Sygn. akt KIO 1816/23
KIO 1818/23
KIO 1819/23
KIO 1820/23

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 **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław (sygn. akt KIO 1816/23)**

2.wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław (sygn. akt KIO 1818/23)**
3.wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław (sygn. akt KIO 1819/23)**
4.wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław (sygn. akt KIO 1820/23)**

w postępowaniach prowadzonych 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 **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) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23
w części dotyczącej zarzutów nr 5, 6 lit. a i 7 po stronie zamawiającego,

2.wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.,**
ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 tiret 2 oraz zarzutu nr 6 lit. a i b w sprawach o sygn. akt: KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23.

2.Oddala odwołania o sygn. akt: KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23 w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław** (sygn. akt: KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23) i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, 55-040 Wrocław** tytułem wpisów od odwołań (sygn. akt: KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23)

3.2.zasądza od wykonawcy **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10,**
55-040 Wrocław na rzecz zamawiającego **Gminy Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o., ul. Kazimierza Michalczyka 23,**
53-633 Wrocław kwotę **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 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23.

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 1816/23
KIO 1818/23
KIO 1819/23
KIO 1820/23

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 FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołania wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ", 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 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23.
Odwołujący w ramach wszystkich wniesionych odwołań (KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23) zarzuci Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy prawa:

1. art 433 pkt 1 i 2 ustawy Pzp art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 483 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145), zwaną dalej „k.c.", w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z 5 k.c. poprzez ustalenie w § 15 ust. 2 pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Projektu Umowy szerokiego katalogu ponad kilkudziesięciu kar umownych niezależnych od winy tj. kar gwarancyjnych opartych na zasadzie ryzyka które to sprzeczne są z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 3531 k.c. winny być uznane za nieważne;

2.art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w:

• §15 ust 3 pkt 1 i 2 Projektu Umowy
• §15 ust 2 pkt 2 lit. f) Projektu Umowy
• §15 ust 2 pkt 9 lit. f) Projektu Umowy
• §15 ust 2 pkt 9 lit. l) Projektu Umowy
• §15 ust 2 pkt 13 lit. m) Projektu Umowy

kar umownych rażąco wygórowanych - przy jednoczesnym zastrzeżeniu, w §15 ust 3 pkt 1 2 w razie nieusunięcia stwierdzonych uchybień (odpowiednio w wyznaczonym terminie lub w trakcie kolejnej kontroli) kary te wzrosną dwukrotnie (w sumie nawet czterokrotnie), które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane,- a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 3531 k.c. winny być uznane za nieważne;

3.art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, jak również obarczenie ww. obowiązków karami umownymi za zdarzenie niezależne od winy Wykonawcy, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał w Rozdziale III pkt 2 Szczególnych Warunków Umowy, iż Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia częstotliwości odbioru odpadów komunalnych gwarantującej niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności; jak również zawarcie w projekcie umowy:

- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. p) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności mniejszej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. q) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności równej lub większej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. r) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie 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; powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. s) Projektu umowy za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego niewykonania przez Wykonawcę obowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych w przypadku jego zapełnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika przez cały okres wskazany w Zleceniu, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

identyczną treść zawiera Projekt umowy dla Sektora I i III, natomiast w Projekcie umowy dla Sektora IV wskazane kary zawarte są odpowiednio jako §15 ust. 2 pkt 11) lit. o), §15 ust. 2 pkt 11) lit. q), §15 ust. 2 pkt 11) lit. r), natomiast kary umowne dla Sektora II zostały określone jako:

- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. o) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności mniejszej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. q) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności równej lub większej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. l) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie 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; powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,

pomimo, iż:

a)tempo przepełnienia pojemników jest zmienną losową zależną od poszczególnych mieszkańców gminy zamawiającego oraz wydarzeń losowych z ich życia – które nie mogą być przewidziane,

b)przepełnienie pojemników jest kwestią arbitralną zależną od oceny weryfikującego kształtu i rodzaju odpadu oraz sposobu jego wrzucenia do pojemnika,

c)nie ma jakiekolwiek możliwości technicznej bieżącego monitorowania przepełniania się pojemników przez wykonawcę,

d)Harmonogram opróżnień pojemników i odbioru worków oraz jego zmiany- proponowany przez Wykonawcę wymaga każdorazowego aprobowania przez Zamawiającego

4.naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1, 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie mechanizmu waloryzacji w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że jednocześnie:

a.Zamawiający w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy dopuścił waloryzacje jedynie gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna od ± 6 %.

b.Zamawiający w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy ograniczył maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy.

c.c. Zamawiający w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy w ramach wzorów obliczenia ceny jednostkowej po pierwszej zmianie, ceny jednostkowej po następnej zmianie, przyjęcia współczynniku rozkładu ryzyka 50%.

Które to łącznie składają się na waloryzacje pozorną nie zapewniającą jej ustawowego celu tj. ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzucające całość ryzyka zmiany cen na wykonawcę

5.art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w:

- pkt 1.2.2.1 i pkt 1.2.2.2.2. lit. SWZ oraz
- w sekcji III pkt 1.3. lit A ppkt 1.1. i 1.2 ogłoszenia o zamówieniu

warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie mającego wpływu na realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. przez wymaganie, aby wykonawcy dysponowali doświadczeniem w zakresie:

- obsługi obszaru zamieszkałego 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,
- 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).

6.art. 99 ust. 1, 2, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencje, charakteryzujący usługi dostarczane przez kontentego wykonawcy prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał:

a.w Rozdziale XIV ust. 1 pkt 8 bardzo dokładne dane dot. specyfiki pojazdu oraz systemu do obsługi przedmiotowych pojemników co ogranicza to wolny rynek i konkurencję oraz wskazuje na jednego dostawcę systemu załadowczego co narusza w znaczny sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania dostawców,

b.w Rozdziale XIV ust. 1 pkt 12 pełną obsługę urządzeń i sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia co ogranicza to wolny rynek i konkurencję bezpodstawnie usuwając podmioty niezdolne do kompletnego serwisowania pojazdów używanych do realizacji zamówienia.

7.art. 99 ust 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który nie uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, a nadto w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. przez wskazanie w Rozdział XIII, pkt. 1, ppkt 3 Szczegółowych Warunków Umowy obowiązku transportu do bazy magazynowo - transportowej Wykonawcy w celu zważenia na legalizowanej wadze samochodowej wszystkich odebranych

odpadów, co znacząco ogranicza konkurencję oraz doprowadza do zawyżenia ofert cenowych przedstawianych przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę w Projekcie Umowy § 15 poprzez:
   a. zastąpienie wskazania „Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach: (…)" wskazaniem „Strony ustalają kary umowne z tytułu zawinionego niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach: (…)",
   b. zmianę §15 ust. 2 poprzez zastąpienie wskazania „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (…)", wskazaniem „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu oparte o zasadę winy kary umowne:
3. nakazanie Zamawiającemu zmianę w Projekcie Umowy § 15 poprzez:
   a. usunięcie §15 ust. 3 pkt 1 i 2.
   b. Zmianę §15 ust 2 pkt 2 lit. f) Projektu Umowy i nadanie mu brzmienia w wysokości 1.000,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu w terminie określonym w SWU, rozdział XVII, pkt 5, oświadczenia dotyczącego zabrania/odebrania/usunięcia na dzień ostatniego dnia świadczenia usługi wszystkich pojemników, z zastrzeżeniem pojemników będących własnością właścicieli nieruchomości, za każdy przypadek".
   c. Zmianę §15 ust 2 pkt 9 lit. f) Projektu Umowy nadanie mu brzmienia „w wysokości 5 000,00 zł – za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w § 4 ust. 8, dotyczącego powiadomienia Zamawiającego z co najmniej trzymiesięcznym wyprzedzeniem, za każdy przypadek".
   d. d. Zmianę §15 ust 2 pkt 9 lit l) Projektu Umowy nadanie mu brzmienia „l) w wysokości 1 000,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu do akceptacji Regulaminu korzystania z SZOP, o którym mowa w SWU, rozdział X, pkt 8, ppkt 4) za każdy przypadek".
   e. Zmianę §15 ust 2 pkt 13 lit m) Projektu Umowy nadanie mu brzmienia „w wysokości 1 000,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu opisu podsumowującego roczny cykl warsztatów, o którym mowa w SWU, rozdział XX, pkt 9, za każdy przypadek".
4. nakazanie Zamawiającemu zmianę w:
   a. Szczegółowych warunkach zamówienia Rozdziału III ust. 2 pkt 1 poprzez usunięcie z jego treści wskazania „Ponadto częstotliwość odbioru odpadów komunalnych ma gwarantować niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności."
   b. Projekcie umowy § 15 ust. 2 pkt 11 poprzez wykreślenie § 15 ust. 2 pkt 11 lit p, q, r, s- Projektu Umowy.
5. nakazanie Zamawiającemu zmianę zawartego w § 18 ust. 4 pkt e mechanizmu waloryzacji poprzez:
   a. wskazanie iż „Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±20% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy."

ewentualnie:

   b. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±15% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy."

oraz

   c. Usunięcie z zawartych w § 15 ust. 2 pkt 11 Projektu Umowy - wzorów− współczynnika rozkładu ryzyka 50%.

6. nakazanie Zamawiającemu zmienię rozdziału IV pkt 1.2.2. poprzez nadanie mu brzmienia:

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 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 20 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych,

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 50 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

7. nakazanie Zamawiającemu zmienię Szczególnych Warunków Umowy poprzez usunięcie w Rozdziale XVI ust. 1 pkt 8) oraz ust. 1 pkt 12),

8. nakazanie Zamawiającemu zmienię Szczególnych Warunków Umowy poprzez nadanie pkt. 1, ppkt.3 Rozdziału XIII, Szczegółowych Warunków Umowy brzemienia „transportu do bazy magazynowo - transportowej Wykonawcy lub zgłoszonej Zamawiającemu bazy magazynowo - transportowej Podwykonawcy w celu zważenia na legalizowanej wadze samochodowej wszystkich odebranych odpadów."

Nadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał:

1. Uzasadnienie zarzutów dot. kar na zasadzie ryzyka.

Zgodnie z art. 16 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Analogicznie wedle art. 99 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W kontekście powyższego Zamawiający w ramach § 15 ust. 2 pkt 2 Projektu Umowy przewidział ekstensywny katalog ponad kilkudziesięciu kar umownych za różne uchybienia mieszczący się na ok 15 stronach a4 przy czym:

• wedle § 15 ust. 2 Projektu „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne" (bez jakichkolwiek odwołań do zawinienia)

• kary umowne zawarte w § 15 ust. 2 pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 każdorazowo odnoszą się do opóźnień zwykłych, naruszeń umowy bez jakichkolwiek odwołań do zawinienia

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

Powyższe, obrazuje różnicowanie przez Zamawiającego w ramach Projektu umowy uchybień które to oparte są o zasadę winy (uchybienia Zamawiającego skutkujące odstąpieniem), oraz uchybienia które są niezależne od winy a więc opartych na zasadzie ryzyka (całość uchybień Wykonawcy).

W zakresie powyższego podniósł także, iż jak wskazano w orzecznictwie:

• „Karą umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie zobowiązanej do spełnienia tego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności". (por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. VII ACa 28/17, LEX nr 2471051)

• „Przesłanką kary umownej jest wina dłużnika" Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, LEX nr 784259

• „Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 i art. 484 § 1 w związku z art. 471 k.c.). Zobowiązany do zapłaty kary może w związku z tym bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności." Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 października 2018 r. I AGa 214/18 LEX nr 2588806.

Powyższe poglądy wskazują jednoznacznie, iż kary umowne wprowadzane w projektowanych postanowieniach umownych nie powinny być arbitralnie opierane na zasadzie ryzyka. Analogicznie jak wynika za art. 433 pkt 1 ustawy Pzp Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia; Jak wskazano w doktrynie „Co najbardziej oczywiste, art. 433 pkt 1 ustawy Pzp zakazuje ustanawiania kar umownych za opóźnienie czy też umownych reguł odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy przyznających zamawiającemu roszczenie odszkodowawcze w związku z opóźnieniem. Przepis ten powinien być jednak postrzegany jako przeszkoda w formułowaniu takich postanowień umownych, w których zwykłe opóźnienie wykonawcy (a nie zwłoka) stanowi podstawę do skorzystania przez zamawiającego z uprawnień prawokształtujących, takich jak np. uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w związku z opóźnieniem wykonawcy czy też uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia lub zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy. Od zakazu wprowadzania postanowień umownych kształtujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie art. 433 pkt 1 ustawy Pzp wprowadza jednak wyjątek. Ukształtowanie umowy w ten sposób będzie prawnie skuteczne, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. W związku z takim brzmieniem przepisu nie powinno być wątpliwości, że ciężar dowodu na wykazanie stosownych zdarzeń uzasadniających przyjęcie wyjątku od generalnej reguły płynącej z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp obciąża zamawiającego". Resumując powyższe rozważania przewidziany w ramach § 15 ust. 2 pkt 2 Projektu Umowy ekstensywny katalog ponad kilkudziesięciu kar umownych za różne uchybienia uznać należy jako abuzywny względem słabszej strony kontraktu jaką jest Wykonawca , jak również przejaw prowadzenia postępowania w sposób

nieproporcjonalny, w oderwaniu od wymagania i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Uzasadnienie zarzutu dot. kar rażąco wysokich.

Kolejno przechodząc do kolejnego z podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł, iż zamawiający przewidział w ramach Projektu umowy kary umowne za:

• w wysokości 5.000,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu w terminie określonym w SWU, rozdział XVII, pkt 5, oświadczenia dotyczącego zabrania/odebrania/usunięcia na dzień ostatniego dnia świadczenia usługi wszystkich pojemników, z zastrzeżeniem pojemników będących własnością właścicieli nieruchomości, za każdy dzień następujący po upływie terminu (§15 ust 2 pkt 2 f Projektu Umowy)

• w wysokości 5 000,00 zł – za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w § 4 ust. 8, dotyczącego powiadomienia Zamawiającego z co najmniej trzymiesięcznym wyprzedzeniem, (wyczerpywanie się wynagrodzenia maksymalnego) za każdy dzień następujący po upływie terminu (termin liczony od dnia wystawienia przez Zamawiającego protokołu odbioru prac), (§15 ust 2 pkt 9 lit f) Projektu Umowy)

• w wysokości 1 000,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu do akceptacji Regulaminu korzystania z SZOP, o którym mowa w SWU, rozdział X, pkt 8, ppkt 4) za każdy dzień następujący po upływie terminu (§15 ust 2 pkt 9 lit l) Projektu Umowy) • w wysokości 1 000,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu opisu podsumowującego roczny cykl warsztatów, o którym mowa w SWU, rozdział XX, pkt 9, za każdy dzień następujący po upływie terminu, za każdy przypadek, (§15 ust 2 pkt 13 lit m) Projektu Umowy)

jednocześnie w ramach § 15 ust 3 Projektu Umowy zamawiający przewidział:

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 (czterokrotnie) w stosunku do wysokości kar określonych w pkt 1).

Odwołujący podniósł, iż co do zasady Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2399/15; podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18; KIO 983/18).

Nie kwestionując – co do zasady – uprawnienia Zamawiającego do określenia tak szerokiego katalogu kar umownych naliczanych wobec wykonawcy (przy jednoczesnym braku przewidzenia chociażby jednego przypadku, w którym karę umowną mógłby naliczyć Wykonawca) Odwołujący wskazał, że w okolicznościach niniejszego postępowania:

- wysokość przedmiotowych kar umownych została ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody Zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone, co przy jednoczesnym określeniu niezwykle szerokiego ich katalogu stwarza po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia straty niewspółmiernej do ewentualnych uchybień w realizacji Umowy oraz szkody, która mogłaby być przez Zamawiającego poniesiona – przy czym należy mieć na uwadze fakt, że z uwagi na opisaną powyżej nieprecyzyjność przesłanek uprawniających Zamawiającego do naliczenia przedmiotowych kar i obszerny katalog okoliczności faktycznych, w których kary mogłyby zostać nałożone powoduje, że w odniesieniu do części naruszeń kary takie mogą być wprawdzie adekwatne, jednak dla przeważającego zakresu okoliczności faktycznych uprawniających zamawiającego do naliczenia tychże kar będą one wygórowane w sposób znaczący.

W zakresie powyższego jak podniesiono w orzecznictwie: „Kara umowna nie powinna prowadzić do tego, że wierzyciel otrzyma znacznie więcej, niż było wymagane do zaspokojenia jego interesu przez spełnienie świadczenia.” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 września 2018 r. I ACa 383/18, LEX nr 2571549)

Jak się wskazuje w piśmiennictwie, kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiekolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. (Z. Gawlik Kodeks cywilny komentarz Tom III zobowiązania - część szczególna. pod red. A Kidyba, Lex, 2014).

Kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej (por. P. Drapała (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań - część ogólna, t. 5, pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2006, s. 958). Element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zd. 1 kc - wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400). Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyr. SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 roku, I ACa 368/05, OSAB 2005, nr 3, poz. 3). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400)." za wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 18.05.2017 r., sygn. akt: X GC 56/14/.

Powyższy prymat funkcji kompensacyjnej jest uzasadniony chociażby treścią art. 483 k.c., który to przepis wprost stanowi, że kara umowna jest instrumentem służącym naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (nie zaś jakiemukolwiek „motywowaniu” dłużnika do dołożenia wyższej, aniżeli wymagana w normalnych warunkach (tj. w przypadku braku zastrzeżenia kary) staranności przy wykonywaniu zobowiązań umownych. Kara umowna nie służy dodatkowemu finansowaniu wierzyciela (wzbogacaniu go), lecz ma na celu ułatwienie dochodzenia rekompensaty (wyrównania) szkody poniesionej w wyniku niewłaściwego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Jak słusznie w tym zakresie zauważył Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 września 2018 r. sygn. akt I AGa 139/18 „względy aksjologiczne przemawiają za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.

Odwołujący przywołał także stanowisko prezentowane przez Prezesa UZP, w którym stwierdzono m.in.: „Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną

dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości" (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., opublikowany na stronie internetowej pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/36414/ Raport-kary_umowne_2018.pdf/ za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18; KIO 983/18).

Nadto podniósł, że - jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza - w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 401/20; KIO 403/20 „jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. W kontekście powyższego podkreślić należy, iż kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też Zamawiający winien potrafić w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałaby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia.”. Z powyższych względów wysokość zastrzeganej w umowie kary umownej nie może być kształtowana dowolnie (w szczególności na dowolnie wskazanym wysokim poziomie). Kara umowna nie może być ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, co wprost wynika z treści art. 484 § 2 k.c.

Podstawowym kryterium stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., V CSK 45/13 , MoP 2014, Nr 19). Przyjęcie rażącego wygórowania kary umownej może być uzasadnione również, jeżeli dłużnik wykazał, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze (por. wyr. SN z 11.12.2008 r., II CSK 364/08 , z 15.3.2012 r.), lub w porównaniu z odszkodowaniem na zasadach ogólnych (por. wyr. SN z 11.10.2007 r., IV CSK 181/07 , OSNC 2008, Nr 2, poz. 48), w porównaniu z wartością całego zobowiązania głównego (por. wyr. SN z 19.4.2006 r., V CSK 34/06), lub z wartością spełnionego z opóźnieniem świadczenia (por. wyr. SN z 20.5.1980 r., I CR 229/80). W przypadkach, w których dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, kryterium, do którego sąd może się w określonym wypadku odwołać przy dokonywaniu miarkowania, jest niski stopień winy dłużnika. Wierzyciel nie powinien bowiem mieć możliwości dochodzenia kary umownej w pełnej wysokości niezależnie od stopnia naruszenia przez dłużnika stosunku zobowiązaniowego (por. wyr. SN z 22.1.2015 r., I CSK 690/13). W doktrynie wskazuje się, że przy ocenie potencjalnego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, a także wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela, a także zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych w przyszłości (por. P. Drapała, [w:] System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1164). W tym zakresie słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 kwietnia 2018 r. sygn. akt I ACa 70/17 „ustawa nie przewiduje kryteriów oceny wysokości kary umownej jako rażąco wygórowanej. Pierwszym z kryteriów stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko, jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela. Po drugie, wskazuje się, że miarkowanie odszkodowania w oparciu o przesłankę rażącego wygórowania może być łączone z porównaniem wartości kary umownej do wartości zobowiązania przy uwzględnieniu słusznego interesu wierzyciela.”.

Tak więc kary wskazane przez Zamawiającego w kwestionowanych postanowieniach Projektu umowy

niewątpliwie mają charakter kar rażąco wygórowanych. Ich wysokość została ustalona w całkowitym oderwaniu od potencjalnej wartości szkody, jaką może ponieść Zamawiający w związku z okolicznościami ujętymi w tych postanowieniach.

Wszystkie te kary zostały zastrzeżone na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania prac składających się na usługę stanowiącą przedmiot zamówienia jednak obejmują one zarówno drobne uchybienia, nie mające istotnego znaczenia z punktu widzenia celu świadczonej usługi, okoliczności które zależą również Zamawiającego lub też w przypadku kar z ust. 3 – wszelkie kary przewidziane umową (dot. naruszeń istotnych lub nieistotnych) co do których zamawiający przewidział już wysokość. Dopuszczenie przez strony dalszych mnożników kary umownej uznać należy za całkowicie oderwane od szkody, jaką zamawiający mógłby ponieść w ramach uchybienia (za które ekwiwalent przewidział w ramach pierwotnego określenia każdej z kar umownych)

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazał, że kary zapisane przez Zamawiającego w postanowieniach wskazanych powyżej niewątpliwie mają charakter kar rażąco wygórowanych. Ich wysokość została ustalona w całkowitym oderwaniu od potencjalnej wartości szkody.

Reasumując Odwołujący podniósł, że przedmiotowe kary winny zostać obniżone lub usunięte zgodnie z wnioskiem wskazanym w petitum pisma.

3. Kary umowne za przepełnienie pojemników oraz gwarancyjna odpowiedzialność za przepełnienie pojemników

W Rozdziale III pkt 2 Szczególnych Warunków Umowy, iż Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia częstotliwości odbioru odpadów komunalnych gwarantującej niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności.

Jednocześnie w ramach Projektu Umowy Zamawiający przewidział sankcję za naruszenie ww. obowiązku poprzez wprowadzenie:

- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit p) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności mniejszej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit q) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności równej lub większej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit r) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie 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; powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,
- kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit s) za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego niewykonania przez Wykonawcę obowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych w przypadku jego zapełnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika przez cały okres wskazany w Zleceniu, za każdy pojemnik,

W zakresie powyższego Odwołujący podniósł, iż tempo przepełnienia pojemników jest zmienną losową zależną od poszczególnych mieszkańców gminy zamawiającego oraz wydarzeń losowych z ich życia – które nie mogą być przewidziane.

Jedynie tytułem przykładu w zakresie jednego wyłącznie pojemnika tempo zapełniania pojemnika determinowane może być okolicznością tak:

- uroczystości rodzinne, kościelne mieszkańców,
- zmiana właścicieli nieruchomości lub
- zwiększenie/ zmniejszenie liczby mieszkańców
- zmiana nawyków konsumenckich/ żywieniowych

Nadto dodał, iż przepełnienie pojemników jest kwestią arbitralną zależną od oceny weryfikującego kształtu i rodzaju odpadu oraz sposobu jego wrzucenia do pojemnika. Jedynie tytułem przykładu wrzucenie odpadów na siebie szybciej spowoduje przepełnienie pojemnika.

W kontekście podniesionych powyżej okoliczności podkreślenia wymaga jednocześnie, iż w ujęciu technicznym - nie ma jakiekolwiek możliwości technicznej bieżącego monitorowania przepełniania się pojemników przez wykonawcę gdyż raportowanie i monitorowanie tego rodzaju danych wymagałoby:

- montażu czujników przepełnienia odpadów w każdym pojemniku
- montażu urządzeń pozwalających na raportowanie przepełnienia każdego pojemnika
- zapewnienia zasilania dla czujników przepełnienia odpadów oraz montażu urządzeń każdego pojemnika

alternatywnie

- zapewnienia osób które na bieżąco kontrolowałyby zapełnienie pojemników na całym terenie obszaru zamówienia.

W tym zakresie Odwołujący podniósł, iż wymaganie przez Zamawiającego gwarancji nieprzepełniania odpadów jest oczekiwaniem realnie niemożliwym do zapewnienia w ramach realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Niezależnie od powyższego podnieść również należy, iż pomimo obciążenia Wykonawcy obowiązkiem gwarantowania braku zapełnienia pojemników, Zamawiający ogranicza możliwość odbioru odpadów poprzez wprowadzenie wymogu uzyskania akceptacji Harmonogramu opróżnień pojemników i odbioru worków.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2399/15; podobnie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18; KIO 983/18).

Abstrahując od opisanych powyżej okoliczności ww. obowiązek obarczony nadto został przez Zamawiającego karami umownymi wskazanymi powyżej. Jak wskazano w judykaturze „Karą umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie zobowiązanej do spełnienia tego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności". (por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. VII ACa 28/17, LEX nr 2471051)

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazał, że obowiązek oraz kary zapisane przez Zamawiającego w postanowieniach wskazanych powyżej niewątpliwie mają charakter nieproporcjonalny, rażąco naruszający równowagę stron, są sprzeczne ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, naturze stosunku oraz zasadami współżycia społecznego.

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że przedmiotowe kary oraz obowiązek winny zostać obniżone lub usunięte zgodnie z wnioskiem wskazanym w petitum pisma.

4. Zarzut dot. waloryzacji

Zamawiający w ramach Projektu umowy przewidział mechanizm waloryzacji w ramach którego jednocześnie:

a. w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy dopuścił waloryzacje jedynie gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna od ± 6 %.

b. w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy ograniczył maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy.

c. w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy w ramach wzorów obliczenia ceny jednostkowej po pierwszej zmianie, ceny jednostkowej po następnej zmianie, przyjęcia współczynniku rozkładu ryzyka 50%

W kontekście powyższego wskazano w doktrynie, że „wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowę może mieć różne podłoże, to w ar. 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Intencją ustawodawcy było zatem nałożenia na zamawiających obowiązku wprowadzenia do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. (zob. red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021). Prawidłowo sformułowane klauzule waloryzacyjne

pozwalają więc na dostosowanie umowy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej.

W ocenie Odwołującego przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja w żaden sposób nie przywraca równowagi ekonomicznej między stronami a jedynie pozornie wypełnia obowiązek ustawowy.

Wskazane powyżej twierdzenie wywiódł z faktu, iż mechanizm waloryzacji jednocześnie:

• ograniczony jest od dołu przez określenie minimalnego poziomu wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy - od ± 6 %.

• ograniczony do góry poprzez wskazanie, iż maksymalne wynagrodzenie nie może zostać zwiększone o więcej niż 8 procent

• wprowadzenie pomiędzy ww. pozycjami współczynnika podziału ryzka 50% między stronami

W konsekwencji stwierdził, iż w ramach przyjętego mechanizmu waloryzacji Zamawiający przerzucił na Wykonawcę:

• całość ryzyka zmiany cen materiałów mniejszego niż 6 % minimalnego poziomu wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS)

• całość ryzyka zmiany cen materiałów przekraczającego 8% maksymalnego wynagrodzenia;

jednocześnie dzieląc po połowie ryzyko wystąpienia zmiany cen pomiędzy powyższymi pozycjami.

Opisana powyżej konstrukcja realnie przerzuca niemalże całe ryzyko wzrostu cen towarów i materiałów na wykonawcę.

Projektowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie Odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje także Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 3531 k.c. i 5 k.c. Jak zauważa się w doktrynie „w art. 353(1) k.c. chodzi o nakaz minimum takiego uregulowania treści stosunku prawnego, które nie będzie sprzeciwiało się przyjętemu w społeczeństwie kryterium uczciwego i lojalnego postępowania, a nie o nakaz maksymalizowania wymagań w celu zabezpieczenia interesów gospodarczych obu stron. Dodatkowo zgodność czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego jest zawsze zagadnieniem kontekstu faktycznego, czyli okoliczności danego przypadku. W relacjach między przedsiębiorcami zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy" (Fuchs Bernadetta w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, art. 353-534, Wolters Kluwer Polska, 2018).

Celem przywrócenia chociażby relatywnej równowagi rozdziału ryzka zmiany cen celowe jest nakazanie Zamawiającemu zmianę zawartego w § 18 ust. 4 pkt e mechanizmu waloryzacji poprzez

a. wskazanie iż „Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±20% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy."

b. Zamawiający w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy ograniczył maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy.

ewentualnie:

c. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±15% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy."

oraz

d. Usunięcie z zawartych w § 15 ust. 2 pkt 11 Projektu Umowy - wzorów− współczynnika rozkładu ryzyka 50%

Pierwsza ze wskazanych powyżej konstrukcji utrzymuje współczynnik rozkładu między stronami zwiększając jednak maksymalny poziom partycypacji zamawiającego zwiększając dopuszczalną wysokość zmiany wynagrodzenia, zaś druga z konstrukcji usuwa współczynnik rozkładu ryzyka.

5. Zarzut dot. warunku udziału w postępowaniu

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy PZP obowiązkiem Zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powyższy przepis wyznacza granice dopuszczalności ustanawiania warunku udziału w postępowaniu, wskazując zamawiającemu dwie dyrektywy, którymi powinien się kierować przy ustalaniu, tj.:

• cel instytucji warunku udziału w postępowaniu, którym jest wybór takiego wykonawcy, który będzie zdolny do

wykonania zamówienia oraz

• zasadę proporcjonalności warunku do osiągnięcia ww. celu.

Zamawiający niewątpliwie ma prawo opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie takim podmiotom, co do których wątpliwe jest, aby były one w stanie prawidłowo wykonać zamówienie. Z drugiej jednak strony nie może on ustalać warunków udziału na takim poziomie, który by wykluczał możliwość ubiegania się o zamówienie dla podmiotów, co do których oczywistym jest, że zamówienie zrealizować zdołają. Wspomniana zasada proporcjonalności wymaga bowiem aby działanie polegające na ustaleniu warunku udziału w postępowaniu było adekwatne i konieczne dla osiągnięcia celu, któremu ten warunek służy (por. wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii).

W wyroku z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco Trybunał wskazał, że poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga odpowiedzi na pytania, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji oraz czy środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu. Pozytywna odpowiedź na powyższe pytania oznacza, że warunek proporcjonalności został zachowany.

Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 w sprawie C-243/03, że Contse SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria Trybunał wskazał, że nieuzasadnione będzie żądanie przez zamawiającego wykazania przez wykonawców określonego doświadczenia, jeśli nie jest ono niezbędne dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zgodnie zaś z tezą wyroku Trybunału z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ograniczenie konkurencyjności może nastąpić tylko w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów zamawiającego.

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, że jego spełnienie będzie możliwe jedynie przez nieliczne podmioty działające na rynku. Wymaga on mianowicie, aby:

• wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu m.in. zamówienia, w ramach którego obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100 000 mieszkańców, w ilości co najmniej 50 000 Mg, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

• wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu m.in. zamówienia, w ramach którego 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,

Przywołana powyżej ilość 50 000 Mg odpadów oraz wymóg 100 000 mieszkańców zostały ustalone na tak wysokim poziomie, że nie będzie ich w stanie spełnić większość wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz Zamawiającego. W szczególności warunku tego nie spełni Odwołujący .

Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika, że w podobnej sytuacji, jak Odwołujący, jest większość wykonawców aktualnie odbierających odpady z terenu Miasta Wrocławia lub starających się o udzielenie zamówienia. Tylko cześć z nich (w istocie zaś tylko Chemeko – System Sp. z o.o. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. miała zapewnioną możliwość odebrania wymaganych odpadów w ramach jednego zamówienia oraz wymogu mieszkańców.

W tym kontekście warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia został ustalony na poziomie, którego Odwołujący i znaczna część innych obecnych na lokalnym rynku wykonawców nie spełnia i tym samym musi być uznany za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmiernie ograniczający konkurencję w Postępowaniu.

O ile zgodzić się należy ze stwierdzeniem, iż przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabywania usług od wszystkich podmiotów działających na rynku, w szczególności tych, którzy nie posiadają adekwatnego doświadczenia, o tyle za niedopuszczalną należy uznać sytuację, gdy ustalone przez zamawiającego warunki udziału wykluczają z postępowania większość z działających na rynku wykonawców i to takich, którzy przez wiele lat usługę stanowiącą przedmiot zamówienia na rzecz Zamawiającego świadczyli w sposób należyty.

Ustalenie tak wysokiego poziomu doświadczenia, które musiałby posiadać wykonawca ubiegający się o zamówienie w sposób oczywisty wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu należytego wykonania zamówienia. Prowadzi to do znacznego i nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie – eliminując tych wykonawców, którzy w latach ubiegłych wykazali ponad wszelką wątpliwość, że zamówienie są zdolni wykonać.

Odwołujący wskazał także, iż „opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny jego spełnienia powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. powinien być niezbędny do realizacji jego celu, czyli ograniczenia ryzyka wyboru wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest przy tym zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w

uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi wówczas, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji." (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 18 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1233/19). W niniejszym postępowaniu taka właśnie sytuacja zachodzi.

W niniejszym Postępowaniu warunek udziału w dotyczący doświadczenia postępowaniu został ustalony na poziomie zbyt wysokim nie tylko w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale również w porównaniu do postępowań prowadzonych przez innych zamawiających – na odbiór odpadów z terenów innych dużych miast. Żadne z takich miast, jak Poznań, Łódź, Szczecin czy Gdańsk, nie wprowadzały tak wysoko zakreślonych wymagań w zakresie warunku doświadczenia. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw, aby do świadczenia usługi odbioru odpadów z terenu miasta Wrocławia, konieczne było posiadanie doświadczenia większego, aniżeli to, które jest potrzebne do odbioru odpadów komunalnych z ww. miast.

Dlatego też celowe jest nakazanie Zamawiającemu obniżenie wymagań stanowiących warunek udziału w postępowaniu przez wskazanie że wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej, jeśli 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 50 000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), gdzie odebrał łącznie 20 000 Mg odpadów komunalnych, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych,
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 50 000 osób (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), nieprzerwanie przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych

6. Zarzut dot. opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję

Kolejno zamawiający w ramach Szczegółowych Warunków Umowy przewidział w:

- Rozdziale XIV ust. 1 pkt 8) pojazd służący do opróżniania pojemników określonych w Rozdziale II pkt 13, dwa pojazdy służące do opróżniania pojemników określonych w Rozdziale II pkt 10,które zapewniają możliwość odbioru pojemników ustawionych w dwóch rzędach oraz odbiór pojemników po obu stronach pojazdu. Sposób chwytu pojemnika podczas podnoszenia i opróżniania ma gwarantować, że pojemniki nie ulegną uszkodzeniu oraz zapewnić sztywny chwyt pojemnika ograniczający do minimum odchylenie pojemnika od osi pionowej we wszystkich kierunkach (maksymalna wartość odchylenia to 1,5°) – załącznik nr 40 – Schematyczny rysunek obrazujący odchylenie pojemnika o 1,5 stopnia w końcowej fazie odkładania pojemnika. Pojazd musi umożliwiać odbiór odpadów przez jedną osobę bez konieczności wysiadania z pojazdu oraz być wyposażony w prasokontener zamontowany na stałe lub w systemie wymiennym
- Rozdziale XIV ust. 1 pkt 12) pełną obsługę urządzeń i sprzętu wykorzystywanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia - w zakresie zapewnienia materiałów eksploatacyjnych, bieżącej konserwacji, dezynfekcji, bieżących i okresowych przeglądów technicznych oraz wszelkiego typu napraw przeprowadzanych w autoryzowanych punktach serwisowych, zapewnienia ich ochrony, a nadto w zakresie prowadzenia bieżącej dokumentacji związanej z ich obsługą

Wedle art. 99 ust. 4 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.

Jak wskazano w orzecznictwie:

- „Do zamawiającego stosuje się ten sam obowiązek dowodowy wykazania obiektywnych i rzeczywistych potrzeb uzasadniających ograniczenie konkurencji, jaki ma zastosowanie do wykonawcy w zakresie konieczności wykazania możliwości naruszenia konkurencji. Nie może być bowiem tak, iż na wykonawców nakłada się obowiązek realnego uprawdopodobnienia ograniczenia konkurencji poprzez przeprowadzenie częstokroć skomplikowanego i trudnego postępowania dowodowego w zakresie możliwości naruszenia konkurencji, zaś zamawiający uzasadniając takie ograniczenia opierają się na ogólnych i gołosłownych oświadczeniach o realizacji bliżej nieokreślonych potrzeb jednostek publicznych. Należy podkreślić, że takie obiektywne potrzeby publiczne muszą być po pierwsze skonkretyzowane, a po drugie zamawiający winien

wykazać, że ich realizacja może nastąpić wyłącznie drogą ograniczenia konkurencji na rynku." Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2022 r. KIO 64/22 LEX nr 3317701

• „Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, jednakże art. 29 p.z.p. zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję. Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie powinien używać sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty, Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest więc nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu". Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2019 r. KIO/KD 58/19 LEX nr 2752992

• Opis rozwiązania równoważnego nie może zawierać wszystkich cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych przedmiotu zamówienia, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 19 marca 2010 r., KIO/UZP 189/10, www.uzp.gov.pl).

Wykonawca podzielając ww. poglądy podnosi, iż bardzo dokładne dane dot. specyfiki pojazdu oraz systemu do obsługi pojemników ogranicza to wolny rynek i konkurencję, zmierza do wskazania konkretnego dostawcę systemu załadowczego co narusza w znaczny sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania dostawców

Analogicznie wymaganie zawarte w Rozdziale XIV ust. 1 pkt 12 przewidujące wymóg pełnej obsługi urządzeń i sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia -ogranicza to wolny rynek i konkurencję bezpodstawnie usuwając podmioty niezdolne do kompletnego serwisowania pojazdów używanych do realizacji zamówienia. Podniesienia w ww. zakresie wymaga, iż obowiązek ten nie ma żadnego uzasadnienia, w sytuacji w której tak czy inaczej każdy z wykonawców zobowiązany jest do zapewnienia działania ww. pojazdów w zw. z czym to czy zrealizuje to on osobiście czy też za pośrednictwem podmów trzecich jest irrelewantne dla usługi odbioru i zagospodarowania odpadów.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podniósł, że celowe jest nakazanie Zamawiającemu usunięcie kwestionowanych postanowień.

7. Zarzut dot. bazy transportowej.

Zgodnie z pkt. 1, ppkt.3 rozdziału XIII SWU, W zakresie transportu odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do transportu do bazy magazynowo -transportowej Wykonawcy w celu zważenia na legalizowanej wadze samochodowej wszystkich odebranych odpadów.

W zakresie powyższego jak wskazano w doktrynie „Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia odbywa się przez wskazanie cech dostaw, usług lub robót budowlanych wymaganych przez zamawiającego. Nie muszą to być cechy dotyczące jedynie bezpośrednio produktu, usługi czy sposobu wykonania zamówienia. Zamawiający, mając na uwadze zasadę efektywności rozumianą jako uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym społecznych czy środowiskowych, wyrażoną w art. 17 p.z.p., może sformułować wymagania dotyczące procesu lub metody produkcji, etapu realizacji zamówienia, innego etapu cyklu życia – w granicach wyznaczonych przez nakaz zachowania proporcjonalności i związku z przedmiotem zamówienia." (…) Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 27.06.2012 r., XII Ga 152/12, niepubl., odniósł się do hipotetycznego wpływu na konkurencję w kontekście dowodzenia w postępowaniu odwoławczym: „dla uznania, że zamawiający naruszył powołany przepis wystarczającym jest jedynie wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji". (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2021, art. 99.)

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy powyższe postanowienie narzuca na wykonawcę nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia obowiązek rozładunku odpadów na bazie magazynowo - transportowej wykonawcy, co w ocenie Odwołującego znacząco ogranicza konkurencję oraz doprowadza do zawyżenia ofert cenowych przedstawianych przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Przy spełnieniu wszystkich warunków dot. monitoringu oraz systemu wagowego, rozładunek niektórych frakcji odpadów mógłby być bez jakiegokolwiek uszczerbku dla interesu Zamawiającego realizowany na bazie podwykonawcy, który posiada wszelkie niezbędne decyzje oraz zezwolenia. Podnieść należy, iż ewentualna baza podwykonawcy może znajdować się znacznie bliżej niż baza magazynowo - transportowa wykonawcy, w związku z czym wykonawca jest w stanie znacząco ograniczyć koszty logistyki związane z transportem odpadów, lub utrzymaniem dodatkowych systemów. Niezależnie od

faktu, iż powyższe mogłoby mieć wpływ na cenę ofertową w zakresie wskazanych powyżej kosztów to ograniczenie ww. wymogu skutkowałoby również w sposób oczywisty zwiększeniem konkurencji gdyż pozwałoby większej ilości podmiotów złożyć ofertę kalkulowaną w sposób optymalny logistycznie z ich perspektywy. Niezależnie od powyższego podnieść należy, iż możliwość wyładunku odpadów i ich ważenia na bazie podwykonawcy niektórych frakcji odpadów umożliwia również zachowanie ciągłości świadczonej usługi -tj. zmniejsza ryzyko związane z nieprzewidzianymi sytuacjami nadzwyczajnymi, w których to praca ww. obiektów może zostać sparaliżowana niezależnie od wykonawcy.

Mając na uwadze Odwołujący podniósł, że celowe jest nakazanie Zamawiającemu zmienię Szczególnych Warunków Umowy poprzez nadanie pkt. 1, ppkt.3 Rozdziału XIV, Szczegółowych Warunków Umowy brzemienia „transportu do bazy magazynowo -transportowej Wykonawcy lub zgłoszonej Zamawiającemu bazy magazynowo - transportowej Podwykonawcy w celu zważenia na legalizowanej wadze samochodowej wszystkich odebranych odpadów.

Zamawiający informację o wniesieniu odwołania wraz z odwołaniem zamieścił w dniu 27 czerwca 2023 r. na stronie internetowej Zamawiającego, dotyczącej prowadzonego postępowania system.logintrade.net/rejestracja/ustwowe.html.

W dniu 30 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rusko, zwany dalej „Przystępującym ENERIS”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23 w części dotyczącej zarzutów nr 5, 6a i 7 po stronie Zamawiającego, 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 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1894/23 i KIO 1820/23 po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

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 stwierdziła skuteczność przystąpienia:

1. wykonawcy ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Rusko, zwanego dalej „Przystępującym ENERIS”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23 w części dotyczącej zarzutów nr 5, 6a i 7 po stronie Zamawiającego,
2. wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym ALBA”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23, 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 złożone przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 lipca 2023 r. dowody, tj.:

1. Zestawienie cen jednostkowych w latach 2020-2022.
2. Wyciąg z umowy z zapisami o karach umownych (wiosna 2022-SI).
3. Wyciąg z umowy z zapisami o karach umownych (jesień 2022 - SI).
4. Wyciąg z umowy z zapisami o karach umownych (2020 - SI).
5. Zestawienie wynagrodzenia w ramach umów z wolnej ręki 2023 r.

6.Prognoza wyliczenia waloryzacji.

Izba dopuściła złożone przez Odwołującego w załączeniu do pisma z dnia 19 lipca 2023 r. dowody, tj.:

1.Zestawienie postępowań na usługi odbioru odpadów komunalnych organizowanych przez 37 miast zamieszkiwanych przez co najmniej 100 000 mieszkańców wraz z dokumentacją.

2.Symulację waloryzacji kontraktu opierającej się o założenia waloryzacji zaproponowanej przez Zamawiającego.

Postępowanie odwoławcze sprawach o sygn. akt KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23 w zakresie w jakim dotyczą zarzutu naruszenia „art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w: (…) §15 ust 2 pkt 2 lit f) Projektu Umowy (…) kar umownych rażąco wygórowanych - przy jednoczesnym zastrzeżeniu, w §15 ust 3 pkt 1 2 w razie nieusunięcia stwierdzonych uchybień (odpowiednio w wyznaczonym terminie lub w trakcie kolejnej kontroli) kary te wzrosną dwukrotnie (w sumie nawet czterokrotnie), które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane - a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 3531 k.c. winny być uznane za nieważne” (zarzut nr 2 tiret 2 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 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 rozpoznać merytorycznie i stwierdzić czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, czy też nie. Tym samym postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu (zarzutu nr 2 tiret 2 odwołań) stało się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia przestał istnieć. 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 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23w zakresie zarzutu nr 6a i 6b odwołań, tj.: zarzutu naruszenia „art. 99 ust. 1, 2, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencje, charakteryzujący usługi dostarczane przez kontentego wykonawcy prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał:

a.w Rozdziale XIV ust. 1 pkt 8 bardzo dokładne dane dot. specyfiki pojazdu oraz systemu do obsługi przedmiotowych pojemników co ogranicza to wolny rynek i konkurencję oraz wskazuje na jednego dostawcę systemu załadowczego co narusza w znaczny sposób zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania dostawców,

b.w Rozdziale XIV ust. 1 pkt 12 pełną obsługę urządzeń i sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia co ogranicza to wolny rynek i konkurencję bezpodstawnie usuwając podmioty niezdolne do kompletnego serwisowania pojazdów używanych do realizacji zamówienia”.

Wobec powyższego postępowania w części cofniętego odwołania (zarzut nr 6a i 6b w sprawach o sygn. akt KIO 1816/23, KIO 1818/23, KIO 1819/23 i KIO 1820/23) podlegają umorzeniu.

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

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 483 k.c., w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez ustalenie w § 15 ust. 2 pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Projektu umowy szerokiego katalogu ponad kilkudziesięciu kar umownych niezależnych od winy, tj. kar gwarancyjnych opartych na zasadzie ryzyka, które to sprzeczne są z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 k.c. oraz 353¹ k.c. winny być uznane za nieważne (zarzut nr 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający załączył do SWZ „Projekt umowy”, stanowiący załącznik A do SWZ, w którym w § 15 „Kary umowne” zamieścił następującą treść „*Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach:*

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

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (…)”, w którym w punktach od 1) do 14) wyspecyfikował przewidywane kary umowne. (identyczną treść zawiera Projekt umowy dla Sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował postanowienia Projektu umowy dotyczące kar umownych, wskazując m.in., że Zamawiający różnicuje uchybienia, które to oparte są o zasadę winy (uchybienia Zamawiającego skutkujące odstąpieniem), oraz uchybienia, które są niezależne od winy a więc opartych na zasadzie ryzyka (całość uchybień Wykonawcy). Tak więc kary umowne wprowadzane w projektowanych postanowieniach umownych nie powinny być arbitralnie opierane na zasadzie ryzyka. Przewidziany w § 15 ust. 2 pkt 2 Projektu umowy ekstensywny katalog ponad kilkudziesięciu kar umownych za różne uchybienia uznać należy jako abuzywny względem słabszej strony kontraktu jaką jest Wykonawca, jak również przejaw prowadzenia postępowania w sposób nieproporcjonalny, w oderwaniu od wymagania i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 433 ustawy Pzp stanowi m.in., że „*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*".

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 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 przez niego kary umowne – jak wyjaśnił - są uzasadnione okolicznościami i zakresem tego zamówienia, gdyż dotyczą wykonania czynności istotnych z punktu widzenia realizacji tej usługi. Zamawiający – jak także podkreślił - w określonych sytuacjach dopuszcza karę za zwłokę a nie za opóźnienie. Jednak wprowadzone do Projektu umowy kary umowne dotyczą przede wszystkim okoliczności, w których bez względu na przyczyny, Zamawiający musi egzekwować ciągłość ich realizacji, jak np. dyżur dla prac interwencyjnych czy też monitoring wizyjny bazy. Skoro więc ich realizacja jest uzależniona od sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę to przewidziana kara umowna za opóźnienie jest uzasadniona okolicznościami tego zamówienia. Zamawiający może więc zastrzec kary umowne za działania wykonawcy, które nie zmierzają do należytego wykonania umowy i nie pozostają w związku z podstawowymi obowiązkami wykonawcy wynikającymi bezpośrednio z umowy.

W tym stanie faktycznym Odwołujący podniósł, że kary umowne uregulowane w § 15 ust. 2 pkt 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Projektu umowy są karami niezależnymi od winy, tj. kar gwarancyjnych opartych na zasadzie ryzyka i jako takie sprzeczne są z zasadami współżycia społecznego, skutkując w konsekwencji nieważnością tych postanowień. Jednak poza odwołaniem się w treści zarzutu do treści Projektu umowy, który – w jego ocenie – takie postanowienia zawiera, nie odniósł się ani w treści zarzutu, ani też w treści uzasadnienia do konkretnych kar i nie wykazał na czym w odniesieniu do poszczególnych kar sprzeczność z art. 58 § 1 i 2 k.c. polega. Wskazany przepis dotyczy bowiem bezwzględnej nieważności czynności prawnej i stanowi, że *„ Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego*". Każda czynność prawna do swej ważności wymaga zgodności z zasadami współżycia społecznego. Kodeks cywilny nie precyzuje jednak, czym są zasady współżycia społecznego. Przyjmuje się, że są to powszechnie obowiązujące reguły postępowania nawiązujące do rozsądku, rzetelnego, lojalnego czy też uczciwego zachowania. W tym kontekście szczególnie akcentowane są obowiązki przedsiębiorcy, który w trakcie prowadzenia działalności powinien kierować się dobrymi obyczajami, zasadami uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania oraz lojalności i zaufania.

Zamawiający – w ocenie Odwołującego – różnicuje w projekcie umowy uchybienia, które to oparte są o zasadę winy (uchybienia Zamawiającego skutkujące odstąpieniem), oraz takie uchybienia, które są niezależne od winy a więc oparte na zasadzie ryzyka (całość uchybień Wykonawcy). Niemniej jednak Odwołujący i tych kwestii poza odwołaniem się do ogólnych sformułowań nigdzie bliżej nie wyartykułował. Nie odniósł się bowiem do żadnej z kar wyspecyfikowanych w zakwestionowanym zakresie. Zamawiający słusznie więc wskazał, że Odwołujący nie wykazał, które z kar umownych mimo, że je wszystkie kwestionował, nie mogą być karami za opóźnienie. Tytułem przykładu Zamawiający wyjaśnił co legło u podstaw zastosowania zasady naliczania kar za opóźnienie. W szczególności zwrócił uwagę na obowiązki Wykonawcy dotyczące sprawozdawczości oraz sporządzania bilansów (§ 15 pkt 4), jak i obowiązki dotyczące systemu informatycznego, które pozwalają mu na zweryfikowanie czy odpady odbierane są z miejsc objętych przedmiotem umowy (§ 15 pkt 12), co z kolei przekłada się na prawidłowość rozliczenia wynagrodzenia przysługującego

Wykonawcy i w konsekwencji na finanse Gminy Wrocław. To przecież Zamawiający, działając w interesie publicznym, określa istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, bądź też przedstawia wykonawcom projekt umowy. „*Prawa i obowiązki stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym podział ryzyk, charakteryzuje brak symetryczności wynikający częściowo z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym np. regulacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę, prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy czy też prawo rozwiązania umowy. (…) Na gruncie ustawy Pzp zasadniczo dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przypisuje większość ryzyk kontraktowych wykonawcy. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. SO we Wrocławiu, który w wyroku z 14.4.2008 r. (X Ga 67/08, niepubl.) uznał, że „błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego*". (M. Śledziewska, Proces udzielania zamówień publicznych, Warszawa 2019) Przepisy ustawy Pzp modyfikują bowiem zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów, tj. art. 353[1] k.c., w myśl którego „*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*". Znajduje to odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Skoro więc Zamawiający działa w interesie publicznym to ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb zbiorowości ludzkiej. Ryzyko to przewyższa zatem normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Co więcej, jak wynika z ukształtowanego orzecznictwa Izby, „*o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353[1] k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) Zamawiający nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Zamawiający nie jest także zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego. Dopuszczalne jest również nakazanie wykonawcy wkalkulowania w cenę oferty kosztów ewentualnych zmian umowy odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca wiedząc, że koszty takich zmian będą leżały po jego stronie, może je uwzględnić w cenie oferty jako potencjalne ryzyko gospodarcze*" (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10). Tak więc Zamawiający ma prawo nie tylko do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, zwłaszcza usługi o tak ważnym aspekcie społecznym, ale także do obwarowania obowiązków wykonawcy karami umownymi i oczekiwania, że przedmiot umowy będzie wykonywany i zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy.

Odwołujący nie wykazał również na czym polega naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych opisanych w art. 17 ustawy Pzp przy konstruowaniu kwestionowanych postanowień Projektu umowy, naruszenie którego to przepisu także zarzucał Zamawiającemu.

Odwołujący, wskazując na związek pomiędzy powołanymi w zarzucie przepisami Pzp i k.c., nie wykazał także w jaki sposób, jakim działaniem i w odniesieniu, do której z jedynie ogólnie wskazanych kar umownych przepisy te znajdują faktyczne zastosowanie. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp i k.c. wskazanych przez Zamawiającego w odwołaniu. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz art. 353[1] k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w:

• §15 ust. 3 pkt 1 i 2 Projektu Umowy

• (…)

• §15 ust. 2 pkt 9 lit. f) Projektu Umowy

• §15 ust. 2 pkt 9 lit. l) Projektu Umowy

• §15 ust. 2 pkt 13 lit. m) Projektu Umowy

kar umownych rażąco wygórowanych - przy jednoczesnym zastrzeżeniu, w §15 ust 3 pkt 1 i 2 w razie nieusunięcia stwierdzonych uchybień (odpowiednio w wyznaczonym terminie lub w trakcie kolejnej kontroli) kary te wzrosną dwukrotnie (w sumie nawet czterokrotnie), które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane, a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353[1] k.c. winny być uznane za nieważne (zarzut nr 2 tiret 1, 3, 4 i 5 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający załączył do SWZ „Projekt umowy", stanowiący załącznik A do SWZ, w którym w § 15 „Kary umowne" zamieścił następującą treść „*Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach:*

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

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (…)

9) w zakresie pozostałej dokumentacji:

(…)

f) w wysokości 5 000,00 zł – za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w § 4 ust. 8, dotyczącego powiadomienia Zamawiającego z co najmniej trzymiesięcznym wyprzedzeniem, za każdy dzień następujący po upływie terminu (termin liczony od dnia wystawienia przez Zamawiającego protokołu odbioru prac),

(…)

l) w wysokości 1 000,00 zł - za nieprzekazanie Zamawiającemu do akceptacji Regulaminu korzystania z SZOP, o którym mowa w SWU, rozdział XII, pkt 8, ppkt 4) za każdy dzień następujący po upływie terminu,

(…)

m) w wysokości 200,00 zł – za nieprzekazanie Zamawiającemu/nieumieszczenie na wirtualnym dysku protokołów, o których mowa w SWU rozdział III, pkt 4, ppkt 4) lit. e) tiret pierwszy i/lub tiret drugi, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

(…)

3. 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)*.".

(identyczną treść zawiera Projekt umowy dla sektora I-IV).

Odwołujący wniósł w tym zakresie odwołanie, podnosząc m.in., że w okolicznościach niniejszego postępowania wysokość przedmiotowych kar umownych została ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody Zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone, co przy jednoczesnym określeniu niezwykle szerokiego ich katalogu stwarza po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia straty niewspółmiernej do ewentualnych uchybień w realizacji Umowy oraz szkody, która mogłaby być przez Zamawiającego poniesiona. Wskazał przy tym, że należy mieć na uwadze fakt, że z uwagi na opisaną powyżej nieprecyzyjność przesłanek uprawniających Zamawiającego do naliczenia przedmiotowych kar i obszerny katalog okoliczności faktycznych, w których kary mogłyby zostać nałożone powoduje, że w odniesieniu do części naruszeń kary takie mogą być wprawdzie adekwatne, jednak dla przeważającego zakresu okoliczności faktycznych uprawniających Zamawiającego do naliczenia tychże kar będą one wygórowane w sposób znaczący.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący podnosząc ten zarzut wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp i k.c., tj.:

Art. 5 k.c. „*Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony*.".

Art. 58 k.c. „*§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.*

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.".

Art. 353¹k.c. „*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. 483 § 1 k.c. „*Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)*.".

Art. 17 ustawy Pzp „1. *Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.".

Odwołujący jako podstawę prawną zarzutu wskazał więc szereg przepisów, nie odnosząc ich do konkretnego stanu faktycznego. Jednak „*ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana należy dokonać w kontekście*

całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy oraz charakter negatywnych skutków dla drugiej strony" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14). Tak więc to te okoliczności powinny być przez Odwołującego wykazane w odniesieniu do każdej z kwestionowanych kar umownych. Tymczasem Odwołujący ograniczył się wyłącznie do zacytowania treści kwestionowanych kar i bardzo szerokiego przywołania stanowiska doktryny i orzecznictwa odnoszącego się do przepisów powołanych w podniesionym w odwołaniu zarzucie. W żaden jednak sposób nie wykazał, że konkretne kary umowne są wygórowane. Podnosił jedynie, że karami umownymi obwarowane są „uchybienia", za którymi nie idzie żadna szkoda i nie jest z tym związana żadna niedogodność dla Zamawiającego. Niemniej jednak całkowicie umknęło Odwołującemu, że *„Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy*" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 654/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 69/14). W kontekście powyższego, jak i okoliczności, że Zamawiający na przestrzeni lat waloryzował wynagrodzenie wykonawców, jak i faktu, że wysokość kar umownych pozostała niezmienna, katalog kar umownych przewidziany w niniejszym postępowaniu jest niewątpliwie adekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji. Na dowód powyższego Zamawiający przedłożył tabelę „Zestawienie cen jednostkowych w latach 2020 – 2022", w której przedstawił jak na przestrzeni wskazanych lat zmieniało się wynagrodzenie wykonawcy. Przykładowo ryczałtowa cena jednostkowa netto za odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych za Mg, która w 2020 r. wynosiła 576,50 zł, w 2021 r. wynosiła już 1087,00 zł a w 2022 r. wynosiła 1 347,00 zł. Ceny te wzrosły – jak słusznie wskazał Zamawiający - nawet o 300% wartości wynagrodzenia na poszczególnych frakcjach. Natomiast wysokość kar umownych, jak wynika z przedstawionych wyciągów z projektów umów i umów („UMOWA nr …/…/2022/G, UMOWA nr 90/22/2022/G"), faktycznie nie uległa zmianie. Ich wysokość nie jest więc wygórowana i nie powinna – wbrew twierdzeniom Odwołującego - zniechęcać Wykonawców do ubiegania się o udzielenie tego zamówienia. Kary te stanowią bowiem dla Zamawiającego realne narzędzie do zapewnienia należytej realizacji umowy przez Wykonawcę. Nieusunięcie w terminie stwierdzonych przez Zamawiającego uchybień w czasie kontroli powodowałoby, że czynności te byłyby niezrealizowane. Nie należy bowiem zapominać o celu postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest realizacja uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Dlatego też tak ważne jest określenie kar umownych w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody i to tak aby kary pełniły swoje funkcje a przede wszystkim dyscyplinowały wykonawców w działaniach mających na celu prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający, konstruując Projekt umowy, nie naruszył w kwestionowanym zakresie przepisów podniesionych w powyższym zarzucie. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353[1] k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, jak również obarczenie ww. obowiązków karami umownymi za zdarzenie niezależne od winy Wykonawcy, w zakresie w jakim Zamawiający wskazał w Rozdziale III pkt 2 Szczególnych Warunków Umowy, iż Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia częstotliwości odbioru odpadów komunalnych gwarantującej niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności; jak również zawarcie w projekcie umowy:

• kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. p) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności mniejszej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,

• kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. q) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie wszystkich pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych pojemności równej lub większej niż 1,1 m3 - powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,

• kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. r) Projektu umowy za każdorazowe przepełnienie 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; powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika,

• kary umownej §15 ust. 2 pkt 11) lit. s) Projektu umowy za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego niewykonania przez Wykonawcę obowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na odpady wielkogabarytowe

zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych w przypadku jego zapełnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika przez cały okres wskazany w Zleceniu, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu,
pomimo, iż:
a) tempo przepełnienia pojemników jest zmienną losową zależną od poszczególnych mieszkańców gminy zamawiającego oraz wydarzeń losowych z ich życia – które nie mogą być przewidziane,
b) przepełnienie pojemników jest kwestią arbitralną zależną od oceny weryfikującego kształtu i rodzaju odpadu oraz sposobu jego wrzucenia do pojemnika,
c) nie ma jakiekolwiek możliwości technicznej bieżącego monitorowania przepełniania się pojemników przez wykonawcę,
d) Harmonogram opróżnień pojemników i odbioru worków oraz jego zmiany- proponowany przez Wykonawcę wymaga każdorazowego aprobowania przez Zamawiającego,
(zarzut nr 3 odwołania) nie potwierdził się.
Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w SWU, Rozdział III „Odbieranie odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości obsługiwanych", pkt 2 podał, że „*W zakresie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do:*

1) odbioru odpadów z miejsc przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych zgodnie z opracowanym przez siebie Harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków przy uwzględnieniu następujących częstotliwości:

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – co najmniej jeden raz w tygodniu,

b) odpady metali, tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe - co najmniej raz na dwa tygodnie,

c) odpady z papieru– co najmniej raz na dwa tygodnie,

d) odpady ze szkła – co najmniej jeden raz na cztery tygodnie,

e) bioodpady - co najmniej jeden raz w tygodniu, w tym drzewka bożonarodzeniowe w okresie od stycznia do końca lutego każdego roku. W przypadku nieruchomości o charakterze wielolokalowym Wykonawca w okresie od 15 maja do 15 września zobowiązany jest do odbioru bioodpadów co najmniej dwa razy w tygodniu.

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,

3) opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 600 do 2200, a w innych godzinach jedynie w uzasadnionych przypadkach i po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego.

4) opróżniania pojemników i odbierania worków".

(identyczną treść zawiera Projekt umowy dla sektora I-IV, przy czym dla sektora I).

Odwołujący zakwestionował powyższe podnosząc m.in., iż Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia częstotliwości odbioru odpadów komunalnych gwarantującej niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności, za niewykonanie których przewidziane zostały sankcje w postaci kar umownych. Tymczasem tempo przepełnienia pojemników jest zmienną losową zależną od poszczególnych mieszkańców gminy zamawiającego oraz wydarzeń losowych z ich życia – które nie mogą być przewidziane. W ujęciu technicznym nie ma jakiekolwiek możliwości technicznej bieżącego monitorowania przepełniania się pojemników przez wykonawcę gdyż raportowanie i monitorowanie tego rodzaju danych wymagałoby podjęcia szeregu dodatkowych działań, np. montażu czujników przepełnienia odpadów w każdym pojemniku, montażu urządzeń pozwalających na raportowanie przepełnienia każdego pojemnika, zapewnienia zasilania dla czujników przepełnienia odpadów oraz montażu urządzeń każdego pojemnika itp. Wymaganie to jest więc oczekiwaniem realnie niemożliwym do zapewnienia w ramach realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

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 danej branży. Tak więc Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na

sporządzenie oferty. W tym stanie faktycznym też tak się stało. Zamawiający w SWU, Rozdział III, pkt 2 podał, że Wykonawca zobowiązany jest do odbioru odpadów z określoną, wynikającą z SWU częstotliwością, przy czym „zgodnie z opracowanym przez siebie Harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków". Oznacza to, że odpady mają być odbierane zgodnie z przewidzianą w Harmonogramie częstotliwością ich odbioru przygotowaną przez Wykonawcę. To Wykonawca ustala więc taką częstotliwość odbioru, uwzględniając wymagania co do minimum odbiorów wskazanych przez Zamawiającego w SWU oraz posiadane doświadczenie w realizacji tego rodzaju usług, która nie doprowadzi do przepełnienia pojemników. Kwestionowana przez Odwołującego treść SWU przewidującamożliwość dostosowania Harmonogramu odbioru odpadów do zastanych sytuacji pozwala na uniknięcie takich sytuacji. Nie może być bowiem tak, że śmieci zostaną pozostawione obok pojemników w miejscu gromadzenia odpadów, ale i będą wrzucane do innych pojemników, powodując mieszanie i zanieczyszczenie poszczególnych frakcji odpadów, gdyż to z kolei może generować większe koszty dla Wykonawcy w zakresie zagospodarowania odpadów i negatywnie wpływać na selektywną zbiórkę odpadów i postawę mieszkańców.

Odwołujący, podnosząc ten zarzut i go uzasadniając, odniósł się do jednej z kar umownych a mianowicie kary umownej za przepełnienie pojemników oraz gwarancji odpowiedzialności za przepełnienie pojemników, wskazując przykładowo, że tempo przepełnienia pojemników jest zmienną losową zależną od poszczególnych mieszkańców Gminy Wrocław oraz wydarzeń losowych z ich życia, które nie mogą być przez Wykonawcę przewidziane. Wobec tego nie ma jakiejkolwiek możliwości technicznej bieżącego monitorowania przepełnienia się pojemników przez Wykonawcę. Dlatego też zapewnienie Zamawiającemu gwarancji nieprzepełnienia odpadów jest obowiązkiem (oczekiwaniem) niemożliwym do zrealizowania w ramach realizacji tego zamówienia. Okoliczności tej jednak w żaden sposób nie wykazał. Tymczasem Zamawiający przedstawił zestawienie wynagrodzeń wykonawców dla poszczególnych sektorów i wysokości kar umownych dotyczących przepełnienia pojemników dla tych właśnie sektorów, wykazując niezbicie, że świadczenie to jest możliwe do zrealizowania. Część z przykładowo podanych sytuacji, na które wskazywał Wykonawca jako nieprzewidywalne, możliwa jest bowiem do wychwycenia, np. zmiana właściciela, zmniejszenie lub zwiększenie liczby mieszkańców. Można to ustalić po kolejnym odbiorze lub odbiorach i w konsekwencji wprowadzić ewentualne zmiany w harmonogramie odbioru odpadów. To bowiem Wykonawca ustala taką częstotliwość odbioru, która ma nie doprowadzać do przepełnienia pojemników, uwzględniając posiadane doświadczenie w realizacji tego rodzaju usługi. Częstotliwość odbioru odpadów jest bowiem opisana jest w SWU, RozdziałIII „Odbieranie odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości obsługiwanych", gdzie wprost wskazano minimalną częstotliwość ich odbioru. Tak więc - jak słusznie wskazał Zamawiający – użyto sfomułowania „co najmniej", wskazując jedynie wymaganą minimalną ilość odbioru odpadów. A tym samym dopuszczając możliwość zmiany harmonogramu stosownie do zastanych sytuacji. Dotychczas tak też się działo. Świadczy o tym wysokość kar umownych, która z tego tytułu naliczona była poszczególnym wykonawcom realizującym zamówienie w ramach umów z wolnej ręki i w ramach sektorów objętych przedmiotem i tego zamówienia. Kary z tego tytułu były wręcz marginalne (kary te są karami o wartości 75,00 zł, 300,00 zł i 250,00 zł) i stanowiły jedynie niewielki procent wynagrodzenia wykonawcy. Przykładowo dla umów realizowanych w ramach:

- Sektora I wartość całej umowy (zamówienia podstawowego i opcjonalnego) – 01.05.2023 do 31.08.2023 wyniesie 36 846 390, 51 zł; a wartość kar za przepełnienie pojemnika w 2021 r. wyniosła 106 875,00 zł a w 2022 r. wyniosła 167 150,00 zł,
- Sektora II wartość całej umowy (zamówienia podstawowego i opcjonalnego) 01.05.2023 do 31.08.2023 wyniesie 43 453 450,95 zł; a wartość kar za przepełnienie pojemnika w 2021 r. wyniosła 37 327,50 zł a w 2022 r. wyniosła 14 775,00 zł,
- Sektora III wartość całej umowy (zamówienia podstawowego i opcjonalnego) 01.05.2023 do 31.08.2023 wyniesie 70 370 480,33 zł; a wartość kar za przepełnienie pojemnika w 2021 r. wyniosła 32 025,00 zł a w 2022 r. wyniosła 7 200,00 zł,
- Sektora IV wartość całej umowy (zamówienia podstawowego i opcjonalnego) 01.05.2023 do 31.08.2023 wyniesie 27 668 376,28 zł; a wartość kar za przepełnienie pojemnika 2021 r. wyniosła 3 975,00 zł a w 2022 r. wyniosła 13 425,00 zł.

Nie można więc uznać, że zastrzeżone kary umowne mają charakter nieproporcjonalny, rażąco naruszają równowagę stron, są sprzeczne ze społeczno–gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz sprzeciwiają się naturze tego stosunku oraz zasadom współżycia społecznego. Nie doszło więc do naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp i k.c. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1, 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] k.c., w zw. z art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie mechanizmu waloryzacji w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na

wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że jednocześnie:

a. **Zamawiający w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy dopuścił waloryzacje jedynie gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna od ± 6 %,**

b. **Zamawiający w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy ograniczył maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy,**

c. **Zamawiający w §18 ust 4 pkt e Projektu umowy w ramach wzorów obliczenia ceny jednostkowej po pierwszej zmianie, ceny jednostkowej po następnej zmianie, przyjęcia współczynniku rozkładu ryzyka 50%,**

które to łącznie składają się na waloryzacje pozorną nie zapewniającą jej ustawowego celu, tj. ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzucające całość ryzyka zmiany cen na wykonawcę (zarzut nr 4 odwołania nie potwierdził się).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Projekcie umowy, § 18 „Zmiany w umowie", ust. 4 podał: „*W przypadku zmian, o których mowa w ust. 3, Strony ustalają następujący tok postępowania:*

1) w przypadku zmiany: (…)

e) zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

Strona umowy składa pisemny wniosek o zmianę przedmiotowej umowy w zakresie płatności wynikających z faktur obejmujących płatności dotyczące usług wykonanych po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy w przypadku, gdy wystąpiła zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a suma miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS za 6 ostatnich zakończonych miesięcy będzie różna od ± 6 %. (….) Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% maksymalnej kwoty wynagrodzenia netto, o której mowa w § 11 ust. 1 umowy.". (identyczną treść zawiera Projekt umowy dla sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował treść Projektu umowy dotyczącą waloryzacji wynagrodzenia, podnosząc m.in. że prawidłowo sformułowane klauzule waloryzacyjne pozwalają na dostosowanie umowy do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, co w tym przypadku nie ma miejsca. Wskazana konstrukcja w żaden sposób nie przywraca równowagi ekonomicznej między stronami a jedynie pozornie wypełnia obowiązek ustawowy. Nie odpowiada ona wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie.

Zamawiający w dniu 14 lipca 2023 r. dokonał modyfikacji SWZ §18 ust 4 pkt e Projektu umowy w zakresie dotyczącym wskaźnika zmiany poziomu cen umożliwiających ubieganie się o dokonanie zmiany wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 439 ustawy Pzp stanowi:

„*1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

(…)

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia". Przepis ten określa zasady wprowadzania w umowie na roboty budowlane, dostawy lub usługi zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jak również wskazuje obligatoryjne elementy z jakich ma się składać postanowienie waloryzacyjne. Elementy wyspecyfikowane w punkcie 1, 3 i 4 kwestionowana klauzula waloryzacyjna zawiera. Określa bowiem poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, który uprawnia strony umowy, w tym Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, jak również sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy a także maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, którą w tym stanie faktycznym określono na poziomie 8%. Tak więc zawiera ona wszystkie obligatoryjne elementy wymagane do zamieszczenia w projekcie umowy zgodnie z art. 439

ustawy Pzp. Klauzula ta – jak wyjaśnił Zamawiający - jest dostosowana do realiów kontraktu i rzeczywistości gospodarczej, a postanowienia wprowadzone do Projektu umowy *de facto* nie zmierzają do uniknięcia przez Zamawiającego ponoszenia wzrostu kosztów. Przeciwnie wprowadzona klauzula waloryzacyjna uwzględnia współczynnik rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów niezbędnych do wykonania umowy będzie równomiernie rozłożone na obie strony umowy. Odwołujący mimo, iż twierdzi, że w ramach przyjętego mechanizmu to na Wykonawcę Zamawiający przerzucił całość ryzyka zmiany cen materiałów mniejszego niż 6% minimalnego poziomu wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS oraz całość ryzyka zmiany cen materiałów przekraczającego 8% maksymalnego wynagrodzenia, nie wykazał że sytuacja tak ma miejsce. Pominął przy tym okoliczność, że - jak już wyżej wskazano - określenie progów stosowania regulacji przepis ten pozostawia decyzji Zamawiającego. W tym przypadku został on określony odpowiednio na poziomie 6 i 8% i w tym zakresie nie narusza wskazanych przepisów ustawy. Poza wskazanymi twierdzeniami Odwołujący nie przedstawił bowiem jakichkolwiek wyliczeń, z których wynikałoby, że przyjęcie wskaźników na przyjętym w Projekcie umowy poziomie powoduje, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest pozorna i realnie przerzuca niemalże cale ryzyko wzrostu cen towarów i materiałów na Wykonawcę. Co więcej Odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, dlaczego przyjęcie maksymalnej kwoty zmiany wynagrodzenia na poziomie 20-15%, a więc takiej, jaką zaproponował we wniesionych wnioskach, spowodowałoby przywrócenie chociażby relatywnej równowagi rozdziału ryzyk pomiędzy stronami umowy. To jedynie Zamawiający przedłożył przygotowane wyliczenia (Prognoza inflacji zgodnie ze średnioroczną inflacją z roku 2022 – tj. 14,4%) na podstawie aktualnych danych o cenach z Sektora III, z którego wprost wynika, że przy utrzymaniu się obecnych prognoz inflacji, wartość waloryzacji według zasad określonych w umowie nie przekroczy wartości 8% wynagrodzenia. Wobec tego brak jest podstaw, dla których wskaźnik ten miałby być wprowadzony na poziomie zaproponowanym przez Odwołującego.

Odnosząc się do współczynnika rozkładu ryzyka, którego poziom jest także kwestionowany, stwierdzić należy, że brak tego współczynnika – jak wyjaśnił Zamawiający –oznaczałby, że przy spełnieniu warunku uprawniającego do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia, skutki finansowe niekorzystnej dla siebie zmiany w 100% ponosiłaby w określonych sytuacjach wyłącznie jedna strona umowy (Zamawiający, przy istotnym wzroście cen i analogicznie Wykonawca - przy ich spadku ponad wyznaczony przedział wahań). Tymczasem – jak wynika z informacji zawartych na stronach ogólnie dostępnych a zawierających rekomendacje dotyczące klauzul waloryzacyjnych, np. - coraz częściej wskazuje się na uwzględnianie właśnie w klauzulach waloryzacyjnych tzw. współczynnika rozkładu ryzyka, w wyniku którego ryzyko niemożliwego do przewidzenia wzrostu kosztów niezbędnych do wykonania umowy, będzie równomierne rozłożone na obie stron.

Reasumując stwierdzić należy, że zawarta w Projekcie umowy klauzula waloryzacyjna jest zgodna z treścią art. 439 ustawy Pzp i zawiera wszystkie elementy, których przepis ten wymaga do zawarcia w umowie. Tym samym nie narusza wskazanych przepisów ustawy Pzp i k.c.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w:

• pkt 1.2.2.1 i pkt 1.2.2.2.2. lit. SWZ oraz

• w sekcji III pkt 1.3. lit A ppkt 1.1. i 1.2 ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wykraczający poza umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie mającego wpływu na realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. przez wymaganie, aby wykonawcy dysponowali doświadczeniem w zakresie:

• obsługi obszaru zamieszkałego 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,

• 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),

(zarzut nr 5 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)

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 Projekt umowy dla sektora I-IV).
Odwołujący zakwestionował warunek opisany w punkcie 1.2.2.1. i 1.2.2.2. w odniesieniu do wszystkich Sektorów, wskazując m.in., że Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, że jego spełnienie będzie możliwe jedynie przez nieliczne podmioty działające na rynku. Wymagana ilość odpadów oraz wymóg 100 000 mieszkańców zostały ustalone na tak wysokim poziomie, że nie będzie ich w stanie spełnić większość wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz Zamawiającego. W szczególności warunku tego nie spełni Odwołujący. Ustalone przez Zamawiającego warunki udziału wykluczają z postępowania większość z działających na rynku wykonawców i to takich, którzy przez wiele lat usługę stanowiącą przedmiot zamówienia na rzecz Zamawiającego świadczyli w sposób należyty.
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*".

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. *„Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*
1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów" (art. 17 ust. 1 ustawy Pzp) a ponadto *„przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (…)
3) proporcjonalny". (art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp)

Warunki udziału w postępowaniu, a więc odnoszące się do zdolności technicznej i zawodowej mają służyć ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Art. 116 ust. 1 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *„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."
Oznacza to, że Zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę oczekiwany poziom jakości przyszłego zamówienia, co jest zgodne z zasadą proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu. Nie chodzi przy tym tylko i wyłącznie o zweryfikowanie zdolności do wykonania podobnych zamówień, ale i o zdolność wykonania zamówienia na podobnym do oczekiwanego przez Zamawiającego poziomie jakości.
W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł o modyfikację warunku poprzez obniżenie liczby mieszkańców danej gminy, w której realizacją zamówienia miał legitymować się wykonawca do 50 000 oraz odpowiednio obniżenie ilości odpadów do konkretnego sektora. Nie przedstawił przy tym żadnych argumentów uzasadniających dokonanie proponowanej modyfikacji. Wskazał jedynie, że tak postawiony warunek faworyzuje wykonawców obecnie realizujących zamówienie i to na rzecz tego Zamawiającego, podkreślając że to tylko ci wykonawcy mogą spełnić tak wyśrubowane warunki zmówienia. Przedłożył zestawienie postępowań na usługi odbioru odpadów komunalnych organizowanych przez 37 miast zamieszkiwanych przez co najmniej 100 000 mieszkańców wraz z odnośnikami do dokumentów zamówienia sporządzonych w ww. postępowaniach. Istotnie w części z tych postępowań usługa odbioru odpadów komunalnych nie była połączona z usługą ich zagospodarowania bądź też różniła się co do jej zakresu z zakresem objętym przedmiotem tego zamówienia. Każde z miast przyjąć bowiem może inne rozwiązania dotyczące zakresu jaki tego rodzaju usługa ma obejmować. Stąd też doświadczenie wykonawcy może być nieporównywalne. Co więcej w części z miast usługa była podzielona na sektory, które nie były zamieszkiwane przez „co najmniej 100 000 mieszkańców". Tymczasem wymóg odnoszący się do liczby mieszkańców zamieszkujących na referencyjnym obszarze, tj. 100 000 - jak wyjaśnił Zamawiający - wynika ze specyfiki zaludnienia w Polsce. Miast takich, tj. powyżej liczby mieszkańców przekraczającej 100 000 jest 37 a Gmina Wrocław jest trzecim pod względem liczby ludności miastem w Polsce (po Warszawie i Krakowie) i liczy 674 079 mieszkańców (na dzień 31.12.2022 r.). A to właśnie liczba mieszkańców wpływa na specyfikę obsługi danego obszaru z uwagi na charakter zabudowy, ilość ulic, poszczególnych miejsc gromadzenia odpadów. Stąd też wprowadzony przez Zamawiającego podział Gminy na 4 sektory. Zatem postawiony w ramach warunku wymóg obsługi obszaru zamieszkanego przez 100 000 mieszkańców, jest wymogiem minimalnym, biorąc pod uwagę ilość mieszkańców Gminy Wrocław. Obniżenie tego progu do wartości 50 000 mieszkańców, a więc takiej liczby jak oczekuje Odwołujący, spowodowałoby, że warunek ten stałby się w istocie nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, bowiem dotyczyłby obsługi gminy o znacznie mniejszej gęstości zaludnienia, a co za tym idzie z inną specyfiką związaną z odbiorem odpadów od mieszkańców.
Odnosząc się do kwestii ilości odebranych odpadów jakim ma legitymować się wykonawca w ramach poszczególnych sektorów stwierdzić należy, że kwestia ta - jak wyjaśnił Zamawiający - została dostosowana do ilości odpadów odbieranych w latach poprzednich, a to z kolei ma świadczyć o potencjale Wykonawcy do odbioru i zagospodarowania takiej ilości odpadów. Odwołujący poza wskazaniem, że przywołana ilość odpadów została ustalona na tak wysokim poziomie, że nie będzie ich w stanie spełnić większość wykonawców, w tym i Odwołujący, nie podał żadnych argumentów, które uzasadniałyby zmianę warunku w tym zakresie. Nie wykazał także, że postawione przez Zamawiającego wymagania są oderwane od celu tego postępowania i nie pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.
Kolejną podnoszoną kwestią była kwestia tego, że część miast powyżej 100 000 obsługiwana była przez podmioty, które nie mogą się legitymować takim doświadczeniem jak wymagane jest w tym postępowaniu, chociażby dlatego, że były to np. spółki komunalne, które co do zasady nie mogą prowadzić działalności gospodarczej poza zadaniami kontrolujących je jednostek w sferze użyteczności publicznej i w związku z tym potencjalnie nie mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to jednak, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zasada ta sprowadza się bowiem do konieczności identycznego traktowania wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. A powołane przykłady odnoszą się do sytuacji o odmiennych zakresach. Przywołane postępowania różnią się bowiem zakresem usługi, liczbą mieszkańców zamieszkałych na obsługiwanym terenie, a wiec jego specyfiką, jak również ilością odebranych tam odpadów. Nie oznacza to jednak, że doszło do naruszenia konkurencji. Prawem Zamawiającego jest bowiem takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania Zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w jak najszerszym zakresie, przy czym tak aby mógł uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.
Zarzut naruszenia art. 99 ust 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353[1] k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który nie uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, a nadto w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. przez wskazanie w Rozdział XIII, pkt. 1, ppkt.3 Szczegółowych Warunków Umowy obowiązku transportu do bazy magazynowo -transportowej Wykonawcy w celu zważenia na legalizowanej wadze

samochodowej wszystkich odebranych odpadów, co znacząco ogranicza konkurencję oraz doprowadza do zawyżenia ofert cenowych przedstawianych przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu (zarzut nr 7 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści SWU, Rozdział XIII „Transport, magazynowanie i zagospodarowanie odpadów", pkt 1, ppkt 3 podał: „*w zakresie transportu odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do: (…) 3) transportu do bazy magazynowo -transportowej Wykonawcy w celu zważenia na legalizowanej wadze samochodowej wszystkich odebranych odpadów*". (identyczną treść zawiera SWU dla Sektora I-IV).

Odwołujący zakwestionował powyższy wymóg, podnosząc m.in., że powyższe postanowienie narzuca na wykonawcę nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia obowiązek rozładunku odpadów na bazie magazynowo - transportowej wykonawcy, co w znacząco ogranicza konkurencję oraz doprowadza do zawyżenia ofert cenowych przedstawianych przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu a ewentualna baza podwykonawcy może znajdować się znacznie bliżej niż baza magazynowo - transportowa wykonawcy, w związku z czym wykonawca jest w stanie znacząco ograniczyć koszty logistyki związane z transportem odpadów, lub utrzymaniem dodatkowych systemów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W art. 99 ustawy Pzp opisane są podstawowe zasady jakimi powinien kierować się Zamawiający, opisując przedmiotu zamówienia. Przepis ten stanowi, że:

„1. *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.*

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.".

Oznacza to, że Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem i pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Wymogi postawione przez Zamawiającego muszą być przy tym związane z przedmiotem zamówienia. Takim właśnie wymogiem, który jest kwestionowany, jest wymóg dotyczący „*obowiązku transportu do bazy magazynowo -transportowej Wykonawcy w celu zważenia na legalizowanej wadze samochodowej wszystkich odebranych odpadów*". Wymóg ten – na co wskazał Zamawiający – związany jest z warunkiem udziału w postępowaniu. Zamawiający - jak wynika z SWZ, Rozdział IV „Warunki udziału w postępowaniu", pkt 1.2.3.1. – podał, że „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 1.1. nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w rozdz. V; (…) 1.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (…) Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej: (…) 1.2.3.1. bazą magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i jest wyposażona i usytuowana zgodnie z tym rozporządzeniem w miejscu właściwym dla odbierania odpadów z terenu gminy Wrocław*".

Z powyższego więc wynika, że Zamawiający przypisuje bazie magazynowo -transportowej duże znaczenie – jak wyjaśnił - w zakresie kontroli ilości odbieranych, zbieranych i transportowanych odpadów, co z kolei wiąże się z kontrolą parametru kluczowego dla ustalenia wysokości wypłacanego Wykonawcy wynagrodzenia. Zamawiający wymaga bowiem, aby na bazie magazynowo - transportowej Wykonawcy znajdowała się w szczególności własna waga Wykonawcy oraz monitoring, spełniający wymagania określone w SWU. Powyższe ma na celu efektywną kontrolę nad wykonywaniem zamówienia. Zamawiający w SWZ, Rozdział VII „Informacja dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp oraz zamierzających powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom", pkt 1 podał także, że „*Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 1.2.2., 1.2.3. i 1.2.4. rozdz. IV, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych*". Zamawiający dopuszcza więc wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową innego podmiotu, o ile nastąpi to zgodnie z postanowieniami SWZ. Tym samym Wykonawca ma prawo, korzystając z zasobów innego podmiotu, zapewnić sobie odpowiednią do swoich potrzeb

logistycznych bazę magazynowo - transportową, o ile uczyni to spełniając jednocześnie warunki udziału w postępowaniu. Postanowienia SWZ nie wykluczają bowiem korzystania z bazy magazynowo - transportowej innego podmiotu, niemniej jednak włączenie tego zasobu do realizacji zamówienia musi nastąpić zgodnie z postanowieniami SWZ, których Odwołujący nie zakwestionował. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

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: ……..…...

……..

……..