatkowo jeszcze za każdy dzień kara 5 000 zł niezależnie od tego, czy w tym dniu nie został przypisany jeden nr ID czy kilkaset. Niezależnie od przyjętej interpretacji Wykonawca jest karany podwójnie za to samo niedopełnienie obowiązków. To samo dotyczy pozostałych ww. kar.

Wprawdzie w § 15 ust. 4 Wzoru umowy „*Zamawiający zastrzega, że każdorazowo w sytuacji, w której Wykonawca nie wykona obowiązków, których niewykonanie może być podstawą w danym czasie do jednoczesnego naliczenia w danym przypadku kary umownej z więcej niż z jednego tytułu, wówczas Zamawiający oceni czy powyższe obowiązki nie są ze sobą bezpośrednio powiązane w taki sposób przyczynowo-skutkowy, że dany obowiązek jest jednocześnie przyczyną lub skutkiem niewykonania innego obowiązku w danym przypadku. W sytuacji uznania przez Zamawiającego, że w danym przypadku niewykonanie lub nienależycie wykonane określone obowiązki są w ten sposób powiązane, Zamawiający naliczy karę za niewykonanie tego z obowiązków, w przypadku którego umowa przewiduje naliczenie kary w najwyższej wysokości*.".

To postanowienie umowne nie odnosi się jednak do powyższej sytuacji, gdyż nie chodzi o niewykonanie różnych obowiązków powiązanych bezpośrednio, w taki sposób że niewykonanie jednego może skutkować niewykonaniem innego. Dotyczy dokładnie tego samego obowiązku, za który zastrzeżono dwie kary umowne.

W związku z tym Odwołujący wniósł o wykreślenie kary określonej w § 15 ust. 2 pkt 5) lit b), lit. d) i lit f) Wzoru umowy.

Zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: 11) w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów:*

m) wysokości 300,00 zł – za nieodebranie odpadów zgromadzonych w pojemnikach o pojemności mniejszej niż 1,1 m3 w terminach wynikających z zaakceptowanych przez Zamawiającego Harmonogramów, o których mowa w SWU, za każdą frakcję, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

n) wysokości 500,00 zł – za nieodebranie odpadów zgromadzonych w pojemnikach o pojemności 1,1 m3 i większej w terminach wynikających z zaakceptowanych przez Zamawiającego Harmonogramów, o których mowa w SWU, za każdą frakcję, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

ll) w wysokości 5 000,00 zł - za odbieranie odpadów w godzinach innych niż określone w SWU, za każdy przypadek stwierdzony przez Zamawiającego, z wyłączeniem sytuacji, w których odbiór odpadów przez Wykonawcę wynikać będzie z polecenia Zamawiającego.".

Wykonawca ma może wykonywać usługę opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6:00 do 22:00, a w innych godzinach jedynie w uzasadnionych przypadkach i po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego.

Jednak w razie np. awarii pojazdu w czasie wykonywania usługi o godzinie 21:00, lub niemożliwych do przewidzenia utrudnianiach w ruchu (np. spowodowanymi wypadkiem na drodze) Wykonawca może nie mieć możliwości odebrania odpadów, w tym czasie (dokończenia zaplanowanej i rozpoczętej trasy). Wówczas może dojść do

nieodebrania odpadów z kilkudziesięciu nawet nieruchomości jednorodzinnych. W takiej sytuacji Wykonawca albo będzie kontynuował odbiór pod groźbą kary, albo tego zaniecha – również pod groźbą kary. W tej sytuacji Wykonawca nie ma możliwości uzyskania zgody Zamawiającego, z uwagi na okoliczności i czas w jakim może dojść do zdarzenia. Również w tym przypadku mimo dochowania należytej staranności i podjęcia wszystkich działań określonych w SWU, z powodu okoliczności niezależnych do Wykonawcy, zostanie mu naliczona kara, za nieodebranie odpadów lub za ich odebranie po godzinie 22:00.

Dodatkowo w sytuacjach nieprzewidywalnych Wykonawca powinien mieć możliwość dokonania odbiorów następnego dnia bez naliczania kary. Jeśli brak odbiorów wynika przyczyn niezależnych od wykonawcy lub losowych, a Wykonawca z własnej inicjatywy następnego dnia naprawi nieprawidłowość tym spowodowaną, nie ma podstaw do naliczania kar, kara nie spełnia żadnej ze swoich funkcji (nie jest motywując, nie stanowi substytutu odszkodowania).

W związku z tym Odwołujący wniósł o:

I. Zmniejszenie kar określonych w § 15 ust. 2 pkt 11 lit m), lit. n) odpowiednio do 75 zł i 300 zł oraz doprecyzowanie, że kara zostanie naliczona jeśli zwłoka Wykonawcy wynosi minimum 24 h,

II. Obniżenie kary określonej w § 15 ust. 2 pkt 11) lit ll) Wzoru umowy do 500 zł oraz wskazanie, że wyłączone są okoliczności gdy odebranie odpadów po tej godzinie wynika z okoliczności niezależnych od wykonawcy i ma na celu wyłącznie zaplanowanych i rozpoczętych trasówek.

Zgodnie z § 15 ust. 2 Wzoru umowy „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: 11) w zakresie odbioru, transportu, magazynowania, zagospodarowania odpadów:*

qq) w wysokości 10 000,00 zł – za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek wykorzystywania przez Wykonawcę pojazdów niezgodnych z pojazdami zadeklarowanymi w umowie, z zastrzeżeniem postanowień niniejszej umowy, za każdy pojazd, za każdy dzień.".

Zastrzeżenia takiej kary oznacza, że pomimo tego, usługa jest wykonywana należycie, pojazdem spełniającym wymagania określone w SWZ, Wykonawca zapłaci za każdy dzień użycia innego pojazdu karę 10 000 zł.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia kary do 1 000 zł oraz jej zastrzeżenie wyłącznie na okoliczność wykonywania usługi pojazdem niespełniającym wymagań określonych w SWZ, a nie pojazdem niezgodnych z pojazdami zadeklarowanymi w umowie, co wskazuje, że chodzi o konkretne zadeklarowane pojazdy a nie ich rodzajowe określanie.

Zgodnie z § 15 ust. 3 Wzoru umowy „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:*

1) za każdy dzień nieusunięcia w terminie określonym przez Zamawiającego, któregokolwiek z uchybień stwierdzonych przez Zamawiającego każdorazowo w czasie kontroli prac, tj. za każdy dzień liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie stwierdzonych uchybień w wykonaniu przedmiotu umowy, wysokość kar umownych wzrośnie dwukrotnie w stosunku do wartości pierwszej kary naliczonej dla danego przypadku,

2) za nieusunięcie uchybień w terminie dodatkowym wysokość kar umownych wzrośnie dwukrotnie w stosunku do wysokości kar określonych w pkt 1).".

Pomimo zastrzeżenia wielu, dotkliwych, niezależnych od winy Wykonawcy kar umownych Zamawiający wprowadza również postanowienia, które podnoszą te kary dwukrotnie lub czterokrotnie, w razie, gdy nieusunięcia w terminie określonym przez Zamawiającego, któregokolwiek z uchybień stwierdzonych przez Zamawiającego każdorazowo w czasie kontroli prac. Powyższe oznacza jedynie, że za tą samą okoliczności zostanie naliczona wyższa kara umowna, tylko dlatego, że Zamawiający przeprowadził formalną kontrolę prac i stwierdził naruszenie. Taka kontrola może zostać przeprowadzona w każdym czasie, np. wówczas gdy Zamawiający poweźmie wiadomość o uchybieniu Wykonawcy. Wówczas sam fakt przeprowadzenia kontroli i wyznaczenia dodatkowego terminu na usunięcie nieprawidłowości podwyższa karę Co ważne termin ten wyznacza Zamawiający arbitralnie, a umowa nie wskazuje, że ma on uwzględniać okoliczności, czy wyjaśnienia Wykonawcy.

Wszystkie powyższe kary są wygórowane, w żaden sposób nie odnosząc się do potencjalnej szkody po stronie Zamawiającego, który wykorzystuje tym samym przewagę jako autor wzoru umowy.

Nie jest dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r. sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być rażąco wygórowana już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z

dnia 05.11.2020 r. KIO 2563/20.

Powyższe kary są znacząco wygórowane w stosunku do szkody jaka może powstać w związku z niewykonaniem przedmiotu zamówienia.

IV. W zakresie obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu

Zgodnie z Rozdziałem XXI pkt 1 SWZ: *1. W zakresie osiągania poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w Punktach Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP, w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:*
1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.),
2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1- 1b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.),
3) składowania odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 2a-2b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.).

Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy PZP (wyrażonym w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp): „*Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie*".

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 691):
„pkt 22) przygotowanie do ponownego użycia –rozumie się przez to odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystywane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania;
pkt 23) recykling – to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych.".

Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach komunalnych to odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyodrębnić kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Średnio instalacje komunalne zdolne są do wysortowania ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych ok. 12-14 %. W dniu 20 sierpnia 2021 r. w zostało opublikowane Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530). Wprowadza ono nowy, niekorzystny dla gmin, a w konsekwencji dla wykonawcy (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych.

Dodatkowo określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi: Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami.

W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu. W § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że „*masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów*

komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi".

Zgodnie z § 7 ust. 1 „*w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów*". Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że „*w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane*".

Oznacza to, że zasadniczym czynnikiem w osiąganiu poziomów recyklingu jest należyte segregowanie odpadów „u źródła" i wybór instalacji do której zostaną przekazane odpady. Wykonawca ma niewielki wpływ na należytą segregację odpadów u źródła tj. poprzez edukowanie mieszkańców, nie ma jednak żadnego wpływu na korygowanie zachowań mieszkańców w tym zakresie. Sposób postępowania w razie nieprawidłowej segregacji został opisany w SWU. To Zamawiający na podstawie informacji od wykonawców decyduje o wszczęciu postępowania administracyjnego, które może realnie wpłynąć na podstawę mieszkańca.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślania obowiązków w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu albo kary określonej w Rozdziale XXI pkt 7 SWU, jako sprzecznej z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający informację o wniesionych odwołaniach wraz z odwołaniami w dniu 27 czerwca 2023 r. zamieścił na stronie internetowej Zamawiającego system.logintrade.net/rejestracja/ustwowe.html.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym Chemeko", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym FBSerwis", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 w części dotyczącej zarzutów nr 3, 4, 5, 6, 7 i 8 po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym ALBA", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 14 lipca 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której oświadczył, że uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniach, tj. zarzuty nr 3c, 3d (powtórzony ppkt a), 4a, 4d i 4f. jednocześnie Zamawiający wskazał, że zarzut 4d dotyczy tylko Sektora I, gdyż na pozostałych sektorach nie ma rozdziału „Odbiór odpadów wielkogabarytowych w systemie objazdowej zbiórki" wobec czego zarzut w tym zakresie jest bezprzedmiotowy.

W dniu 17 lipca 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której, mając na uwadze dokonaną w dniu 14 lipca 2023 r. modyfikację SWZ, w tym także w zakresie zarzutu nr 4e odwołania, wniósł o nierozpatrywanie odwołań w tym zakresie, podnosząc że stały się ono bezprzedmiotowe z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Wobec powyższego wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, dokonane modyfikacje, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie zostały wypełnione żadne z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, uznając że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawca który zgłosił przystąpienie nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Interes

zgłaszającego przystąpienie jest pojęciem znacznie szerszym, niż interes do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Skutkiem przystąpienia nie musi być uzyskanie zamówienia publicznego, może to być natomiast jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie. Istotne jest jedynie aby interes przystępującego pozostawało w adekwatnym związku przyczynowym z odwołaniem strony, do której przystępuje wykonawca zgłaszający przystąpienie. Przystępujący zgłasza bowiem przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego, a nie do postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia:

1. wykonawcy Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym Chemeko", do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23
   i KIO 1815/23 po stronie Odwołującego,
2. wykonawcy FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym FBSerwis", do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt
   KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 po stronie Odwołującego,
3. wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym ALBA", do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą(Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępujących wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez Zamawiającego dowód, tj.: Zestawienie wynagrodzenia w ramach umów z wolnej ręki w 2023 r.

Izba dopuściła złożony przez Zamawiającego dowód, tj.: „Zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia" z dnia 14 lipca 2023 r.

Izba dopuściła złożony przez Odwołującego w załączeniu do pisma z dnia 19 lipca 2023 r. dowód, tj.: projekt umowy.

Postępowania odwoławcze w zakresie w jakim dotyczą zarzutów naruszenia:

- „art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, niejednoznaczny i niewyczerpujący: (…) c) określenie w Rozdziale II pkt 5 ppkt 2) lit b) tiret trzecie SWU obowiązku oznakowania pojemników, w sposób który ma zawierać nazwę zbieranej frakcji odpadów zgodnie z Regulaminem, nazwę zbieranej frakcji w języku angielskim oraz ukraińskim, wraz z opisem co należy a czego nie należy wrzucać do poszczególnych rodzajów pojemników w sposób niejednoznaczny" (zarzut nr 3c odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23
  i KIO 1815/23);
- „art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, niejednoznaczny i niewyczerpujący: (…) d) określenie w Rozdziale III pkt 6 ppkt 6) lit a) SWU obowiązku sporządzenia projektu wzoru rocznego Harmonogramu odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości o charakterze jednorodzinnym, tak aby po wybraniu konkretnego adresu nieruchomości jednorodzinnej, wygenerowany Harmonogram był gotowy do wydruku. Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do generatora harmonogramów w formie Harmonogramu określonego w niniejszym ppkt 6), tak aby Zamawiający mógł umieścić link do udostępnionego generatora na swojej stronie internetowej, bez jednoznacznego wskazania wymogów dot. „generatora harmonogramów" (zarzut nr 3d odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 -określony w odwołaniach jako drugie „a");
- „art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj.: a) określenie w Rozdziale II pkt. 8 ppkt 5) SWU obowiązku dokonania naprawy/wymiany pojemników w terminie 3 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia przez właściciela nieruchomości uszkodzenia pojemników bądź od daty stwierdzenia uszkodzenia przez Wykonawcę, bądź od daty zgłoszenia uszkodzenia przez Zamawiającego na piśmie lub drogą elektroniczną, czyli w terminie, który w wielu przypadkach nie pozwala na wykonania tego obowiązku" (zarzut nr 4a odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO

1814/23 i KIO 1815/23);

- 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj.: „d. określenie w Rozdziale VI pkt. 5 ppkt 1) SWU obowiązku załadowania odpadów wielkogabarytowych (na samochód z zabudową skrzyniową z możliwością wywrotu), bez dopuszczenia skorzystania z innych pojazdów" (zarzut nr 4d odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1810/23);
- art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj.: (…) f) określenie w Rozdziale XXII obowiązków obejmujących: bieżącą aktualizacje listy szkół na terenie Sektora, uzyskiwania zgody rodziców na udziału uczniów w warsztatach edukacyjnych, administrowania danymi obejmującymi zgody rodziców oraz brak doprecyzowania, że akcja edukacyjna ma zostać przeprowadzona w każdej szkole w każdym roku szkolnym, w sytuacji, gdy wykonawca nie ma możliwości pozyskania zgód rodziców, a akcja edukacyjna może objąć aż trzy kolejne lata szkolne, czego jednak na moment składania ofert nie można jednoznacznie stwierdzić, a tym samym oszacować" (zarzut nr 4f odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23);

zostały umorzone na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, tj. ze względu na uwzględnienie tych zarzutów przez Zamawiającego i wobec oświadczenia Przystępującego ALBA (przystępującego po stronie Zamawiającego), że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia wskazanych zarzutów, gdyż tylko wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp - może wnieść sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu przez Zmawiającego.

Postępowanie odwoławcze sprawach o sygn. akt KIO 1810/23, KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 w zakresie w jakim dotyczą zarzutu naruszenia „art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, niejednoznaczny i niewyczerpujący: (…) e) określenie w Rozdziale XVII pkt. 10 SWU obowiązku wykorzystania Serwera obsługujący System, który musi znajdować się w serwerowni (centrum danych obsługiwane przez Wykonawcę) gwarantującej jednostce stabilną oraz bezpieczną pracę, bez możliwości dopuszczenia serwerów innych zewnętrznych w ramach tzw. usług „w chmurze" (zarzut nr 4e odwołań), zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający przed otwarciem rozprawy, tj. w dniu 14 lipca 2023 r., dokonał bowiem „Zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia" a więc zmienił zaskarżoną przez Odwołującego treść SWZ, jednocześnie przekazując wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nową treść kwestionowanego postanowienia, co oznacza, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, na dzień rozpoznawania sprawy przez Izbę, nie istnieje. Nie istnieje bowiem tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać ów zarzut merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu (zarzutu nr 4e odwołań) stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć. Podniesiony przez Zamawiającego wniosek o umorzenie postępowań odwoławczych w tej części poparł także Odwołujący. Wobec powyższego stwierdzić należy, że zaistniały podstawy do umorzenia postępowań odwoławczych w tej części na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 17 lipca 2023 r. cofnął odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23 w zakresie zarzutu nr 4d odwołań, tj. zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj.: „d. określenie w Rozdziale VI pkt. 5 ppkt 1) SWU obowiązku załadowania odpadów wielkogabarytowych (na samochód z zabudową skrzyniową z możliwością wywrotu), bez dopuszczenia skorzystania z innych pojazdów". Wobec powyższego postępowania w części cofniętego odwołania (zarzut nr 4d w sprawach o sygn. akt KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23) podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 116 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w Rozdziale IV ppkt 1.2.2.1 SWZ w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 45 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych" w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na niejednoznaczność (zarzut nr 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu", pkt 1, ppkt 1.2.2.1. podał, iż *„Wykonawca spełni*

warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 45 000 Mg odpadów
komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych". (Sektor I)
Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu", pkt 1, ppkt 1.2.2.1. podał, iż *„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 50 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych*". (Sektor II i III)

Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu", pkt 1, ppkt 1.2.2.1. podał, iż *„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia, w ramach którego/których obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 40 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych*". (Sektor IV)
Odwołujący zakwestionował warunek opisany w punkcie 1.2.2.1. w odniesieniu do wszystkich Sektorów, wskazując że warunek ten ogranicza uczciwą konkurencję, jest nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na jego niejednoznaczność, wnosząc o jego zmianę w sposób określony w treści odwołania. W trakcie rozprawy zmodyfikował wniosek dotyczący zmiany warunku udziału w postępowaniu poprzez niewprowadzanie w jego treści zapisu „w ramach maksymalnie dwóch umów".
Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:
Art. 112 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności*".

Natomiast art. 116 ustawy Pzp określa warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego i stanowi, że:
„1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.
2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia".
Oznacza to, że Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu określa okoliczności związane z posiadanymi przez wykonawcę zdolnościami pozwalającymi mu na należyte wykonanie zamówienia. Zadaniem Zamawiającego jest więc określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i zarazem minimalnym, po to aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, a jednocześnie na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykonawca, który chce ubiegać się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że posiada zdolności do jego wykonania co najmniej na poziomie opisanym przez Zamawiającego w SWZ. W taki też sposób został opisany kwestionowany warunek udziału w postępowaniu. Warunek ten, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest jasny i zrozumiały. Wykonawca w celu wykazania się doświadczeniem zobowiązany jest na potwierdzenie spełnienia tego warunku posłużyć się jednym lub większą ilością zamówień i każde z tych zamówień powinno dotyczyć obsługi obszaru zamieszkałego przez co najmniej 100 000 mieszkańców. Natomiast zawarte w warunku sformułowanie „odebrał łącznie 45 000 Mg" („odebrał łącznie 50 000 Mg" i „odebrał łącznie 40 000 Mg" w zależności od Sektora, którego dotyczy) dotyczy ilości odpadów odebranych w ramach wszystkich zamówień, którymi posłuży się wykonawca wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Słowo „łącznie", jak wskazał Zamawiający i jak jednoznacznie wynika z treści warunku, wprowadzone jest wyłącznie w

odniesieniu do ilości łącznie odebranych odpadów. Równie jednoznaczna jest kwestia przedziału czasowego, w którym ma nastąpić odbiór wskazanej ilości odpadów. Odbiór łącznej ilości odpadów ma nastąpić w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy, a zatem Wykonawca może się posłużyć jednym, bądź kilkoma zamówieniami, przy czym każde z nich musi być zrealizowane na obszarze zamieszkałym przez 100 000 mieszkańców, a w ramach tego zamówienia lub zamówień wykonawca powinien się wykazać odbiorem łącznie określonej ilość ton, w ciągu maksymalnie 12 miesięcy. Treść warunku jest więc jednoznaczna. Odwołujący nie wykazał, iż sformułowany warunek udziału w postępowaniu ogranicza uczciwą konkurencję, jest nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 116 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w Rozdziale IV pkt 1.2.2.2 SWZ, tj. „Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych", w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na niejednoznaczność (zarzut nr 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu", pkt 1, ppkt 1.2.2.2. podał, iż *„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie w zakresie odbioru i zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych, w ramach którego wykonał usługę dla gminy zamieszkałej przez co najmniej 100 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych*". (identyczną treść zawiera SWZ dla sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował warunek opisany w punkcie 1.2.2.2., wskazując że warunek ten ogranicza uczciwą konkurencję, jest nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia z uwagi na jego niejednoznaczność, gdyż w warunku nie wskazano zakresu usługi, ani poprzez określenie ilości odebranych odpadów, częstotliwości odbiorów, ani rodzaju odpadów, jak również wskazał na konieczność doprecyzowania, że chodzi o odpady selektywnie gromadzone, objęte przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 112 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności*". Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu określa okoliczności związane z posiadanymi przez wykonawcę zdolnościami pozwalającymi mu na należyte wykonanie zamówienia. Zadaniem Zamawiającego jest więc określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i zarazem minimalnym, po to aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, a jednocześnie na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wykonawca, który chce ubiegać się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że posiada zdolności do jego wykonania co najmniej na poziomie opisanym przez Zamawiającego w SWZ. W taki też sposób został opisany warunek udziału w postępowaniu – punkt 1.2.2.2.

Warunek ten jest czytelny i jednoznaczny. Brak jest więc podstaw do jego zmiany z uwagi na podnoszoną przez Odwołującego „niejednoznaczność". Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnych racjonalnych argumentów, które nie tylko, że wskazywałyby na konieczność jego uszczegółowienia, ale także pokazywałyby, że warunek ten jest nieproporcjonalny i niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Nie wykazał także na czym w tym przypadku polega naruszenie konkurencji. Przedstawił jedynie swe wątpliwości co do rozumieniu sformułowania „wykonał usługę dla gminy". Jednak podane w tym zakresie przykłady są nietrafione. Odwołujący nie wyjaśnił chociażby, odwołując się do powołanego przykładu, dlaczego posłużenie się doświadczeniem przez wykonawcę, który jako podwykonawca - zgodnie z przepisami ustawy Pzp - realizował zamówienie, miałoby nie weryfikować zdolności tego wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wątpliwości powstałe na tle rozumienia tego warunku Odwołujący mógł wyjaśniać w trybie art. 135 ust. 1 ustawy

Pzp. Wykonawca, kiedy tylko poweźmie wątpliwości co do któregokolwiek zapisu SWZ, może się bowiem zwrócić do Zamawiającego o jego wyjaśnienie.

Nadto stwierdzić należy, że podniesiony zarzut nie ma żadnego związku z postawionym następnie wnioskiem, który po uwzględnieniu zaproponowanej modyfikacji, w istocie ograniczałby konkurencję, a nie wyjaśniał treść kwestionowanego warunku.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, niejednoznaczny i niewyczerpujący:

e.określenie w Rozdziale I pkt 4 Szczegółowych Warunków Umowy, zwanej dalej „SWU", obowiązku wykonania przedmiotu zamówienia w nieokreślonym i niepozwalającym na dokonanie wyceny oferty zakresie, tj. odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów nieokreślonych w SWZ „w ramach wynagrodzenia",

(zarzut nr 3 lit. a) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale I SWU „Zakres przedmiotu zamówienia Sektor I – Stare Miasto i Śródmieście", ustęp 4 podał „*Oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania. Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym postanowienia umowy w stosunku do innych frakcji odpadów stosuje się odpowiednio*". (identyczną treść zawiera SWU dla sektora I-IV).

Powyższe zakwestionował Odwołujący podnosząc m.in., iż nieuprawnionym jest zobowiązanie wykonawcy do odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej nie określonych frakcji odpadów, gdyż taka działalność wymaga odpowiednich zezwoleń. A ponadto różne frakcje są różnie wyceniane. Wykonawca nie jest więc w stanie wycenić w ramach oferty działań, których zakresu nie zna i nie może określić.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*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*". Opis jednoznaczny to taki opis, który jest precyzyjnie określony i nie budzi wątpliwości. Natomiast opis wyczerpujący to taki opis, który przedstawia przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Opis przedmiotu zamówienia ma bowiem wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Tak więc Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający, co jest niewątpliwe, podał w ust. 1 - 3 rozdziału 1 „Zakres przedmiotu zamówienia Sektor I – Stare Miasto i Śródmieście", jakie grupy odpadów objęte są przedmiotem tego zamówienia, określając grupy i kody odpadów (analogiczną treść zawiera SWU dla sektora II-IV). Podał również, że oprócz wskazanych kodów odpadów nie wyklucza możliwości pojawienia się innych frakcji odpadów komunalnych, ograniczając je do zakresu odpadów komunalnych. Jednocześnie Zamawiający w Formularzu oferty przewidział pozycje: 9 „Usuwanie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych", określając przewidywaną ilość odpadów w ramach zamówienia podstawowego (750 m³) i zamówienia opcjonalnego (250 m³) oraz 10 „Wykonywanie prac interwencyjnych", których wartość określił kwotowo (zamówienie podstawowe 450 000,00 zł i zamówienie opcjonalne 150 000,00 zł). Charakter tych czynności – jak wskazał Zamawiający - uniemożliwia ustalenie zamkniętego katalogu tych odpadów, ale pozwala na stwierdzenie, że są to wyłącznie odpady komunalne, które nie zostały wprost wymienione w SWU. Nie są to więc, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wszystkie inne możliwe frakcje odpadów. Odwołujący nie wskazał nawet jakie to mogłyby być frakcje odpadów, mimo że sugerował, że na ich „odbiór, zbiór, transport i zagospodarowanie" konieczne będzie posiadanie zezwolenia. Odwołujący jest wykonawcą posiadającym doświadczenie w realizacji zamówień na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, w tym także u tego Zamawiającego. Niezrozumiałym jest więc, dlaczego nie przedstawił jakie to frakcje odpadów pojawiają się czy też jakie frakcje odpadów mogą się pojawić, a które z punktu widzenia Wykonawcy są problematyczne chociażby z uwagi na konieczność posiadania stosownego zezwolenia. Także w trakcie rozprawy, mimo że wskazywał na hipotetyczne przykłady frakcji odpadów, które przyjdzie mu odebrać, zebrać, transportować i zagospodarować to jednak nie podał o jakie frakcje odpadów chodzi.

Zamawiający określił w SWU zakres odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zakres ten – jak wskazał Zamawiający - jest rodzajowo zamknięty i ogranicza się do odpadów komunalnych. Katalog odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości jest bowiem katalogiem zamkniętym, gdyż obejmuje ściśle określone frakcje selektywne oraz

niesegregowane (zmieszane odpady komunalne). Jedynie w odniesieniu do prac interwencyjnych oraz usuwania odpadów z miejsc do tego nieprzeznaczonych mogą pojawić się nieprzewidziane przez Zamawiającego odpady. Nie wynika to jednak z niedochowania przez Zamawiającego obowiązku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, ale z natury powierzanych Wykonawcy obowiązków.

Co więcej Zamawiający także wskazał, że prace interwencyjne oraz usuwanie odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich zbierania wynagradzane jest nie za tonę usuniętych czy zebranych odpadów określonego rodzaju, ale za 1m³ usuniętych odpadów, bez względu na ich rodzaj (w przypadku usuwania odpadów zebranych w miejscach do tego nieprzeznaczonych) albo na podstawie kosztorysu powykonawczego (prace interwencyjne). Tak więc czynności, które mogą obejmować inne niż wyspecyfikowane kody odpadów, wynagradzane będą w sposób niewymagający powiązania ich z określonym rodzajem odpadów. Wynagrodzenie nie jest bowiem związane z ceną przyporządkowaną do określonego rodzaju odpadów.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, niejednoznaczny i niewyczerpujący: (…)

c.określenie w Rozdziale II pkt 2 ppkt 3) SWU obowiązku sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca jednorazowo ma przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinnym maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków, bez dookreślenia maksymalnej liczby worków jakie musi wydać wykonawca w ramach tego obowiązku,

(zarzut naruszenia art. 3 lit. a) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale II SWU „Wyposażenie nieruchomości obsługiwanych w pojemniki i worki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych", pkt 2, ppkt 3 podał „*W zakresie terminów wyposażenia nieruchomości obsługiwanych położonych wzdłuż ulic w obrębie Sektora zgodnie z załącznikiem nr 1 – Uchwała nr XXIX/655/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie podziału Wrocławia na sektory odbierania odpadów komunalnych (ze zm.): (…) 3) sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca jednorazowo ma przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinnym maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków.*" (identyczną treść zawiera SWU dla sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował powyższe, wskazując m.in. na brak ograniczenia przedmiotu zamówienia w tym zakresie do maksymalnej liczby worków jakie Wykonawca zobowiązany jest wydać i co powoduje, że nie jest możliwe skalkulowanie ceny oferty. Ograniczenie jednorazowej ilości worków jakie dostarczyć musi Wykonawca nie jest jednoznaczne i wystarczające przy jednoczesnym obowiązku sukcesywnego ich dostarczania i świadczy o niejednoznaczności SWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*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*". Opis jednoznaczny to taki opis, który jest precyzyjnie określony i nie budzi wątpliwości. Natomiast opis wyczerpujący to taki opis, który przedstawia przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Opis przedmiotu zamówienia ma bowiem wskazać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w tej branży. Tak więc Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający w załączniku nr 3 do SWU „Przewidywana liczba pojemników i worków niezbędna do realizacji zamówienia", Tabela 2 podał „*Przewidywana liczba worków niezbędna do realizacji zamówienia (poniższą ilość wyznaczono na podstawie rocznego zapotrzebowania w poprzednich latach)" wskazał przewidywaną liczbę worków dla poszczególnych frakcji odpadów i tak: odpady z papieru - 50 000; tworzywa sztuczne - 100 000; odpady ze szkła - 50 000 i bioodpady 50 000".* (identyczną treść zawiera SWU dla sektora I-IV). Oznacza to, że Zamawiający nie tylko, że podał przewidywaną liczbę worków dla poszczególnych frakcji odpadów, ale także i to w jaki sposób właściciele nieruchomości o charakterze jednorodzinnym, jak i właściciele nieruchomości o charakterze wielolokalowym mają być w nie wyposażani. Worki mają być więc sukcesywnie

dostarczane „przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych". To dopiero przekazanie większej liczby worków wymaga zgody Zamawiającego. Z kwestionowanego postanowienia SWU nie wynika więc obowiązek przekazywania nieograniczonej ilości dodatkowych worków, a jedynie, że przekazanie worków dodatkowych może nastąpić wyłącznie za zgodą Zamawiającego i jednocześnie bez przekraczania jednorazowego limitu wydawanych worków. Liczba możliwych do wydania worków jest bowiem pochodną ilości odpadów, które mogą być w nich zgromadzone. Co więcej umowa (§ 4 projektu umowy) uzależnia jej ustanie od wyczerpania się limitu maksymalnego wynagrodzenia, a ten z kolei wyczerpuje się wraz z każdą toną zebranych, odebranych i transportowanych odpadów. Wykonawca, znając więc charakterystykę sektora (w załącznikach do SWU podany został szereg danych charakteryzujących liczbę i cechy obsługiwanych nieruchomości), jest w stanie określić ilość worków, która jest niezbędna do prawidłowej realizacji zamówienia. Nie jest to więc liczba niczym nieograniczona, której wykonawca kalkulując cenę oferty nie jest w stanie przewidzieć. A ponadto wydawanie worków w niekontrolowany sposób, jak wynika z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego, powodowało dopływ odpadów z nieobsługiwanych nieruchomości. Kwestia ta już wcześniej budziła wątpliwości wykonawców i była przedmiotem wniesionych odwołań. Stąd Zamawiający w obecnie prowadzonym postępowaniu określił szacunkową ilość worków jaka będzie konieczna do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj.: (…) lit. b) określenie w Rozdziale III pkt. 3 ppkt 7) SWU obowiązku uprzątnięcia zanieczyszczeń powstałych podczas załadunku odpadów, utrzymania należytego porządku i czystości w czasie załadunku odpadów oraz uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami określonymi w pkt 1, w sytuacji, gdy konieczność uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami wynikać będzie z przepełnienia pojemników, bez wskazania że obowiązek ten nie dotyczy nieruchomości niezamieszkanych (zarzut nr 4 lit. b odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWU, rozdział III „Odbieranie odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości obsługiwanych", pkt 3, ppkt 7) podał, że „*W zakresie odbioru odpadów i utrzymania czystości MGO Wykonawca zobowiązany jest do: (…) 7) uprzątnięcia zanieczyszczeń powstałych podczas załadunku odpadów, utrzymania należytego porządku i czystości w czasie załadunku odpadów oraz uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami określonymi w pkt 1, w sytuacji, gdy konieczność uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami wynikać będzie z przepełnienia pojemników*". (identyczną treść zawiera SWU dla sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował powyższe, podnosząc iż o ile w przypadku nieruchomości zamieszkanych, gdzie Wykonawca ma obowiązek dostosowania częstotliwości odbioru odpadów i wielkości pojemników do ilości odpadów na danej nieruchomości, o tyle w przypadku nieruchomości niezamieszkanych częstotliwość odbioru odpadów jest określona przez Zamawiającego, a wielkość pojemnika wynika z deklaracji właściciela nieruchomości. Ponieważ opłata za odbiór odpadów zależy od wielkości pojemnika, właściciele nieruchomości deklarują mniejsze pojemności pojemników, niż wynika to z ich rzeczywistych potrzeb. Powoduje to, że pozostałe odpady z nieruchomości gromadzone są wokół pojemnika, co z kolei wiąże się z koniecznością ich ręcznego ładowania na pojazd i w konsekwencji wydłużeniem czasu odbioru odpadów. Skutkiem takiego zgłoszenia może być wyłącznie wszczęcie wobec właściciela nieruchomości procedury mającej na celu podwyższenie opłaty za odbiór odpadów, co w konsekwencji prowadzi do sytuacji, że to wykonawca usługi ponosi wszelkie ciężary związane z brakiem dostosowania wielkości pojemnika do ilości gromadzonych nieruchomości odpadów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „*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*". Zgodnie z przywołanym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Celem tej regulacji – zgodnie motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej – jest to aby „*specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę*". Niedopuszczalne jest zatem takie opisanie przedmiotu zamówienia, które preferuje konkretnych wykonawców lub produkty, i które nie ma uzasadnienia w wyeliminowaniu innego wykonawcy lub produktu. Wobec powyższego Wykonawca, podnosząc zarzut utrudniania uczciwej konkurencji powinien był wykazać na czym w danym stanie faktycznym polega działanie Zamawiającego, które

utrudnia uczciwą konkurencję a tej okoliczności w tym postępowaniu Odwołujący nie tylko, że nie wykazał, ale i nie podał na czym ono polega.

W niniejszym stanie faktycznym Wykonawca zobowiązany jest do uprzątnięcia zanieczyszczeń powstałych podczas załadunku odpadów, utrzymania należytego porządku i czystości w czasie załadunku odpadów oraz uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami, w sytuacji, gdy konieczność uporządkowania terenu wokół pojemników oraz miejsc, na których ustawione są pojemniki i worki z odpadami wynikać będzie z przepełnienia pojemników. Obowiązek ten (obowiązek uprzątnięcia zanieczyszczeń wokół pojemników wynikających z ich przepełnienia bez różnicowania typu nieruchomości) – jak wyjaśnił Zamawiający - wynika z szeroko pojętego dbania o wizerunek miasta, niedopuszczenia do zalegania odpadów, tworzenia „dzikich wysypisk", a tym samym dogodnych warunków do bytowania gryzoni. Nie sposób nie zgodzić się z Zamawiającym co do zasadności tak postawionego wymogu. Nie może mieć bowiem miejsce sytuacja, w której odpady będą zalegać wokół pojemników. Odpady muszą być na bieżąco odbierane. Wniosek Odwołującego aby został on zwolniony z obowiązku zbierania odpadów znajdujących się poza pojemnikiem z uwagi na przedłużające się procedury administracyjne nie znajduje żadnego racjonalnego wytłumaczenia. Kto w takiej sytuacji miałby te odpady usunąć? Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem odbiór odpadów i obowiązek ten nie jest uzależniony od zakończenia procedury administracyjnej. Obowiązek ten, na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, powiązany jest z obowiązkiem informacyjnym wynikającym z Rozdziału III SWU, pkt 4, ppkt 6 zgodnie z treścią którego *„w przypadku przepełnienia pojemników przeznaczonych do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów znajdujących się na terenie nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych, Wykonawca ma obowiązek sporządzić protokół zgodnie z załącznikiem nr 9 - Wzór protokołu niezgodności zgłoszonego zapotrzebowania na pojemniki w stosunku do ilości wytwarzanych odpadów*". Obowiązek ten jest podyktowany koniecznością kontrolowania prawidłowości zbierania odpadów na nieruchomościach niezamieszkałych i mieszanych. Brak tych informacji uniemożliwia Zamawiającemu podejmowanie przewidzianych prawem działań mobilizujących mieszkańców i właścicieli nieruchomości do poprawy sytuacji w tym zakresie. Informacje od Wykonawcy mają posłużyć bowiem do podjęcia działań dyscyplinujących właściciela nieruchomości, gdyż zwiększona opłata może być nałożona w drodze decyzji również za okres wsteczny, co jednak także wymaga czasu i zachowania określonej procedury administracyjnej. Z tego powodu Zamawiający oczekuje realizacji ustalonych w SWU zasad i każdorazowego komunikowania napotkanych przez wykonawcę nieprawidłowości. Niemniej jednak – jak słusznie wskazał Zamawiający - kwestia rzetelności złożonej deklaracji, uiszczania opłaty, postępowania wymiarowego jest sprawą relacji pomiędzy podatnikiem opłaty a organem podatkowym właściwym w sprawie tej opłaty a nie Wykonawcą realizującym zamówienie.

Także „wyłapanie" – na co także wskazał Zamawiający - właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, którzy deklarują za małe pojemniki w stosunku do ilości wytwarzanych odpadów komunalnych, jest możliwe wyłącznie przez stałe i konsekwentne stosowanie określonych mechanizmów. Mechanizmy te mogą być realizowane wyłącznie przez Wykonawcę. Brak takich działań to brak wiedzy po stronie Zamawiającego na temat nieprawidłowości w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych. A przecież to te informacje (informacje pozyskane od wykonawców realizujących zamówienie) pozwalają Zamawiającemu na podjęcie odpowiednich działań w tym zakresie.

Reasumując Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj.: (…) c) określenie w Rozdziale III pkt. 4 ppkt 1) lit b) SWU obowiązku niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru odpadów, gdy będzie ona możliwa, nie później jednak niż w ciągu najbliższych 3 dni kalendarzowych w przypadku braku możliwości odbioru odpadów (brak możliwości bezpośredniego dojazdu do miejsca zbiórki, niewystawiony pojemnik, brak dostępu do MGO, itp.), czyli w terminie, który w wielu przypadkach nie pozwala na wykonania tego obowiązku (zarzut nr 4 lit. c odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWU, rozdział III „Odbieranie odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości obsługiwanych", pkt 4, ppkt 1), lit. b) podał „*W zakresie przeprowadzania kontroli oraz informowania Zamawiającego o utrudnieniach w odbiorze odpadów:*

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

a) (…)

b) niezwłocznie zrealizować usługę odbioru odpadów, gdy będzie ona możliwa, nie później jednak niż w ciągu najbliższych 3 dni kalendarzowych". (identyczną treść zawiera SWU dla sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował ten wymóg, podnosząc m.in., iż wykonanie tego obowiązku w terminie wskazanym

przez Zamawiającego może nie być możliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, związanych z wystąpieniem weekendów lub dni ustawowo wolnych od pracy oraz przyczyn technicznych np. niemożności odebrania odpadów w terminie jednego dnia roboczego (jaki pozostanie po odjęciu dniu wolnych od pracy). Odebranie odpadów po ustaniu przyczyny uniemożliwiającej ich wcześniejsze odebranie może wiązać się z koniecznością skierowania wielu dodatkowych pojazdów, dostarczenia większej ilości odpadów do instalacji. W przypadku konieczności wykonania takich odbiorów po np. dwóch czy trzech dniach wolnych od pracy, na wykonanie usługi Wykonawcy pozostaje 1 dzień kalendarzowy, który może nie być wystarczający z przyczyn logistycznych (brak kierowców, brak pojazdów, brak możliwości dostarczenia dodatkowej znacznej ilości odpadów do instalacji w tak krótkim czasie). Takie sformułowanie terminu naraża Wykonawcę na konieczność poniesienia szkody w postaci kar umownych w wysokości 250 zł za każdy dzień za każdy pojemnik, w sytuacji, gdy niedochowanie terminu wywołane jest jego określeniem w sposób nierealny, a nie jakąkolwiek winą lub zaniechaniem samego wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „*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*". Zgodnie z przywołanym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Celem tej regulacji – zgodnie motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej – jest to aby „*specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę*". Niedopuszczalne jest zatem takie opisanie przedmiotu zamówienia, które preferuje konkretnych wykonawców lub produkty, i które nie ma uzasadnienia w wyeliminowaniu innego wykonawcy lub produktu. Wobec powyższego Wykonawca, podnosząc zarzut utrudniania uczciwej konkurencji powinien był wykazać na czym w danym stanie faktycznym polega działanie Zamawiającego, które utrudnia uczciwą konkurencję a tej okoliczności w tym postępowaniu i podnosząc ten zarzut Odwołujący nie tylko, że nie wykazał, ale i nie podał na czym to działanie polega.

Kwestionowany przez Odwołującego wymóg dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie miał możliwości odbioru odpadów na skutek wystąpienia przykładowo wskazanych sytuacji. Wobec czego zobowiązany jest do „*niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru odpadów, gdy będzie ona możliwa, nie później jednak niż w ciągu najbliższych 3 dni kalendarzowych*". Wykonawca – zgodnie z SWU, rozdział III „Odbieranie odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości obsługiwanych", pkt 2, ppkt 3 – „*w zakresie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do: (…) 3) opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6:00 do 22:00, a w innych godzinach jedynie w uzasadnionych przypadkach i po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego*". Tak więc wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługę odbioru odpadów przez 7 dni w tygodniu. Wobec powyższego termin zrealizowania usługi odbioru odpadów w ciągu 3 dni kalendarzowych jest prawidłowy i nie pozostaje w sprzeczności ze wskazanym przepisem ustawy, jak i określonymi w SWU obowiązkami Wykonawcy realizującego przedmiotową usługę. Brak jest więc podstaw do jego zmiany.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, tj.: (…) g) określenie w Rozdziale III pkt 13 SWZ możliwości korzystania z prawa opcji polegającej na rozszerzeniu zakresu zamówienia poprzez wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usług odbioru odpadów w ramach zamówienia podstawowego lub opcjonalnego (w razie uruchomienia opcji wskazanej w ppkt 1), które faworyzuje wykonawców, którzy wykonują usługą przy wykorzystaniu własnych pojemników (zarzut nr 4 lit. g odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWZ, Rozdział III „Opis przedmiotu zamówienia", pkt 13 podał:

„*Zamawiający przewiduje możliwość korzystania z prawa opcji polegającej na:*

1)przedłużeniu okresu realizacji usług, o których mowa w ust. 1 § 2 projektu umowy oraz odpowiednio okresu obowiązywania umowy o okres maksymalnie 6 miesięcy,

2)rozszerzeniu zakresu zamówienia poprzez wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usług odbioru odpadów w ramach zamówienia podstawowego lub opcjonalnego (w razie uruchomienia opcji wskazanej w ppkt 1).

Zamawiający może korzystać z prawa opcji w przypadku posiadania środków finansowych na realizację tych zadań.

Maksymalna wartość opcji wynika z ceny wskazanej przez Wykonawcę w ofercie na usługę objętą opcją i z zakresu tej opcji wskazanej w załączniku nr III.". (identyczną treść zawiera SWZ dla sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował powyższy wymóg, podnosząc m.in., iż takie sformułowanie przedmiotu opcji, który jest elementem opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający dopiero na 30 dni przed terminem zakończenia usługi i to na podstawie jednostronnej decyzji określi, czy będzie dzierżawił pojemniki po zakończeniu przez Wykonawcę realizacji usługi. Takie rozwiązanie faworyzuje Wykonawców, którzy dysponują własnymi pojemnikami i mogą nimi swobodnie dysponować. Wykonawca, który dzierżawi pojemniki bez możliwości poddzierżawy nie może złożyć oferty lub negocjować warunków dzierżawy w taki sposób, aby spełnić wymóg Zamawiającego (co wiąże się z dodatkowymi kosztami). Jednocześnie dopiero na 30 dni przed zakończeniem wykonywania usługi dowie się, czy pojemniki będą poddzierżawione i w związku z tym, czy uzyska wynagrodzenie za taką usługę. Środki te ograniczają konkurencję w dodatku w przedmiocie świadczenia, co do którego nie ma nawet pewności czy zostanie zrealizowany.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że „*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*". Zgodnie z przywołanym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Celem tej regulacji – zgodnie motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej – jest to aby „*specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę*". Niedopuszczalne jest zatem takie opisanie przedmiotu zamówienia, które preferuje konkretnych wykonawców lub produkty, i które nie ma uzasadnienia w wyeliminowaniu innego wykonawcy lub produktu. Wobec powyższego Wykonawca, podnosząc zarzut utrudniania uczciwej konkurencji zobowiązany jest wykazać na czym to działanie Zamawiającego ograniczające konkurencję polega.

Kwestionowana treść SWZ dotyczy bowiem sytuacji, w której Zamawiający będzie mógł skorzystać z prawa opcji, gdy na danym sektorze będzie świadczył usługę nowy Wykonawca. Oznacza to więc, że obowiązek ten nie będzie nałożony na Wykonawcę tylko wówczas, gdy usługę będzie realizował ten sam Wykonawca, który obecnie odbiera i zagospodarowuje odpady komunalne z danego sektora. Wprowadzenie powyższego wymogu – jak wyjaśnił Zamawiający - spowodowane jest problemami z jakimi zetknął się podczas zmiany Wykonawcy na danym sektorze, gdy część nieruchomości wyposażona była w dwa zestawy pojemników (pojemniki dotychczasowego Wykonawcy oraz zaplombowane pojemniki nowego Wykonawcy), co powodowało dezorientację wśród mieszkańców, co do zasad korzystania z tych pojemników. Było i tak, że część nieruchomości pozostała bez jakichkolwiek pojemników. Tak więc aby uniknąć tego rodzaju sytuacji i zapewnić mieszkańcom wysoki standard wykonywanej usługi oraz płynne przejście z poprzedniej umowy na kolejną, Zamawiający, w oparciu o własne wieloletnie doświadczenie, wprowadził zapis dotyczący opcji dzierżawy pojemników. Niemniej jednak Zamawiający nie wymagał i nie wymaga aby pojemniki konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia stanowiły własność wykonawcy. Wymaga jedynie aby Wykonawcy wyposażyli obsługiwane nieruchomości w pojemniki. Nie narzuca przy tym Wykonawcom tytułu prawnego do dysponowania posiadanymi pojemnikami. Tak więc przykładowo może to być zarówno własność, jak i dzierżawa. A ponieważ istotne jest dla Zamawiającego aby usługa była wykonywania nieprzerwanie stąd zapisy dotyczące dzierżawy pojemników. Dlatego też kwestionowane przez Odwołującego zapisy zawarł już w SWZ aby wykonawcy zainteresowani udziałem w tym postępowaniu zagwarantowali sobie możliwość dalszego dysponowania pojemnikami. Co więcej tego typu rozwiązanie (możliwość dzierżawy pojemników) nie jest rozwiązaniem nowym. Zamawiający korzystał już z niego w trakcie realizacji umów w latach 2021 – 2022. Taką umowę realizował także Odwołujący w ramach sektora I i II. Natomiast rozwiązanie, na które powołuje się Odwołujący, składając projekt umowy, obejmuje gminy charakteryzujące się inną specyfiką regionu i inną wartością umowy. Projekt przedstawionej umowy pokazuje więc inny sposób rozwiązania problemu pojemników. Nie oznacza to jednak, że rozwiązanie jakie przyjął Zamawiający jest błędne i narusza wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła aby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Tym samym zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, przez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 PPU klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne

nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody i okoliczności, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny (zarzut nr 5 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, iż Zamawiający w projekcie umowy § 15 „Kary umowne" wskazał, że „*Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach:* (…)", wskazując następnie kilkadziesiąt kar umownych. (identyczną treść zawiera PPU dla sektora I-IV).

Przewidziane kary, w ocenie Odwołującego, są nadmierne w stosunku do przewinienia lub szkody co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody i okoliczności, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 483 § 1 k.c. stanowi, że „*można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)".*

Art. 484 § 2 k.c. stanowi, że „*jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana*".

Art. 353[1] k.c. stanowi, że „*strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*".

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*".

Niewątpliwym jest, że kary umowne są dodatkowym zastrzeżeniem umownym w ramach swobody kontraktowania i mają na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej umowy oraz służą zabezpieczeniu realnego wykonania zobowiązań. Niewątpliwym jest także, że Zamawiający ma prawo korzystać z wszystkich funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że wybrany Wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami.

Odwołujący w rozdziale III uzasadnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1810/23 (identyczną argumentację zawarł w sprawach o sygn. akt KIO 1811/23, KIO 1814/23 i KIO 1815/23) zatytułowanego „W zakresie kar umownych", a odnoszącego się do tego zarzutu, odniósł się jedynie do kodeksowego rozumienia podniesionych w ramach tego zarzutu przepisów, nie odnosząc się w ogóle do tego w jaki sposób Zamawiający przepisy te miałby naruszyć, wprowadzając do projektu umowy kwestionowane kary umowne.

Odwołujący nie wykazał także, by postanowienia wzoru umowy zawarte w § 15 ust. 2 projektu umowy sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego wynikającego z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych, ale i aby kwestionowane postanowienia umowy (§ 15 ust. 2 projektu umowy) sprzeciwiały się ustawie czy też zasadom współżycia społecznego. Co więcej w żaden sposób nie wykazał, że kary umowne zostały ukształtowane w sposób całkowicie dowolny i nieadekwatny do ewentualnej szkody i miały zniechęcać wykonawców od ubiegania się o udzielenie tego zamówienia

W zakresie argumentów uzasadnienia odnoszących się do „1) Kary za odstąpienie" i braku zrównania sytuacji Zamawiającego i Wykonawcy - jak słusznie podniósł Zamawiający -
opisany w uzasadnieniu zarzut w kontekście kary za odstąpienie i sposób sformułowania tego zarzutu w petitum odwołania są niespójne, gdyż faktycznie Odwołujący już w treści uzasadnienia nie stawia zarzutu, że kara ta jest nadmierna w stosunku do przewinienia ani też, że wysokość tej kary jest nieadekwatna do jej wartości, odwołując się wyłącznie do nieuzasadnionego – w jego ocenie – różnicowania pozycji stron w umowie w zakresie kary za odstąpienie. Jest to tyle istotne, że w umowach o zamówienie publiczne zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353[1] k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne, zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem dla Zamawiającego formą realizacji jego potrzeb publicznych, wymaga zachowania procedury, odpowiednich terminów, planowania, w tym planowania środków w budżecie. Zatem ryzyko Zamawiającego zawsze przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje w sytuacji, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Stąd pozycja Zamawiającego i Wykonawcy nie jest identyczna, dlatego też możliwe jest np. zróżnicowanie sytuacji związanych z odstąpieniem od

umowy.

Odstąpienie przez Wykonawcę od umowy – jak wskazał Zamawiający - wiąże się dla Zamawiającego z koniecznością udzielenia kolejnego zamówienia z zachowaniem stosownych procedur, planowania środków w budżecie, a zatem tak ważne jest zabezpieczenia w kontrakcie jego trwałości i uniknięcie sytuacji, że Wykonawca, niekoniecznie z powodów zawinionych, ale na przykład wskutek działania okoliczności zewnętrznych, czy podmiotów trzecich, podejmie decyzję o zakończeniu kontraktu. Dla Zamawiającego taka sytuacja powoduje szereg dodatkowych obowiązków, aby w sposób należyty i zgodny z przepisami wydatkować środki publiczne. Dlatego też tak istotne jest zapewnienie trwałości kontraktu, czemu służyć ma kwestionowany przez Odwołującego się zapis umowy. Tym bardziej, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa odbioru odpadów, która musi być realizowana w sposób ciągły i nieprzerwany, a jej realizacja z przyczyn prawnych, instytucjonalnych, społecznych i sanitarnych nie może zostać wstrzymana.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w § 15 ust. 2 PPU odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie mimo braku uzasadnienia okolicznościami, przedmiotem i zakresem zamówienia (zarzut nr 6 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w projekcie umowy § 15 „Kary umowne" wskazał, że „*Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach:* (…)", wskazując następnie kilkadziesiąt kar umownych. (identyczną treść zawiera PPU dla sektora I-IV).

Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego kar za opóźnienie podniósł m.in., że tylko dwie z 200 kar zostały przewidziane na okoliczność zwłoki Wykonawcy, tj. § 15 ust. 2 pkt 10) lit. f) i pkt 14) lit. e) PPU, pozostałe za brak wykonania obowiązku w terminie. Takie ukształtowanie kar stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 433 pkt 1 ustawy Pzp. Kary zastrzeżone przez Zamawiającego za każdy dzień następujący po upływie terminu nie są uzasadnione ani okolicznościami, ani zakresem zamówienia. Każdy Zamawiający dąży do stworzenia warunków należytego wykonywania umowy, co nie oznacza samo przez się uzasadnienia do takiego określenia kar, a następnie się odniósł do kilku kar przewidzianych w projekcie umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 433 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „*projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia (….)".* Przepis ten zawiera katalog postanowień, które nie mogą być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym m.in. stanowi, że projektowana umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może przewidywać postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zastrzeżone przez Zamawiającego kary muszą być więc uzasadnione okolicznościami i zakresem zamówienia. Wskazany w art. 433 pkt 1 ustawy Pzp zakaz nie ma jednak charakteru bezwzględnego, co oznacza, iż w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia Zamawiający może zastrzec odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia. Tak też w niniejszym stanie faktycznym uczynił Zamawiający. Przewidziane kary umowne – jak wskazał Zamawiający - są uzasadnione okolicznościami i zakresem tego zamówienia, gdyż związane są np. z terminami realizacji określonych czynności, jak np. kara umowna za niewymienienie w terminie uszkodzonego/nieczytelnego oznakowania (termin na wykonanie tych czynności jest zakreślony w SWU i jest bardzo krótki, gdyż wynosi jeden, dwa dni kalendarzowe). Właściwe oznakowanie pojemników jest bowiem ważne z punktu widzenia selektywnej zbiórki odpadów i wprowadzenia u mieszkańców właściwych nawyków segregowania odpadów. Kolejnym przykładem jest kara umowna dotycząca wykonania czynności odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów z PSZOK. W tym przypadku Zamawiający dopuszcza karę za zwłokę, a nie opóźnienie. Pozostałe kary dotyczą okoliczności, gdzie bez względu na przyczyny Zamawiający musi egzekwować ciągłość realizacji takiej czynności, jak dyżur dla prac interwencyjnych, monitoring wizyjny bazy, itp., gdyż konieczność realizacji tych czynności jest uzależniona od sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę, a zatem kara za opóźnienie jest uzasadniona okolicznościami zamówienia.

Tak więc kary zastrzeżone w umowie dotyczą wykonania czynności istotnych z punktu widzenia realizacji usługi, choć nie zawsze brak realizacji tych czynności przybiera wymiar szkody materialnej. Projektowane postanowienie umowne w zakresie dotyczącym kar umownych - jak wskazał dalej Zamawiający – zostały podzielone i przyporządkowane do danej grupy czynności objętych przedmiotem umowy, gdyż tylko realizacja wszystkich elementów umowy ma dać Zamawiającemu oczekiwany efekt w postaci odbioru i zagospodarowania wszystkich odpadów objętych umową, zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia tylko za strumień odpadów pochodzący z gminy Wrocław oraz osiągnięcia wymaganych poziomów odzysku odpadów.

Odnosząc się do kwestionowanych przez Odwołującego kar umownych stwierdzić należy:

Kary za brak harmonogramu oraz wprowadzanie zmian bez akceptacji Zmawiającego, tj. kary określone § 15 ust. 2 pkt 3

lit. a) oraz § 15 ust. 2 pkt 3 lit. d) projektu umowy.

Podnosząc ten zarzut (kary z § 15 ust. 2 pkt 3 lit. a) Odwołujący wskazywał m.in. na to, że każdorazowo kiedy pojawi się nowa nieruchomość, z której będą odbierane odpady, Wykonawca aktualizuje i przekazuje Zamawiającemu Harmonogram. Co oznacza, że Harmonogramów takich mogą być w czasie trwania umowy setki. Za każdy dzień przekazania choćby jednego z nich Wykonawca zapłaci karę w wysokości 10 000 zł, której wysokość oraz fakt jej naliczenia za niedochowanie terminu powodują, że kara jest rażąco wygórowana. Odwołujący wskazał także, odnosząc się do kolejnej kwestii (kary § 15 ust. 2 pkt 3 lit. d), że niekiedy czasowe wprowadzenie zmian w Harmonogramie jest konieczne w celu należytego wykonania zamówienia i może być związane z okoliczności niezależnymi od Wykonawcy lub nawet koniecznością dopełniania obowiązków wynikających SWU a spowoduje naliczenie kary umownej.

W zakresie tych zarzutów Zamawiający wskazał na szczególny charakter obowiązków obwarowanych wskazanymi karami, podkreślając że właściciele nieruchomości (w szczególności w zabudowie innej niż wielolokalowe) wystawiają pojemniki do odbioru z poszczególnymi frakcjami w dni określone w harmonogramie. Obowiązek taki jest sankcjonowany aktem prawa miejscowego - Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław. Z uwagi na okoliczność, że brak wypełnienia obowiązków regulaminowych stanowi wykroczenie, bardzo istotnym dla Zamawiającego jest istnienie precyzyjnego i obwieszczonego odpowiednio wcześnie harmonogramu odbiorów odpadów, aby mieszkańcy mieli możliwość dostosowania się do określonych dni i terminów przewidzianych dla odbioru odpadów poszczególnych frakcji. Dlatego też Zamawiający musi z odpowiednim wyprzedzeniem harmonogramy te znać i znać wszystkie zmiany w nich zachodzące, aby umożliwiać mieszkańcom wywiązanie się z ciążących na nich obowiązków. Musi mieć także możliwość realnej kontroli wykonania usługi przez wykonawcę. Wobec czego sporządzenie w zakreślonym terminie dokumentu w postaci harmonogramu i zmiany do niego jest obowiązkiem niezwykle istotnym, bo rzutującym na inne obowiązki, tak Wykonawcy, Zamawiającego, jak i (przede wszystkim) mieszkańców obowiązanych do wykonywania określonych czynności, ale i uprawnionych do tego, że, w zamian za uiszczaną opłatę, będą mieli zagwarantowany terminowy i zgodny z ustawą odbiór odpadów komunalnych.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego. Harmonogram odbioru odpadów jest niewątpliwie podstawowym dokumentem, który pozwala na dostosowanie się mieszkańców a zarazem właścicieli nieruchomości do planowanych dni i terminów odbioru odpadów. Tak więc zaktualizowany harmonogram musi być przekazany Zamawiającemu i mieszkańcom odpowiednio wcześniej aby dać im możliwość dostosowania się do zmienionego harmonogramu. Sporządzenie harmonogramu odbioru odpadów bądź jego zmiana stanowi jeden z podstawowych obowiązków Wykonawcy, który ma być wykonywany w ramach realizacji przedmiotowej usługi. Jego brak rodzi bowiem określone konsekwencje zarówno dla Zamawiającego, jak i mieszkańców. Dlatego tak ważne jest należyte wykonywanie tego obowiązku. Tym samym jak najbardziej uzasadnione jest obwarowanie jego niewykonania lub niewykonywania konsekwencjami w postaci kary umownej.

Kary za przepełnienie pojemników, tj. kary określone w § 15 ust. 2 pkt 11 p), q) i r) projektu umowy.

Podnosząc ten zarzut Odwołujący wskazał m.in., iż na obszarze objętym zamówieniem, zgodnie z danymi Zamawiającego jest 29 120 pojemników. Mieszkańcy na bieżąco wrzucają do nich odpady a Wykonawca, o ile jest w stanie ustalić w trakcie dokonywania odbiorów, że doszło do przepełnienia pojemnika tzw. przesypów, o tyle nie jest w stanie ustalić, że pojemnik został napełniony akurat w 80% a nie 85%, w szczególności z uwagi na to, że większość pojemników to pojemniki z klapą. Wobec powyższego na Wykonawcę może być nałożony obowiązek niemożliwy do spełnienia, ale i kara za niewypełnienie tego obowiązku.
W zakresie tych zarzutów Zamawiający wskazał, że obowiązkiem Wykonawcy jest dostosowanie częstotliwości odbioru odpadów do przepełnienia pojemnika, to nie można twierdzić, iż Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za napełnienie pojemnika powyżej 80%, bowiem to właśnie należyta staranność ze strony Wykonawcy pozwoli na uniknięcie przepełnienia pojemników. Kary z tego tytułu naliczone w 2022 r. stanowiły marginalną kwotę w stosunku do wynagrodzenia otrzymanego przez wykonawcę.

Izba podzieliła w zakresie dotyczącym wskazanych wyżej kar umownych stanowisko i argumenty Zamawiającego. Niewątpliwym jest bowiem, że obowiązkiem Wykonawcy jest dostosowanie częstotliwości odbioru odpadów do przepełnienia pojemników. Wobec czego zobowiązany jest on do dołożenia należytej staranności aby nie doszło do ich przepełnienia. To bowiem Wykonawca realizujący usługę jest w stanie wychwycić sytuacje, które w konsekwencji powodują konieczność zmiany harmonogramu odbioru odpadów w odniesieniu do określonych lokalizacji i bieżące informowanie o ujawnionych sytuacjach, nawet jeśli część z nich – jak podkreślał Odwołujący – jest nieprzewidywalna (uroczystości rodzinne, kościelne, itp.). Część tych sytuacji przy kolejnym odbiorze jest już bowiem do zauważenia. Wobec czego Wykonawca – jak słusznie wskazał Zamawiający - powinien na bieżąco wprowadzać ewentualne zmiany w harmonogramie.

Kary umowne z tego tytułu stanowią nikły procent wynagrodzenia Wykonawcy. Na dowód czego Zamawiający

przedłożył „Zestawienie wynagrodzenia w ramach umów z wolnej ręki 2023 r." oraz wysokość kar za przepełnienie pojemników jakimi zostali obciążeni wykonawcy w 2021 i 2022 r. Przykładowo dla umów realizowanych w ramach: sektora I wartość kar z ww. tytułu w 2021 r. wynosiła 106 875,00 zł, natomiast w 2022 wynosiła 167 150,00 zł, podczas gdy w 2022 r. wartość całej umowy za okres 01.05.2023 – 31.08.2023 (zamówienie podstawowe i opcjonalne) wynosiła 36 846 390,51 zł; sektora II wartość kar z ww. tytułu w 2021 r. wynosiła 37 327,50 zł, natomiast w 2022 wynosiła 14 775,00 zł, podczas gdy w 2022 r. wartość całej umowy za okres 01.05.2023 – 31.08.2023 (zamówienie podstawowe i opcjonalne) wynosiła 43 453 450,95 zł; sektora III wartość kar z ww. tytułu w 2021 r. wynosiła 32 025,00 zł, natomiast w 2022 wynosiła 7 200,00 zł, podczas gdy w 2022 r. wartość całej umowy za okres 01.05.2023 – 31.08.2023 (zamówienie podstawowe i opcjonalne) wynosiła 70 370 480,33 zł i sektora IV wartość kar z ww. tytułu w 2021 r. wynosiła 3 975,00 zł, natomiast w 2022 wynosiła 13 425,00 zł, podczas gdy w 2022 r. wartość całej umowy za okres 01.05.2023 – 31.08.2023 (zamówienie podstawowe i opcjonalne) wynosiła 27 668 376,28 zł.

Nie można więc twierdzić, że Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek, który jest niemożliwy do wykonania, jak i niemożliwy do skalkulowania w cenie oferty. W ocenie Izby Zamawiający wykazał więc zarówno potrzebę, jak i zasadność wprowadzenia kar umownych w kwestionowanym zakresie.

Kary za nieprzypisanie do MGO numerów seryjnych, transponderów, adresów nieruchomości, tj. kary określonew § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a), b), c), d) , e), f) projektu umowy.

Podnosząc ten zarzut Odwołujący wskazał m.in., iż kary zostaną naliczone za sam fakt nieprzypisania unikalnych numerów seryjnych (ID) lub nr Transpondera do MGO lub adresów nieruchomości, za każdy dzień i dodatkowo 100 zł za każde MGO lub nieruchomość. Literalne brzmienie tych postanowień umownych prowadzi do kilku możliwych interpretacji, niezależnie od której Wykonawca jest karany podwójnie za to samo niedopełnienie obowiązków. To samo dotyczy pozostałych ww. kar.

Tymczasem – jak wyjaśnił Zamawiający - nie dochodzi do „karania dwa razy za to samo". Poszczególne kary ukształtowane zostały w sposób alternatywny, a mianowicie jeśli doszło do nieprzypisania (wszystkich) numerów seryjnych do MGO (nie zostanie przypisany żaden numer), Wykonawca płaci jedną wyższą kwotę w wysokości 5 000,00 zł (§15 ust. 2 pkt 5 lit. a) za każdy dzień, jeśli natomiast naruszenie dotyczy jedynie niektórych MGO, Wykonawca płaci niższą stawkę kary umownej, ale liczoną od każdego MGO, do którego nie przypisano numeru (w wysokości 100,00 zł za każdy dzień) (§ 15 ust. 2 pkt 5 lit. b). Ta sama formuła dotyczy nieprzypisania numerów transponderów do MGO (lit. c i d), jak również nieprzypisania do wykazu adresów nieruchomości informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości (lit. e i f). Kary zostały przewidziane na różne okoliczności, a nie tą samą okoliczność - czym innym jest zupełne niewykonanie danego obowiązku, a czym innym niezupełne jego wykonanie (tj. z pominięciem niektórych MGO). Toteż Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie gradacji kar w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego tego typu intencja została jasno sformułowana i wynika z literalnego brzmienia umowy, a nawet jeśli Wykonawca ma co do tego wątpliwości, to powinien był złożyć wniosek o wyjaśnienie, a nie odwołanie do Izby, bazujące na jego własnej interpretacji postanowień SWZ.

Zarzuty Odwołującego świadczą niewątpliwie o niezrozumieniu treści projektu umowy w kwestionowanym zakresie. Jak bowiem wprost wynika z projektu umowy Zamawiający wprowadził gradację kar w kwestionowanym zakresie. Wykonawca nie jest więc karany dwa razy za to samo. Izba podzieliła w zakresie stanowisko i argumenty Zamawiającego. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, ze doszło do naruszenia wskazanego w zarzucie przepisu ustawy Pzp.

Kary za brak odbioru odpadów z poszczególnych typów pojemników w terminach wskazanych w harmonogramie, tj. kary określone §15 ust. 2 pkt 11 lit. m), n), ll) projektu umowy.

Odwołujący podnosząc ten zarzut wskazał m.in., iż Wykonawca może wykonywać usługę opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6:00 do 22:00 , a w innych godzinach jedynie w uzasadnionych przypadkach i po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego. Mogą nastąpić sytuacje nieprzewidywane (np. awarie pojazdów), w których mimo dochowania należytej staranności i podjęcia wszystkich działań określonych w SWU i dołożenia należytej staranności Wykonawca nie będzie miał możliwości kontynuowania odbioru odpadów. Wówczas mimo dołożenia należytej staranności z powodu okoliczności niezależnych do niego, zostanie mu naliczona kara, za nieodebranie odpadów lub za ich odebranie po godzinie 22:00. Tymczasem w takich sytuacjach (sytuacjach nieprzewidywalnych) Wykonawca powinien mieć możliwość dokonania odbiorów następnego dnia bez naliczania kary.

Utrzymanie harmonogramu odbiorów oraz godzin, w jakich odbiory są wykonywane, jak wyjaśnił Zamawiający, jest bardzo istotne między innymi z punktu widzenia mieszkańców. Wykonawca zobowiązany jest do posiadania pojazdów podstawowych oraz pojazdów rezerwowych właśnie na takie okoliczności, jak awaria pojazdu, czy nieprzewidziane trudności. To Wykonawca, jako profesjonalista, ma tak zaplanować system odbioru odpadów, aby było

możliwe utrzymanie odbioru w terminach wskazanych w harmonogramie. Za to bowiem otrzymuje wynagrodzenie. Jednym z podstawowych obowiązków Wykonawcy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia jest przecież odbiór odpadów w dacie i terminie wskazanym w harmonogramie odbioru odpadów. Dlatego też – jak słusznie wskazał Zamawiający – Wykonawca ma tak zaplanować system odbioru odpadów, aby uwzględniał on także ewentualne awarie, które mogą wystąpić tak, aby było możliwe utrzymanie odbioru w terminach wskazanych w harmonogramie. Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszenia wskazanego w zarzucie przepisu ustawy Pzp.

Kary za posłużenie się przez Wykonawcę pojazdem niezgodnym z pojazdami zadeklarowanymi w umowie, tj. kary określone Zgodnie z § 15 ust. 2 pkt 11 lit. qq) projektu umowy.

Odwołujący uzasadniając ten zarzut wskazał, że zastrzeżenie tej kary oznacza, że pomimo tego, że usługa jest wykonywana należycie, pojazdem spełniającym wymagania określone w SWZ, Wykonawca zapłaci za każdy dzień użycia innego pojazdu karę 10 000 zł.

Niemniej jednak jednym z istotnych elementów tej umowy jest konieczność przedłożenia przez Wykonawcę Zamawiającemu wykazu pojazdów wraz z pojazdami rezerwowymi i posługiwanie się tymi pojazdami tylko do realizacji danej umowy. Jest to więc jeden z kluczowych elementów kontroli strumienia odpadów. Wykonawca zobowiązany jest bowiem realizować umowę pojazdami przedstawionymi Zamawiającemu w złożonym wykazie.
Natomiast Wykonawcy realizujący zamówienie zobowiązani są je realizować wyłącznie pojazdami zadeklarowanymi w umowie i spełniającymi wymagania SWZ. Brak jest więc podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszenia wskazanego w zarzucie przepisu ustawy Pzp, a tym samym konieczności zmiany w tym zakresie projektu umowy.

Kary za nieusunięcie w terminie określonych przez Zamawiającego uchybień stwierdzonych w trakcie kontroli oraz jej wysokości, tj. kary określone § 15 ust. 3 pkt 1 i 2 projektu umowy.

Odwołujący podnosząc ten zarzut wskazał m.in., iż Zamawiający pomimo zastrzeżenia wielu, dotkliwych, niezależnych od winy Wykonawcy kar umownych wprowadza również postanowienia, które podnoszą te kary dwukrotnie a nawet czterokrotnie. Oznacza to, że za tą samą okoliczności zostanie naliczona wyższa kara umowna, tylko dlatego, że Zamawiający przeprowadził formalną kontrolę prac i stwierdził naruszenie. Taka kontrola może zostać przeprowadzona w każdym czasie, np. wówczas gdy Zamawiający poweźmie wiadomość o uchybieniu Wykonawcy.

Izba uznała, że w zakresie tego zarzutu – jak słusznie podniósł Zamawiający – Odwołujący poza zakwestionowaniem wskazanej treści projektu umowy i stwierdzeniem, że dojdzie do dwukrotnego lub czterokrotnego naliczenia w określonych sytuacjach kar umownych nie przedstawił żadnej argumentacji, która wskazywałaby na naruszenie przepisu podniesionego w postawionym zarzucie. Odwołujący podniósł jedynie, że kara ta jest karą wygórowaną, cytując doktrynę i w ogóle nie odnosząc się do wysokości tej kary. Wobec czego Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanego przepisu ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 353[1] k.c., w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy ucpg, poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu w sytuacji, gdy odpowiedzialność za osiągniecie poziomów recyklingu spoczywa na zamawiającym, a przeniesienie jej na wykonawcę może dotyczyć tylko sytuacji, w której wykonawca ponosi odpowiedzialność za brak osiągnięcia poziomów recyklingu, nie zaś w sytuacji, gdy jego uzyskanie uzależnione jest nie od wykonawcy ale od szeregu czynników zewnętrznych, na które nie ma on wpływu (zarzut nr 7 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWU, Rozdział XXI „Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa", pkt 1 wskazał, że „*w zakresie osiągania poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziomów składowania odpadów komunalnych, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne, w tym również odpady zebrane w Punktach Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, w ramach prac interwencyjnych, usuwania odpadów zgromadzonych w miejscach do tego celu nieprzeznaczonych oraz usługi SZOP, w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów:*

1) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.),

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1-1b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r., poz. 2519 z póź. zm.).

3) składowania odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 2a-2b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w

gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z póź. zm.)".

Nadto Zamawiający w pkt 7 ww. Rozdziału wskazał „*Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów:*

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

WK1 = MK1 x S

gdzie:

WK1 – wysokość kary wyrażona w zł,

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.),

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

2) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych:

WK2 = MB1 x S

gdzie:

WK2 – wysokość kary wyrażona w zł

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

S - stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.)

3) składowania odpadów komunalnych:

WK3 = Ms1 x S

gdzie:

WK3 – wysokość kary wyrażona w zł

Ms1 - masa składowanych odpadów komunalnych przekraczająca poziom składowania odpadów, wyrażona w Mg

S – stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisku, określona w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 z późn. zm.)".

Odwołujący, podnosząc zarzut, zakwestionował zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomów recyklingu. Jednocześnie wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia obowiązków w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu albo kary określonej w rozdziale XXI, pkt 7 SWU jako sprzecznej a art. 433 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 433 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „*projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (….)".* Oznacza to, że Zamawiający nie może zastrzec kary umownej za zachowania poboczne wykonawcy, gdyż kary umowne powinny zmierzać do należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy wynikającymi z umowy.

Niewątpliwym jest, że obowiązkiem wykonawcy, zgodnie z rozdziałem XXI SWU, pkt 1 jest osiągnięcie rocznych poziomów recyklingu. Tak więc kary umowne nałożone na wykonawcę są związane bezpośrednio z przedmiotem umowy, gdyż obowiązek będący podstawą ich nałożenia wprost z niej wynika.

Podstawową kwestią jest kwestia dotycząca możliwości prawnych nałożenia na Wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia obowiązku osiągnięcia wymaganych ustawą poziomów recyklingu. Gmina – jak wynika z doktryny i dotychczasowego orzecznictwa - ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienie publiczne (konkurencyjne), bądź w trybie zamówienia in-house obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Poprzez takie zobowiązanie, zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się ciążącej na niej odpowiedzialności wynikającej z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest bowiem szczegółowym obowiązkiem gminy w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Skoro więc gmina z mocy ustawy ucpg ma obowiązek powierzyć wykonywanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w trybie postępowania o zamówienie publiczne bądź też w trybie zamówienia in-house, to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób wykonywania powierzonego zadania ma bowiem decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. Wobec tego zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1

k.c., sposób wyegzekwowania od Wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania. Dla Zamawiającego istotna jest bowiem prawidłowa realizacja usługi będącej przedmiotem zamówienia, która z kolei ma bezpośredni wpływ na wypełnienie obowiązku osiągnięcia wymaganych prawem poziomów recyklingu. Poziom ten ustawa określiła „w wysokości co najmniej: (…) 35% wagowo - za rok 2023, 45% wagowo - za rok 2024, 55% wagowo - za rok 2025". Poziom ten, w ocenie Odwołującego, jest nie do osiągnięcia. Instalacje komunalne zdolne do wysortowania odpadów są w stanie, w ocenie Odwołującego, wysortować ze zmieszanych odpadów komunalnych jedynie około 12-14% surowców wtórnych. Wpływ na to ma szereg czynników zewnętrznych, w tym zmiana przepisów wprowadzona Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1530), w którym wprowadzono nowy sposób ustalania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określono nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi. Zgodnie z tą regulacją masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji, w której dany odpad będzie przygotowany do recyklingu. Masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi czyli tę, która wliczana jest do poziomów recyklingu, ustala się według jego wagi, którą Wykonawca przekaże do recyklera. Zmienia to o tyle sposób ustalania masy odpadów przekazanych do ponownego przetworzenia, że do 2022 r. masą odpadów poddawanych recyklingowi była całkowita masa odpadu przed „doczyszczeniem".

Niemniej jednak wszyscy Wykonawcy realizujący obecnie tego rodzaju usługę na rzecz tego Zamawiającego, mimo – jak konsekwentnie podkreślał Odwołujący - „niekorzystnego dla Wykonawcy sposobu obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych" wymagany ustawą poziom recyklingu na rok 2022 osiągnęli. Kolejną okolicznością, która miałaby niemal zaważyć na możliwości osiągnięcia określonego poziomu recyklingu jest „należyte segregowanie odpadów u źródła i wybór instalacji, do której zostaną przekazane odpady". Odwołujący odniósł się jedynie do pierwszej ze wskazanych okoliczności, podkreślając że Wykonawca ma niewielki wpływ na należytą segregację odpadów u źródła i dzieje się to wyłącznie poprzez edukowanie mieszkańców. Niemniej jednak w niniejszym postępowaniu – wbrew jego twierdzeniom – Wykonawca ma wpływ na te elementy, gdyż działania w tym zakresie w ramach tego zamówienia zostały mu także powierzone. To bowiem prawidłowa reakcja Wykonawcy w przypadku stwierdzenia braku segregacji odpadów przez mieszkańców i zrealizowanie nałożonych na niego obowiązków informacyjnych pozwoli na bieżącą kontrolę prawidłowości segregacji i wyciągnięcie przez Zamawiającego określonych konsekwencji prawnych.

Zadaniem gminy jest bowiem stworzenie na swoim terenie systemu gospodarki odpadami, który umożliwi osiągnięcie poziomów recyklingu na wskazanym przez ustawę poziomie. Taki system Zamawiający stworzył. Zadanie gminy nie polega bowiem na osiąganiu poziomów recyklingu, lecz na zbudowaniu systemu, który jest środkiem do tego celu. Zamawiający, jak wskazał, podjął działania systemowe takie jak, np. uchwały, zorganizowanie PSZOK, edukację, pobiera opłaty i zastrzega stawki opłaty podwyższonej, utrzymuje Straż Miejską (EKOPA - TROLL), której wydział dedykowany jest sprawom związanym z odpadami i ochroną środowiska. A ponadto w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyłania Wykonawców na odbiór, zbiór, transport i zagospodarowanie odpadów. To właśnie wybrani Wykonawcy mają zagwarantować Zamawiającemu osiągnięcie ustawowych poziomów recyklingu. Ich odpowiedzialność została ukształtowana dokładnie w taki sam sposób jak odpowiedzialność podmiotów odbierających odpady komunalne na wolnym rynku. Zamawiający odwołał się przy tym do art. 9g pkt 1 - 3 ustawy ucpg, w treści którego wskazano, że podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych wszystkich poziomów zagospodarowania. Tak więc – jak słusznie wskazał Zamawiający - bez Wykonawcy odpowiadającego w pełni za realizację ustanowionego modelu selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych, w tym kontrolę mieszkańców, oraz zarządzającego przepływem odbieranych odpadów, kierującego odbierane odpady do odpowiednich instalacji zagospodarowujących, gmina nie jest w stanie wpłynąć na osiąganie poziomów zagospodarowania odpadów komunalnych. Prawidłowe świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów jest bowiem czynnikiem mającym bezpośredni wpływ na wypełnienie warunków umowy, której jednym z obowiązków, obowiązkiem wynikających z ustawy, jest osiągnięcie określonych poziomów recyklingu. Dlatego też brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi nie gwarantowałoby osiągnięcia celu jaki gmina poprzez zlecenie przedmiotowej usługi powinna osiągnąć

Przedmiotem zarzutu jest zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych z tytułu nieosiągnięcia poziomów recyklingu. Z kolei wniosek Odwołującego - jak słusznie zauważył Zamawiający – dotyczy nakazania Zamawiającemu wykreślania obowiązków w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu albo kary określonej w Rozdziale XXI pkt 7 SWU, jako sprzecznej z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzut jest więc niespójny z podniesionym żądaniem, gdyż nie dotyczy usunięcia zapisów dotyczących kary umownej z tytułu nieosiągnięcia poziomów recyklingu ale sposobu jej wyliczenia bo tego dotyczy rozdział XXI pkt 7 SWU.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

„Zarzut" nr 8 odwołania podniesiony jako zarzut „naruszenia innych przepisów i norm prawnych wskazanych w treści uzasadnienia" Izba pozostawiła bez rozpoznania, gdyż o prawidłowo postawionym zarzucie – zgodnie z art. 516 ustawy Pzp – stanowi nie tylko wskazanie podstawy prawnej ale także przywołanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów ustawy Pzp. Tymczasem „zarzut" podniesiony przez Odwołującego jako zarzut nr 8 odwołania nie zawiera ani podstawy prawnej, ani też podstawy faktycznej. Nie jest stanowi więc prawidłowo podniesionego zarzutu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) 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).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..…...

……..

……..