

Sygn. akt: KIO 3333/22, KIO 3340/22

WYROK

z dnia 30 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Przemysław Dzierzędzki
Członkowie:	Marek Bienias
	Anna Chudzik
Protokolant:	Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu**

w postępowaniach prowadzonych przez **Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław** na:

- a) odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna. Numer referencyjny: 9/2022 (sygn. akt KIO 3333/22),
- b) odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole. Numer referencyjny: 10/2022 (sygn. akt KIO 3340/22)

przy udziale wykonawcy **ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. w Rusku**, zgłaszającego przystąpienie po postępowaniach odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 3333/22, KIO 3340/22 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Chemeko - System sp. z o. o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie po postępowaniach odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 3333/22, KIO 3340/22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołania w zakresie zarzutów nr 5 odwołań,

2. **umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1A, nr 1B, nr 1C, nr 3, nr 1D (w części dotyczącej obowiązku ważenia przez wykonawcę odpadów), nr 6 (w części dotyczącej terminu realizacji zamówień) odwołań,**
3. **odrzuca odwołania w pozostałym zakresie,**
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3333/22 obciąża **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** na rzecz **Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3340/22 obciąża **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 5.2. zasądza od **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu** na rzecz **Ekosystem sp. z o.o. we Wrocławiu, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Ekosystem sp. z o.o. We Wrocławiu, działająca w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, których przedmiotem jest:

- a) odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna. Numer referencyjny: 9/2022, ogłoszenie o zamówieniu z dnia 6 września 2022 r. nr 2022/S 171-484737 (sygn. akt KIO 3333/22),
- b) odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora IV – Psie Pole. Numer referencyjny: 10/2022; ogłoszenie o zamówieniu z dnia 6 września 2022 r. nr 2022/S 171-484741 (sygn. akt KIO 3340/22).

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniach w dniu 12 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołania wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 135 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez pozorne udzielenie odpowiedzi na skierowane do Zamawiającego pytanie:
 - a) nr 75 (KIO 3333/22) / nr 77 (KIO 3340/22) dotyczące udzielenia informacji i wskazania co Zamawiający rozumie przez nieruchomości o charakterze jednorodnym a co przez nieruchomości wielolokalowe (treści odpowiedzi na pytania opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 2.12.2022 r.) co doprowadziło do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności postanowień SWU rozdział II. pkt 2 ppkt 11 „Wyposażenie nieruchomości obsługiwanych w pojemniki i worki przeznaczone do zbiórki odpadów komunalnych”, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę realizacji przedmiotu zamówienia. (Tym bardziej, że pojęcia używane przez Zamawiającego nie są używane na gruncie ustawy ucp);

- b) nr 189 i nr 229 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 190 i nr 230 (KIO 3340/22) dotyczące procedury reklamacyjnej, w tym naliczania kar (treści odpowiedzi na pytania opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 2.12.2022 r.), co doprowadziło do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności postanowień § 14 pkt 6 i § 15 pkt 3 ppkt 2, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę realizacji przedmiotu zamówienia;
- c) nr 70 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 72 (sygn. akt KIO 3340/22) dotyczące wyposażania nieruchomości w pojemniki przy uwzględnieniu informacji przekazywanych przez Zamawiającego (treści odpowiedzi na pytania opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 2.12.2022 r.), co doprowadziło do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności postanowień SWU rozdział II pkt 1 ppkt 2, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę realizacji przedmiotu zamówienia;
- d) nr 101 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 103 (sygn. akt KIO 3340/22) dotyczące obowiązków kontrolnych wykonawcy w zakresie zgodności selektywnej zbiórki z regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu (treści odpowiedzi na pytania opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 2.12.2022 r.), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, bowiem zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 ppkt 4 SWU Zamawiający wymaga, aby usługa była realizowana zgodnie z Uchwałą nr XXV/672/20 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 23 lipca 2020 r. Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia (dalej: „Regulamin”), a w odpowiedzi na pytanie opublikowanej w dniu 2.12.2022 r. Zamawiający wskazuje na sprzeczne z regulacją zawartą w Regulaminie wykonanie przedmiotu zamówienia co czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznaczny i niedookreślony, powodując tym samym brak możliwości prawidłowego szacowania ceny oferty;
- 2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 5 k.c. poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane, że zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że waloryzacja wynagrodzenia umownego zgodnie z postanowieniami § 18 ust. 4 lit. e

Postanowień Umowy możliwa jest po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy, podczas gdy tempo wzrostu cen materiałów, energii i usług w związku z wysoką inflacją jest tak duże, że waloryzacja wynagrodzenia powinna być przeprowadzana minimum po upływie 3 miesięcy i kolejna po następnych 3 m-cach. Jednocześnie Zamawiający wprowadził 8 % limit kwoty o jaką można dokonać waloryzacji. Mając na uwadze aktualną sytuację gospodarczą, tak ustalony limit oraz częstotliwość waloryzacji nie zapewnia realizacji celu jaki ma spełniać prawidłowo ustalona klauzula waloryzacyjna. Zamawiający dokonał zmiany warunków waloryzacji wynagrodzenia umownego określonych w § 18 ust. 4 lit. e Postanowień Umowy w sposób jaki nakazała mu wyrokiem z dnia 10.10.2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza. Wyrok Izby zapadł w odmiennym niż obecny staniem faktycznym ponieważ, Zamawiający w wyniku innych zmian SWZ dokonanych w dniu 2.12.2022 r. wydłużył czas trwania umowy – z 12 m-cy na max 18 miesięcy, dokonał zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co do sposobu jego realizacji oraz na nowo określił wielkość zamówienia. Z tych przyczyn tak skonstruowana klauzula waloryzacyjna nie pasuje już do przedmiotu zamówienia i zasad jego prawidłowej realizacji oraz jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego i wynika z wykorzystania przez Zamawiającego pozycji dominującej względem wykonawców;

- 3) art. 99 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w kontekście odpowiedzi na pyt nr 133 (KIO 3333/22) / nr 135 (KIO 3340/22) i nr 59 (KIO 3333/22) / nr 61 (KIO 3340/22) opublikowane w dniu 2.12.2022 r., poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w Rozdziale X SWU „Wymogi w zakresie sprzętu oraz zasobu ludzkiego” w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, poprzez ustalenie nowej treści SZW, że zgodnie z postanowieniami SWZ Wykonawca powinien dysponować łącznie 4 pojazdami wskazanymi w:

a) SWU rozdz. X ust. 1 pkt 15) - powyżej 12 Mg do opróżniania pojemników od 80-1100 l z zamontowanym HDS,

b) SWZ w rozdz. IV ust. 1 pkt. 1.2.3.2 ppkt 3) – samochód ciężarowy przystosowany do opróżniania pojemników, załadunku i transportu odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS), spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki

Podczas gdy, do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wystarczy jeden pojazd, spośród powyżej wskazanych, a maksymalnie dla zapewnienia bezpieczeństwa realizacji usługi - 2 pojazdy z HDS.

- 4) art. 436 pkt 1 ustawy Pzp i art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. poprzez określenie na nowo terminu realizacji usługi w dniu 2.12.2022 r. poprzez zmianę SWZ w Rozdziale III pkt 4 SWU oraz w § 4 ust. 1 i ust. 3 projektu umowy, z pominięciem uwzględnienia niezbędnego czasu związanego z koniecznością przedsięwzięcia czynności przygotowawczych, poprzedzających rozpoczęcie usług odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Sektora, w sposób nieproporcjonalnie krótki. Skoro Zamawiający określił, że pojazd „presko” ma być używany od 1 dnia świadczenia usługi (Rozdział X pkt 1 ppkt 8 SWU - KIO 3333/22) / (Rozdział IX pkt 1 ppkt 8 SWU – - KIO 3340/22) oraz ma obsługiwać do 150 pojemników (Rozdział II pkt 13 SWU), to konieczne jest także, aby Wykonawca od 1 dnia świadczenia usługi posiadał także specjalistyczną myjkę do pojemników obsługiwanych pojazdem „presko” (instrukcja obsługi myjki opublikowana przez Zamawiającego w dniu 2.12.2022 r.). Tymczasem czas niezbędny na zakup myjki i pojazdu presko to ok. 4 miesiące od daty zamówienia tych przedmiotów. Tego rodzaju pojazd i myjka nie jest wymagany nigdzie w Polsce, dlatego żaden wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu nie dysponuje nim w chwili obecnej. Koszt zakupu pojazdu i myjki jest wysoki, dlatego jego poniesienie jest uzasadnione tylko w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Z tych przyczyn skoro od czasu zamówienia pojazdu do jego realnego odbioru wg aktualnych informacji upłynąć mają 4. miesiące, a zgodnie z postanowieniami zmienionego w dniu 2.12.2022 r. SWU wykonawca ma rozpocząć usługę w ciągu 1 miesiąca od zawarcia umowy, to obiektywnie nie jest możliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy, zrealizowanie umowy od 1 dnia jej trwania za pomocą wymaganego pojazdu typu „presko” i myjki do czyszczenia pojemników. Z tych przyczyn Zamawiający musi urealnić czas trwania umowy do ustalonych przez siebie warunków zamówienia. Dlatego zmieniony termin realizacji umowy został ustalony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz jest sprzeczny z właściwością stosunku prawnego i narusza kontraktową równowagę stron, w szczególności poprzez zaniechanie wyznaczenia realnego, minimalnego okresu pomiędzy podpisaniem umowy, a rozpoczęciem świadczenia usługi, co utrudnia rzetelną kalkulację oferty, stwarza ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, uprzywilejowuje wykonawców obecnie realizujących usługę na rzecz Zamawiającego;
- 5) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów dla poszczególnych frakcji, w taki sposób, że Zamawiający zwiększył udział każdej z tych

frakcji odpadów w całym strumieniu odpadów zgodnie z wprowadzoną w dniu 2.12.2022 r. zmianą załącznika nr III „zestawienie kosztów zadania”. Wskazana zmiana doprowadziła do konieczności zawyżenia cen ofertowych w sytuacji gdy istniejące tendencje na rynku wskazują, że ilość odpadów maleje i nie jest konieczne sztuczne pompowanie cen ofertowych. Powyższe jest wynikiem kryzysu ekonomicznego, powszechnym trendem do oszczędzania co przekłada się na mniejszą „produkcję” odpadów. W konsekwencji zmiana wprowadzona w zakresie OPZ narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w istocie doprowadzając do sytuacji składania oferty na zawyżone ilości odpadów, co przekłada się na konieczność sztucznego zawyżenia ceny oferty i wliczenia wyższych kwot wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp. Gdy tymczasem z danych historycznych oraz z obecnych trendów na rynku odpadów wynika, że w najbliższych latach nastąpił będzie spadek ilości odpadów;

- 6) art. 436 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z 433 pkt 4 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy pzp w zw. z art. 351¹ kc w zw z art. 431 kc w zw. z art. 58 ust. 1 i ust. 2 kc poprzez naruszenie prawidłowego, jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i wskazanie w § 4 ust. 1 projektu umowy terminu świadczenia usług: „nie wcześniej niż 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy i nie później niż 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy”, co powoduje niemożliwość w ustaleniu konkretnego czasu w jakim Wykonawca ma realizować usługę i co przekłada się na uniemożliwienie Wykonawcy prawidłowej kalkulacji ceny oferty. Dodatkowo Zamawiający w § 4 ust. 9 projektu umowy wprowadza nową regulację, zgodnie z którą: „Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi odbioru odpadów przed upływem 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz zakończenia realizacji umowy przed upływem 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy” powodując, że Wykonawcy nie mają pewności, że nawet w zagwarantowanym 30% zakresie świadczenia usługi (§11 ust. 11 projekt umowy) usługa zostanie im zlecona. Powyższe skutkuje powstaniem braku jednoznacznego określenia w projekcie umowy i SWZ wartości i wielkości świadczenia stron i doprowadza do sytuacji jego ukształtowania na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, w szczególności polegającą na dokonaniu:

1. nakazania Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytanie oznaczone nr 75 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 77 (sygn. akt KIO 3340/22) w taki sposób aby Zamawiający sprecyzował w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i pozwalający na konkretne ustalenie co Zamawiający rozumie jako „nieruchomość jednorodzinną” a co rozumie jako „nieruchomość wielolokalową oraz na podstawie art. 135 ust. 3 ustawy pzp przedłużenie terminu na składanie ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert tj. o 14 dni;
2. nakazania Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytanie oznaczone nr 189 i nr 229 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 190 i nr 230 (sygn. akt KIO 3340/22) w taki sposób, aby Zamawiający sprecyzował w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i pozwalający na konkretne ustalenie w jakim terminie Zamawiający będzie przysyłał wykonawcy sporządzony protokół? W jakim terminie Wykonawca będzie mógł się do niego odnieść?, ustalił jednolitą, konkretną i wyczerpującą procedurę reklamacyjną oraz na podstawie art. 135 ust. 3 ustawy Pzp przedłużenie terminu na składanie ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert tj. o 14 dni;
3. nakazania Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytanie oznaczone nr 70 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 72 (sygn. akt KIO 3340/22) w taki sposób, aby Zamawiający sprecyzował w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i pozwalający na konkretne ustalenie co na czym ma polegać „uwzględnianie” informacji przekazywanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości odbioru? Kto ostatecznie decyduje o ilości, rodzaju i częstotliwości opróżniania pojemników w stosunku do nieruchomości zamieszkałych a kto w stosunku do nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych? Zamawiający czy Wykonawca? oraz na podstawie art. 135 ust. 3 ustawy pzp przedłużenie terminu na składanie ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert tj. o 14 dni;
4. nakazania udzielenia odpowiedzi na pytanie oznaczone nr 101 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 103 (sygn. akt KIO 3340/22) w taki sposób, aby nie była ona sprzeczna z postanowieniami SWZ, tj. w taki sposób, aby ich treść nie była wewnętrznie sprzeczna, tj. aby treść postanowień SWZ była zgodna z Regulaminem utrzymania czystości porządku na terenie Gminy Wrocław poprzez wskazanie, iż zlecenia, które wykonawca będzie otrzymywał od Zamawiającego w zakresie wyposażenia właścicieli nieruchomości niezamieszkałych w pojemniki (w zakresie ilości, pojemności i częstotliwości odbioru dla każdej frakcji) będą zgodne z regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu tj. wykonawca nie będzie otrzymywał do realizacji zleceń, które są niezgodne

z § 5 ust. 3 regulaminu wraz z załączeniem wykazu nieruchomości niezamieszkałych wskazującym zgodnie z § 5 ust. 3 regulaminu ilość, pojemność oraz częstotliwość opróżniania pojemników. Załączony wykaz do SWZ jest niezgodny z prawem miejscowym. Selektywna zbiórka odpadów jest obowiązkiem każdego właściciela nieruchomości, a zgodnie z regulaminem niespełnienie § 5 ust. 3 regulaminu jest kwalifikowane jako niedopełnienie selektywnej zbiórki przez właściciela nieruchomości. W przypadku otrzymania zlecenia niezgodnego z Regulaminem Wykonawca może odmówić wykonania zlecenia bez konsekwencji, oraz na podstawie art. 135 ust. 3 ustawy pzp przedłużenie terminu na składanie ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert – tj. o 14 dni;

5. zmiany postanowień § 18 ust. 4 lit e w taki sposób, aby możliwe było dokonanie waloryzacji wynagrodzenia po upływie 3 miesięcy od daty złożenia oferty wg wskaźnika uprawniającego do dokonania zmiany wynagrodzenia , tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS liczonego odpowiednio do tych okresów oraz podwyższenia maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji do wysokości +/- 20 % wynagrodzenia umownego brutto,
6. nakazania Zamawiającemu zmiany postanowień SWU rozdział X pkt 1 ppkt 15 (sygn. akt KIO 3333/22) / rozdział IX pkt 1 ppkt 15 (sygn. akt KIO 3340/22) w taki sposób aby Zamawiający wymagał dysponowania przez Wykonawcę łącznie 2 pojazdami z zamontowanym HDS łącznie z pojazdami wskazanymi na spełnienie warunku) oraz nakazanie Zamawiającemu wskazania w Załączniku do SWU, tych pojemników, które mają być odbierane za pomocą pojazdów z HDS , (na marginesie przypominał, że w poprzednim postępowaniu w 2022 r., Zamawiający dokonał modyfikacji zgodnie z żądaniem z odwołania Odwołującego Eneris i wykreślił z warunków udziału w Postępowaniu pojazd z HDS co w związku z utrzymaniem zakresu przedmiotu zamówienia na podobnym poziomie, wskazuje, że być może Zamawiający omyłkowo podał konieczność dysponowania jednocześnie łącznie aż 4 pojazdami z HDS),
7. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień § 4 ust. 3 Projektu Umowy w taki sposób aby uzyskał brzmienie:

„3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. X pkt 2, rozdz. XII pkt 2, rozdz. XV świadczony będzie nie wcześniej niż 14 dni po uzyskaniu przez Wykonawcę pojazdu typu presko i myjki specjalistycznej i nie później niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów rozpocznie się nie wcześniej niż 14 dni po odebraniu przez Wykonawcę sprzętu

niezbędnego do przystąpienia do realizacji wykonania przedmiotu zamówienia pojazdu typu „presko” oraz specjalistycznej myjki.”

8. nakazanie zamawiającemu obniżenia ilości odpadów wskazanych w załącznikach nr III „zestawienie kosztów zadania” w taki sposób aby frakcje uległy zmniejszeniu o:

Frakcja	Procentowy poziom obniżenia
zmieszane (niesegregowanych) odpadów komunalnych	- 10 %
odpadów z papieru i tektury	- 20%
odpadów ze szkła	- 10 %
metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych	- 20%
bioodpadów	-5%
odpadów wielkogabarytowych	-30%
przeterminowanych leków	-5%

9. Nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego określenia okresu świadczenia usług z uwzględnieniem realnego czasu na jej wykonanie i przy uwzględnieniu okoliczności, które mogą utrudnić przeprowadzenie prawidłowego oszacowania ceny oferty tj. w terminie od 1.07.2023 r. do 31.12.2024 r. oraz nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia postanowień § 4 ust. 9 projektu umowy w taki sposób, aby nie mogły być użyte jako podstawa do „obejścia” zobowiązania do zlecenia prac o wartości minimum 30% wartości umowy.

W uzasadnieniu zarzutu 1A odwołań odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 75 (sygn. akt KIO 3333/22) /pytanie nr 77 (sygn. akt KIO 3340/22):

Pytanie: Dot. SWU rozdział II. Zgodnie z pkt 2 ppkt 11 Wykonawca zobowiązany jest do sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi w większej liczbie za zgodą Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Wykonawca jednorazowo ma przekazać właścicielowi nieruchomości o charakterze jednorodzinym maksymalnie 50 sztuk worków, a właścicielowi nieruchomości o charakterze wielolokalowym maksymalnie 1000 sztuk worków.

a) Co oznacza nieruchomość o charakterze jednorodzinym wnosimy o wykaz oraz wyjaśnienie w tym zakresie.

b) Czy nieruchomości wielolokalowe mają mieć odbierane odpady selektywnie zbierane w workach? W dalszej części SWU jest informacja, że takie odpady ten rodzaj nieruchomości może zbierać jedynie w pojemnikach. Prosimy o wyjaśnienie.

c) Wnioskujemy o obniżenie limitu przekazywanych worków i wprowadzenie zasady proporcjonalności ilości wydawanych worków do ilości odbieranych worków, aby uniknąć sytuacji gdy mieszkaniec oddaje tylko 2 worki a przy każdym odbiorze żąda 50 nowych worków. Ilość 50 sztuk dla nieruchomości jednorodzinnych i 1000 sztuk dla nieruchomości wielolokalowej jednorazowo jest ilością rażąco wysoką.

d) Prosimy o wprowadzenie zasady proporcjonalności ilości worków zależnie od wielkości nieruchomości wielorodzinnej. Duża spółdzielnia mieszkaniowa ma inne zapotrzebowanie niż mała wspólnota.

e) Prosimy o wyjaśnienie co oznacza nieruchomość o charakterze wielolokalowym? Od ilu lokali można uznać nieruchomość za wielolokalową? Czy jest to nieruchomość zamieszkała, niezamieszkała czy mieszana?

Odpowiedź nr 75 (sygn. akt KIO 3333/22,), nr 77 (sygn. akt KIO 3340/22)

a) Zamawiający wyjaśnia, że charakterystykę nieruchomości, w tym charakterystykę nieruchomości jednorodzinnej, wielolokalowej, czy o charakterze mieszanym opierał na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w tym w szczególności w zapisach ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2022 r. poz. 89), ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1549), czy aktach prawa miejscowego. I w taki sposób należy w zależności od sytuacji rozumieć te pojęcia. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że wykaz wszystkich lokalizacji przeznaczonych do obsługi wraz z niezbędną charakterystyką znajduje się w załączniku nr 20 (sygn. akt KIO 3333/22) / załączniku nr 19 (sygn. akt KIO 3340/22).

b) Zamawiający informuje, że zgodnie ze SWU, Rozdział II, pkt 6, ppkt 2), lit. d) nieruchomości o charakterze wielolokalowym wyposaża się w pojemniki o pojemności od 0,12 m³ do 0,36 m³ lub w uzasadnionych przypadkach, po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego, pojemniki o pojemności 0,66m³ lub większe lub worki o pojemności 120 l przeznaczone do gromadzenia bioodpadów.

c) Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

d) Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

e) Zamawiający wyjaśnia, że charakterystykę nieruchomości o charakterze wielolokalowym opierał na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, w tym w szczególności w zapisach ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. (Dz.U. z 2021 r., poz. 1048), ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2022 r. poz. 89), ustawy z dnia 13 września 1996 r. o

utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1549), oraz aktach prawa miejscowego. I w taki sposób należy w zależności od sytuacji rozumieć te pojęcia.”

Odwołujący podniósł, że jak wskazano w treści pytania kluczowym dla ustalenia jakie czynności ma wykonać Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia w tym Postępowaniu, jest jednoznaczne ustalenie przez Zamawiającego co na gruncie tego postępowania należy rozumieć jako „nieruchomość wielolokalową” i jako „nieruchomość o charakterze jednorodzinny”. Zdaniem odwołującego, zamawiający przekazał jedynie formalną odpowiedź na to pytanie, bez faktycznego wyjaśnienia kwestii niejasnych, uzupełnienia braków w postaci ustalenia jednoznacznych i konkretnych definicji pojęć „nieruchomości wielolokalowej” i „nieruchomości o charakterze jednorodzinny” co w ocenie Odwołującego powinno być uznane za obchodzenie prawa przez Zamawiającego. Zdaniem odwołującego, Zamawiający nie doprecyzował postanowień SWU w sposób, który można uznać za realne udzielenie odpowiedzi. Zamawiający jedynie odesłał wykonawców w odpowiedzi na pytanie do szeregu aktów prawnych, jednak żaden z nich nie zawiera definicji legalnej pojęć „nieruchomości wielolokalowej” i „nieruchomości jednorodzinnej”. W konsekwencji Odwołujący wskazał, że chociaż Zamawiający formalnie udzielił odpowiedzi na pytanie, to jednak z treści tej odpowiedzi nie można uzyskać informacji, którą w jakikolwiek sposób można by uznać za realną odpowiedź na postawione konkretnie pytanie. Odwołujący podniósł, że konsekwencją braku udzielenia odpowiedzi na to kluczowe pytanie, jest pozostawienie postanowień dokumentacji Postępowania w stanie niejednoznacznego, nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co w zasadzie blokuje możliwość przeprowadzenia prawidłowej kalkulacji ceny oferty. W ocenie Odwołującego, który ma przystąpić do kalkulacji wykonania zamówienia publicznego skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia i uzależnienie określonych konkretnie obowiązków wykonawcy od tego czy wykonywać je będzie w zw. z „nieruchomością wielolokalową” lub „nieruchomością jednorodzinną” nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty, w przypadku braku podania co należy rozumieć jako „nieruchomość wielolokalową” lub „nieruchomość jednorodzinną”. Odwołujący podniósł, że świadczenie usługi w zależności od rodzaju nieruchomości generuje różnego rodzaju obowiązki opisane w SWU, a co za tym idzie koszty (np. Zamawiający rozróżnia nieruchomości w SWU na 3 rodzaje i w zależności od rodzaju wskazuje w jakie pojemniki wykonawca ma wyposażyć dane nieruchomości, różna jest też częstotliwość opróżniania pojemników w zależności od rodzaju nieruchomości a także zasady kontrolowania nieruchomości co do obowiązku selektywnej zbiórki). Zdaniem odwołującego tak ogólna regulacja, co do możliwości zmiany zakresu świadczenia usługi spowoduje, że każdy z Wykonawców chcący wziąć udział w Postępowaniu, podczas kalkulacji ceny oferty przyjmie inne warianty związane z brakiem jednoznacznego OPZ. Powyższe powoduje konieczność wliczenia w cenę oferty ryzyka związanego z utratą rentowności oraz może

doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający otrzyma oferty niemożliwe do porównania każda zostanie opracowana na podstawie osobnych założeń. Jedni wykonawcy założą zwiększenie zakresu przedmiotu o realizację w zw. z obsługą „nieruchomości wielolokalowych” a inni z lub nieruchomościami jednorodzinny.

Odwołujący podniósł, że wyrażony w art. 99 ustawy Pzp obowiązek opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert, wyłącza możliwość pozostawienia tak dużej dowolności w zakresie braku doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia o wskazanie konkretnych definicji „nieruchomość wielolokalowej” i „nieruchomości jednorodzinnej”. Odwołujący podniósł, że nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego ustalenia warunków dokumentacji Postępowania, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Odwołujący podkreślał jednak, że uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Według odwołującego obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe, a skutki niewykonania nie były niewspółmiernie dotkliwe dla wykonawcy. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, tj. w szczególności zasadom uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania, lojalności i zaufania w stosunku do partnera umowy, co ma miejsce w niniejszej sprawie, z tych przyczyn konieczne jest uzupełnienie postanowień SWU w tym zakresie.

W uzasadnieniu zarzutu 1 lit. b odwołań odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 189 oraz nr 229 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 190 i nr 230 (sygn. akt KIO 3340/22):

Pytanie 189 (KIO 3333/22) / nr 190 (sygn. akt KIO 3340/22):

Dot. projektu umowy. § 14. Zgodnie z pkt 6 Z każdej kontroli sporządzony zostanie Protokół kontroli, a w przypadku stwierdzenia uchybień, zostanie on sporządzony wraz ze stosowną dokumentacją fotograficzną. Protokół stanowić będzie podstawę do naliczenia kary umownej. W jakim terminie Zamawiający będzie przysyłał wykonawcy sporządzony protokół? W jakim terminie Wykonawca będzie mógł się do niego odnieść?

Odpowiedź nr 189 (KIO 3333/22) / nr 190 (sygn. akt KIO 3340/22):

Protokół z kontroli będzie przekazywany Wykonawcy niezwłocznie po jego sporządzeniu.

Pytanie nr 229 (KIO 3333/22) / nr 230 (sygn. akt KIO 3340/22):

Dot. projektu umowy. § 15. Zgodnie z pkt 3 ppkt 2 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za nieusunięcie uchybień w terminie dodatkowym wysokość kar umownych wzrośnie dwukrotnie w stosunku do wysokości kar określonych w pkt 1).

a) Prosimy o wyjaśnienie. Powyższy punkt stoi w sprzeczności z pkt 6 niniejszego paragrafu, gdzie Zamawiający uznaje, iż jeśli po wezwaniu Wykonawca usunie uchybienia skutkować to będzie uznaniem przez Zamawiającego, że nie wystąpiły okoliczności będące podstawą naliczenia kary.

b) Wnosimy o ustalenie procedury reklamacyjnej dokładnie precyzującej sposób weryfikacji prac wykonywanych przez wykonawcę z opisem procedury naliczania kar, w tym zastosowania pkt 6.

Odpowiedź nr 229 (KIO 3333/22) / nr 230 (sygn. akt KIO 3340/22):

a) Zamawiający wyjaśnia, że pkt 3, ppkt 2) znajduje zastosowanie w przypadku nieusunięcia uchybień wyszczególnionych w protokołach kar/kontroli a opisanych w pkt 3, ppkt 1).

b) Zamawiający nie przewiduje ustalenia jednolitej procedury reklamacyjnej. Każdy przypadek, do którego zastosowanie mają zapisy § 15 projektu umowy rozpatrywany będzie przez Zamawiającego indywidualnie.

Odwołujący wskazał, że w zadanych pytaniach domagał się od Zamawiającego opisanie jasnej, jednoznacznej i konkretnej procedury reklamacyjnej na wypadek stwierdzenia przez Zamawiającego nieprawidłowości w realizacji przedmiotu zamówienia. Pytający w szczególności prosił o wskazanie prawidłowego procesu reklamacyjnego i odwoławczego w zakresie kar jakie Zamawiający może nałożyć na wykonawcę. Odwołujący argumentował, że mając wieloletnie doświadczenie wie, iż wielokrotnie zdarzało się, że Zamawiający przy nakładaniu kar nie znając stanu faktycznego nakładał je bezpodstawnie, gdyż przewinienie nie leżało po stronie wykonawcy.

Odwołujący argumentował, że w trosce o jasne postanowienia w tym zakresie wnosił o stworzenie jasnych i klarownych reguł dotyczących tego procesu, tak aby i Zamawiający i Wykonawca mogli zabezpieczyć swoje przyszłe interesy, a opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały i możliwy do realizacji. Niestety patrząc na udzielone odpowiedzi Zamawiający nie dąży do stworzenia przejrzystych zasad w zakresie swoich uprawnień do nakładania kar umownych ani przejrzystych zasad co do możliwości odwołania się od nich przez przyszłego wykonawcę. W ocenie odwołującego stworzenie prostych zasad pozwoliłoby na wyeliminowanie tego typu sporów już na etapie realizacji umowy. Brak takich postanowień jest odczuwalny już w aktualnie realizowanym zamówieniu czego dowodem są spory sądowe dotyczące niesłusznie nałożonych kar na wykonawcę (dowody). Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu ustalenia reguł reklamacyjnych które umożliwią wykonawcom oszacowanie ryzyk, prawidłową kalkulację oferty oraz wpłyną na przejrzystość i precyzyjność Zamówienia opisu zamówienia. Według odwołującego obecna regulacja powoduje, że

Wykonawca może zostać obciążony karą umowną za wszelkie zawińienia jakie Zamawiający subiektywnie uzna za słuszne, bez prawa do możliwości weryfikacji zasadności nałożenia kary umownej lub umożliwienia wykonawcy natychmiastowego usunięcia naruszenia.

Według odwołującego, pytania wpłynęły w terminie, który nakłada na Zamawiającego obowiązek rzeczowej odpowiedzi na nie. Obowiązek udzielania wyjaśnień jest niezwykle istotnym elementem prowadzonego postępowania. Zdaniem odwołującego tymczasem Zamawiający przekazał jedynie formalną odpowiedź na to pytanie, bez faktycznego wyjaśnienia kwestii niejasnych, uzupełnienia braków w postaci ustalenia jednoznacznych i konkretnych zasad procedury reklamacyjnej, co w ocenie Odwołującego powinno być uznane za obchodzenie prawa przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że chociaż Zamawiający formalnie udzielił odpowiedzi na pytania, to jednak z treści tej odpowiedzi nie można uzyskać informacji, którą w jakikolwiek sposób można by uznać za realną odpowiedź na postawione konkretnie pytanie. Odwołujący argumentował, że konsekwencją braku udzielenia odpowiedzi na te pytania, jest pozostawienie postanowień dokumentacji postępowania w stanie niejednoznacznego, nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co w zasadzie blokuje możliwość przeprowadzenia ceny ryzyk podczas szacowania ceny oferty.

W ocenie Odwołującego, który ma przystąpić do kalkulacji wykonania zamówienia publicznego skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia i uzależnienie określonych konkretnie obowiązków wykonawcy od tego czy ma on możliwość uniknięcia niesłusznie nałożonej kary umownej czy też nie, nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty. Kary umowne mają wymiar istotny dla Wykonawcy, który aktywnie uczestniczy na rynku zamówień publicznych, bowiem stanowią one podstawę do tego by opisywać w kolejnych, innych postępowaniach tzw. Oświadczenia samooczyszczające. Zatem kwestia braku jednoznacznej i szczegółowej procedury reklamacyjnej ma przełożenie nie tylko na pozycję wykonawcy w tym postępowaniu, ale także na przyszłość. Odwołujący argumentował, że wysokość kar umownych i ich dolegliwość może być różna z uwagi na fakt, że kwestia ta nie jest uregulowana w ramach jednoznacznej procedury reklamacyjnej. W obliczu braku jednoznacznej procedury reklamacyjnej, każdy Wykonawca założy inną rezerwę na pokrycie ewentualnych kar umownych. Z tych przyczyn oferty przygotowane zostaną w oparciu o różne założenia, które Zamawiający bez problemu może ujednocilić poprzez wskazanie jednoznacznej procedury reklamacyjnej. To sprawi, że oferty będą nieporównywalne i w sposób sztuczny, zawyżona zostanie ich cena. Według odwołującego brak procedury reklamacyjnej sztucznie „pompuje” cenę oferty, ponieważ racjonalny wykonawca musi założyć, że nawet gdy Zamawiający niesłusznie nałoży na niego kary umowne, to będzie on zobowiązany do ich zapłaty w postaci pomniejszenia bieżącego wynagrodzenia. Zdaniem odwołującego, brak procedury reklamacyjnej spowoduje, że każdy z Wykonawców chcący

wziąć udział w postępowaniu, podczas kalkulacji ceny oferty przyjmie inne warianty związane z brakiem jednoznacznego opz w tym zakresie. Powyższe powoduje - konieczność wliczenia w cenę oferty ryzyka związanego z utratą rentowności oraz może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający otrzyma oferty niemożliwe do porównania – każda zostanie opracowana na podstawie osobnych założeń.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1C odwołań odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 70 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 72 (sygn. akt KIO 3340/22):

„Pytanie:

Dot. SWU rozdział II. Zgodnie z pkt 1 ppkt 2 Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia informacji przekazanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości ich odbioru. Na czym ma polegać „uwzględnianie” informacji przekazywanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości odbioru? Kto ostatecznie decyduje o ilości, rodzaju i częstotliwości opróżniania pojemników - Zamawiający czy Wykonawca?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że załącznik nr 20 (KIO 3333/22) / załącznik nr 19 (KIO 3340/22) ma charakter poglądowy i odzwierciedla stan faktyczny MGO i pojemników na dzień ogłoszenia postępowania. Jednocześnie Wykonawca zobowiązany jest do wykonania czynności określonych w SWU Rozdział II, pkt 1 w zakresie przeprowadzania konsultacji z właścicielami nieruchomości obsługiwanych”.

Odwołujący podniósł, że w zadanym pytaniu domagał się od Zamawiającego jasnego, jednoznacznego i konkretnego wskazania na czym ma polegać „uwzględnianie” informacji przekazywanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości odbioru? kto ostatecznie decyduje o ilości, rodzaju i częstotliwości opróżniania pojemników - Zamawiający czy Wykonawca? w kontekście postanowień SWU. Zdaniem odwołującego powyższe ma istotne znaczenie ponieważ częstotliwości wskazane w SWU np. z rozdziału III pkt 2 są niezgodne z wskazanymi częstotliwościami odbioru z Uchwały nr XXV/671/20 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 23 lipca 2020 r., a jak sam Zamawiający podał – częstotliwości i inne dane zawarte w załączniku nr 20 (19) mają jedynie charakter poglądowy i zawierają dane historyczne. W takim stanie rzeczy treść odpowiedzi jaką udzielił Zamawiający nie zawiera informacji o jaką wprost zapytał wykonawca, w konsekwencji należy uznać, że w rzeczywistości Zamawiający nie odpowiedział na zadane mu pytanie, czym doprowadził do powstania braku prawidłowego w rozumieniu art. 99 ustawy Pzp opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z udzielonymi odpowiedziami, które w ocenie Odwołującego należy uznać za jedynie formalne złożenie odpowiedzi bez faktycznego udzielenia w tym zakresie informacji Wykonawcy, zdaniem odwołującego zasadny jest wniosek o nakazanie Zamawiającemu prawidłowego wskazania na czym ma polegać „uwzględnianie” informacji przekazywanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości odbioru? Kto ostatecznie decyduje o ilości, rodzaju i częstotliwości opróżniania pojemników - Zamawiający czy Wykonawca? Zdaniem odwołującego, zamawiający przekazał jedynie formalną odpowiedź na to pytanie, bez faktycznego wyjaśnienia kwestii o jakie pytał wprost wykonawca, w postaci ustalenia jednoznacznych i konkretnych zasad dot. określenia na czym ma polegać „uwzględnianie” informacji przekazywanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości odbioru? Kto ostatecznie decyduje o ilości, rodzaju i częstotliwości opróżniania pojemników - Zamawiający czy Wykonawca?

Zdaniem odwołującego, zaniechanie zamawiającego spowoduje brak możliwości porównania ofert, a dodatkowo kolejną konieczność wliczenia w cenę oferty sporej kwoty w celu zabezpieczenia ryzyk niemożliwych do przewidzenia w obliczu braku prawidłowego opisu OPZ, co oczywiście niepotrzebnie i w sposób sztuczny zawyży cenę oferty. Ponadto jak wynika z przywołanej Uchwały nr XXV/671/20 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 23 lipca 2020 r., regulacje zawarte w SWU stoją w sprzeczności z aktualnym stanem prawnym wynikającym z obowiązującej Uchwały. Wykonawca nie ma pewności wobec tego czy tak dokonany OPZ nie stanowi pomyłki ze strony Zamawiającego, tym bardziej, że unika on jasnej i klarownej odpowiedzi na zadane mu pytania, które miałyby wprost uzupełnić braki OPZ. Natomiast treść Uchwał jakie ewentualnie zostaną podjęte w przyszłości należy ocenić jako przyszłe i niepewne zdarzenia i sam Zamawiający nie ma na nie wpływu. Odwołujący wskazywał, że chociaż Zamawiający formalnie udzielił odpowiedzi na pytanie, to jednak z treści tej odpowiedzi nie można uzyskać informacji, którą w jakikolwiek sposób można by uznać za realną odpowiedź na postawione konkretnie pytanie.

W ocenie Odwołującego, który ma przystąpić do kalkulacji wykonania zamówienia publicznego skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia i uzależnienie określonych konkretnie obowiązków wykonawcy od „uwzględnianie” informacji przekazywanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości odbioru bez jednoznacznego wskazania kto ostatecznie decyduje o ilości, rodzaju i częstotliwości opróżniania pojemników - Zamawiający czy Wykonawca? O jakich konsultacjach Zamawiający napisał w odpowiedziach, w jaki sposób te konsultacje mają być procedowane i czy Zamawiający ma je np. zatwierdzić, nie pozwala wykonawcom na prawidłowe skalkulowanie oferty. Powyższe powoduje - konieczność wliczenia w cenę oferty ryzyka związanego z utratą rentowności oraz może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający

otrzyma oferty niemożliwe do porównania – każda zostanie opracowana na podstawie osobnych założeń. Wykonawcy założą odmienne warunki wykonania umowy. Nawet przy założeniu sporego zapasu, w rzeczywistości, Wykonawcy nie będą w stanie prawidłowo skalkulować ceny oferty.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1D odwołań odwołujący podniósł, że wykonawca na podstawie postanowień Rozdziału III pkt 4 ppkt 4 SWU został zobowiązany do przeprowadzania kontroli selektywnej zbiórki pod kątem zgodności z regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu Uchwała NR XXV/672/20 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 23 lipca 2020 r.(dalej „Regulamin”).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 5 Regulaminu: „*odpady komunalne, o których mowa w § 2, nie są zbierane selektywnie, jeżeli:*

- 1) są zbierane z naruszeniem § 3 lub § 4 pkt 2, 3 i 4, lub*
- 2) w pojemnikach lub workach przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów komunalnych, na jakie przeznaczony jest pojemnik lub worek znajduje się więcej niż 30 % zanieczyszczeń, lub*
- 3) obliczony przy uwzględnieniu pojemności worków i pojemników z odbieranymi odpadami komunalnymi udział niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości w łącznej objętości wszystkich odpadów odebranych z nieruchomości przekracza 45 %.”*

Odwołujący wskazał, że tymczasem Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. opublikował odpowiedzi na pytanie nr 101 (sygn. akt KIO 3333/22) / nr 103 (sygn. akt 3340/22) o treści:

Pytanie: Dot. SWU rozdział III. W związku z pkt 4 ppkt 4 określającym obowiązki Wykonawcy związane ze stwierdzeniem że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem.

a) Prosimy o wyjaśnienie, czy w tym zapisie chodzi o niedopełnienie obowiązku selektywnego zbierania przez mieszkańca zgodnie z regulaminem? Wskazujemy, iż w regulaminie znajdują się 3 przesłanki wskazujące na nieselektywne zbieranie odpadów, Zamawiający opisał tylko działania w przypadku 1 z 3 tj. sytuacji, kiedy w pojemniku na selektywną zbiórkę znajdują się inne odpady.

b) Wnosimy o wskazanie działań, jakie wykonawca ma podjąć w sytuacji opisanej w regulaminie w par 5 ust 1 pkt 3 tj. kiedy udział odbieranych odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odbieranych odpadów jest większy niż 45%, w szczególności jeżeli jest to sytuacja wynikająca z dyspozycji Zamawiającego?

c) Czy działania opisane ppkt a-e odnoszą się również do sytuacji, kiedy w pojemnikach na odpady zmieszane znajdują się surowce, które podlegają selektywnej zbiórce?

Odpowiedź:

a) Wykonawca zobowiązany jest do kontroli zawartość pojemników w zakresie warunków uznania, że odpady zbierane są w sposób selektywny zgodnie z zapisami Rozdziału 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia.

b) Zamawiający udziela jedynie dyspozycji w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki o określonej pojemności i ilości. Jeżeli Wykonawca będzie ważył odbierane odpady z każdej pojedynczej nieruchomości i w związku z tym obliczy jak wskazuje udział odbieranych odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odbieranych odpadów i stwierdzi niedopełnienie obowiązku określonego w § 5, pkt 3) wówczas zobowiązany jest postępować zgodnie z Rozdziałem III, pkt 4 SWU.

c) Wykonawca zobowiązany jest do kontroli zawartość pojemników w zakresie warunków uznania, że odpady zbierane są w sposób selektywny na podstawie Rozdziału 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia

Odwołujący podniósł, że odpowiedź Zamawiającego z pkt b jest sprzeczna z literalnym brzmieniem §5 ust 3 Regulaminu, który jasno wskazuje jak oblicza się udział odpadów zmieszanych w łącznej objętości wszystkich odebranych z nieruchomości odpadów i że odnosi się to do pojemności (objętości) pojemników, a nie wagi, jak błędnie wskazuje Zamawiający w odpowiedzi. Poza tym odpowiedź Zamawiającego wprowadza uzależnienie kontroli spełnienia obowiązku selektywnej zbiórki wskazanego w regulaminie od tego, czy wykonawca będzie ważył odpady z każdej odrębnej nieruchomości czy nie (Zamawiający nie wskazał obowiązku odrębnego ważenia odpadów z każdej nieruchomości w SWZ – takie działanie możliwe byłoby tylko w sytuacji, kiedy wszystkie pojazdy wykonawcy wyposażone byłyby w system wagowy pojemników).

Odwołujący argumentował także, że adresatem Regulaminu jest właściciel nieruchomości, a przekroczenie wagi odpadów zmieszanych przez właściciela nieruchomości w stosunku do objętości (w odpowiedzi Zamawiającego są wskazane 2 jednostki miary równocześnie waga odpadów zmieszanych do objętości wszystkich odbieranych odpadów!) nie jest dla właściciela nieruchomości żadną wiążącą podstawą (nie wynika z Regulaminu) aby uznać że nie dopełnił obowiązku w zakresie selektywnej zbiórki. Z tych powodów wprowadzona odpowiedzią na pytanie zmiana SWZ jest sprzeczna z pozostałą regulacją SWZ w tym z Regulaminem, który stanowi komplementarne uzupełnienie OPZ na skutek przywołania go przez Zamawiającego oraz na skutek obowiązku realizacji usługi zgodnie z Regulaminem jako aktem prawa miejscowego.

Zdaniem odwołującego, wykonawca nie może być zobowiązany do postępowania zgodnie z Rozdziałem III pkt 4 SWU i sporządzania protokołu nt nieselektywnej zbiórki i zostawiania ulotki i naklejki powołującej się na niezgodność wynikającą z regulaminu (w załączeniu wzór ulotki i naklejki przygotowanej przez Zamawiającego) a Gmina Wrocław na takiej podstawie nie może wszcząć skutecznego postępowania w stosunku do takiego

właściciela nieruchomości. Zdaniem odwołującego abstrahując od powyższej, błędnej odpowiedzi Zamawiającego wykonawca zadał Zamawiającemu konkretne pytanie na które nie otrzymał odpowiedzi. Pytanie dotyczyło działań, jakie ma podjąć wykonawca w przypadku kiedy wykonawca otrzyma od Zamawiającego niezgodne z regulaminem dyspozycje co do wyposażenia nieruchomości w pojemniki, które nie spełniają wymogów regulaminu w zakresie §5 ust 3. Taka sytuacja dotyczy przede wszystkim nieruchomości niezamieszkałych, które składają deklarację na konkretną ilość pojemników, pojemność pojemników oraz częstotliwość opróżniania, a Zamawiający te dane przekazuje wykonawcy do wdrożenia. Na tej bowiem podstawie obliczyć można, udział odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odpadów odbieranych. Udział ten nie może przekroczyć 45 %. Sytuacja taka jest jak najbardziej realna a skala takiego zjawiska jest znacząca, na co wskazują załączone do SWZ załączniki np. załącznik nr 20 dla sektora III, mające wskazywać, jakie pojemniki wykonawca powinni podstawić dla każdej nieruchomości. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że odpowiedź Zamawiającego będąca elementem opisu przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności z regulacją zawartą w Regulaminie powoduje, że OPZ zawiera postanowienia wewnętrznie sprzeczne.

Według odwołującego, odpowiedź Zamawiającego narusza interes wykonawcy, którego obowiązkiem jest osiągnięcie wynikających z przepisów prawa poziomów recyklingu odpadów. Doprowadza bowiem do sytuacji, w której właściciele nieruchomości niezamieszkałych deklarują w przeważającym udziale zapotrzebowanie na pojemniki na odpady zmieszane i niewielką a czasem nawet symboliczną ilość pojemników na odpady selektywnie zbierane, a Zamawiający tego nie weryfikuje i przesyła wykonawcy do realizacji. Z takiego modelu pojemnikowego wykonawca odbiera w większości odpady zmieszane, z których osiągnięcie poziomów recyklingu jest symboliczne.

Odwołujący podniósł, że w zadanym pytaniu domagał się od Zamawiającego jasnego, jednoznacznego i konkretnego wskazania m.in. działań, jakie wykonawca ma podjąć w sytuacji opisanej w regulaminie w § 5 ust. 1 pkt 3 tj. kiedy udział odbieranych odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odbieranych odpadów jest większy niż 45%, w szczególności jeżeli jest to sytuacja wynikająca z dyspozycji Zamawiającego? w kontekście postanowień SWU. Zdaniem odwołującego powyższe ma istotne znaczenie ponieważ sposób realizacji usługi na warunkach niezgodnych z Regulaminem nie pozwala Wykonawcy na zrealizowanie innych obowiązków umownych np. osiągnięcia poziomu recyklingu, powoduje zawyżenie ceny oferty itp. Według odwołującego analizując treść odpowiedzi na pytanie z lit b należy dojść do wniosku, że w rzeczywistości Zamawiający nie odpowiedział na zadane mu pytanie, czym doprowadził do powstania braku prawidłowego w rozumieniu art. 99 ustawy pzp opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował, że wnosił o wskazanie klarownych reguł dotyczących OPZ, tak aby i Zamawiający i Wykonawca mogli zabezpieczyć swoje przyszłe interesy, a opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały i możliwy do realizacji. Niestety patrząc na udzielone odpowiedzi Zamawiający nie dąży do stworzenia przejrzystych zasad w zakresie swoich uprawnień do jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji zasadny jest wniosek o nakazanie Zamawiającemu prawidłowego wskazania działań, jakie wykonawca ma podjąć w sytuacji opisanej w regulaminie w par 5 ust. 1 pkt 3 tj. kiedy udział odbieranych odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odbieranych odpadów jest większy niż 45%, w szczególności jeżeli jest to sytuacja wynikająca z dyspozycji Zamawiającego?

Zdaniem odwołującego, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący wskazywał, że sprzecznym z Pzp jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Ponadto zasada efektywności wymaga, aby wydatkując środki publiczne, Zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Zasadom tym przeczy sytuacja, w której wykonawcy muszą wycenić w ofercie ryzyka multiplikowane niepotrzebnie przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołań odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. dokonał modyfikacji postanowień § 18 ust. 4 lit. e projektu umowy, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10.10.2022 r. w połączonych do wspólnego rozpoznania ze sprawach o sygn. akt KIO 2439/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22. Odwołujący podniósł, że w tej samej dacie – 2.12.2022 r. Zamawiający dokonał istotnej modyfikacji całego Postępowania. Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego na nowo, w sposób odmienny niż dotychczas, w wielu kwestiach określają przedmiot zamówienia - sposób realizacji Umowy, m. in. wydłużają czas trwania umowy z 12 do 22,5 miesiąca, zmieniają zakres prawa opcji, zmianie uległa ilość odpadów – a zatem wielkość przedmiotu zamówienia itd. Dlatego ustalony przez Izbę w

oparciu o wcześniejszy zakres i czas trwania zamówienia publicznego model i mechanizm waloryzacji stracił aktualność i nie pasuje do na nowo określonego przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający nie zrealizował obowiązku wynikającego z art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w sposób, realnie zapewniający urealnienie wysokości wynagrodzenia w czasie trwania umowy. Jednocześnie mając na uwadze szeroki i istotny zakres zmian dotyczący przedmiotu zamówienia Zamawiający zobowiązany jest do odpowiednio uregulowania klauzuli waloryzacyjnej tak, aby pasowała do prowadzonego przez siebie postępowania.

Odwołujący wskazywał, że przedmiotowa umowa obowiązywać ma dłużej niż 12 miesięcy, wobec powyższego na Zamawiającym spoczywa obowiązek wynikający z art. 439 ustawy Pzp. Klauzule waloryzacyjne muszą każdorazowo być dopasowane do konkretnego przedmiotu zamówienia i jego wielkości oraz czasu realizacji tego zamówienia. Zdaniem odwołującego oczywistym jest bowiem, że klauzula waloryzacyjna stworzona jest po to, aby waloryzowane wynagrodzenie odpowiadało wartości wykonanych usług pomimo upływu czasu od pierwotnie ustalonych w dniu zawarcia umowy stawek jednostkowych. Klauzule waloryzacyjne nie mogą tylko w jakimś stopniu zapewniać równowagi stron umowy. Przewidziane przez Zamawiającego w projekcie umowy postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia uzasadniają wniosek, że Zamawiający bezrefleksyjnie, w oderwaniu od szerokiego zakresu wprowadzonych zmian wykonał wyrok KIO. Według odwołującego, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Według odwołującego, klauzule waloryzacyjne w obecnych czasach destabilizacji rynku, która nastąpiła z uwagi na konflikt zbrojny na Ukrainie oraz wprowadzenie sankcji na Rosję i Białoruś, mają niezwykle istotne znaczenie dla właściwego funkcjonowania rynku zamówień publicznych.

Według odwołującego, zasadnym jest wprowadzenie możliwości zmiany wynagrodzenia po upływie 3 miesięcy od dnia złożenia oferty, a kolejnych zmian co 3 miesiące. Zdaniem odwołującego podkreślenia wymaga aktualna sytuacja gospodarcza i polityczna, która powoduje, że na przestrzeni miesiąca dochodzi do drastycznych zmian cen towarów, usług itp. Ponieważ od dnia złożenia oferty do dnia zawarcia umowy może upłynąć zgodnie z pierwotnie określonym terminem związania ofert 120 dni (ponad kwartał) oraz dodatkowo termin ten może zostać przedłużony w wyniku trwania chociażby procedury odwoławczej, to konieczne jest ustalenie takich zasad, które pozwolą na urealnienie cen na etapie

realizowania umowy. Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości $\pm 8\%$ całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto bez uwzględnienia zmiany czasu trwania umowy w stosunku do pierwotnie określonego. Powyższe powoduje, że zastosowanie kwartalnej waloryzacji pomimo zwiększenia wartości zamówienia, może spowodować w przypadku istotnego wzrostu cen wyczerpanie się limitu i narażenie Wykonawcy na realizację przedmiotu zamówienia bez zysku a nawet może doprowadzić do straty. Mając na uwadze obecną inflację i zmianę cen surowców, energii ustalenie limitu zmiany na poziomie 8% nie daje Wykonawcy możliwości realnego pokrycia wzrostu kosztów realizacji usługi – czemu w istocie służyć ma waloryzacja, ewentualne ustalenie limitu na poziomie 20% stanowi prawidłowe określenie zakresu zmiany wysokości wynagrodzenia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołań odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące pojazdów podstawowych:

„Pytanie

Dot. SWU rozdział X (KIO 3333/22) / rozdział IX (sygn. akt KIO 3340/22). Zgodnie z pkt 1 ppkt 15 Wykonawca na czas realizacji zamówienia we własnym zakresie zapewnia samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych oraz z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS) – minimum 2 sztuki, spełniających europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będących pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym.

a) Czy wymóg opisany w tym pkt 15) posiadania 2 pojazdów - pow 12 Mg do opróżniania pojemników od 80-1100 l z zamontowanym HDS - jest powieleniem warunku udziału w postępowaniu, tj. czy wykonawca ma mieć 2 takie pojazdy łącznie czy 4?

b) Wnosimy o wskazanie, do jakiego rodzaju usług, do obsługi jakich pojemników Zamawiający wymaga pojazdu przystosowanego do obioru pojemników od 80-1100 l, ale z HDS.

c) Do czego ma służyć HDS na tym pojeździe - prosimy wskazać pojemniki, które są przedmiotem zamówienia wraz ze wskazaniem adresu i ich ilości), do których opróżniania na terenie sektora niezbędny jest HDS i 2 pojazdy.

Odpowiedź:

a) Zgodnie z zapisami SWZ Wykonawca powinien dysponować łącznie 4 pojazdami.

b) Zamawiający informuje, że pojemniki przeznaczone do obsługi zostały wskazane w załączniku nr (...) do SWU.

c) Zamawiający informuje, że pojemniki przeznaczone do obsługi zostały wskazane w załączniku nr (...) do SWU.

Pytanie:

SWU rozdz. X (KIO 3333/22) / rozdz. IX (sygn. akt KIO 3340/22) ust. 1 pkt 15) Czy pojazdy wskazane w przedmiotowym punkcie są tożsame z pojazdami wskazanymi w SWZ w rozdz. IV ust. 1 pkt. 1.2.3.2 ppkt 3) – 2 sztuki HDS

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że pojazdy wskazane w SWU Rozdział X (sygn. akt KIO 3333/22) / Rozdział IX (sygn. akt KIO 3340/22), ust. 1, pkt 15) nie są tożsame z pojazdami wskazanymi w SWZ w rozdz. IV ust. 1 pkt. 1.2.3.2 ppkt 3) – 2 sztuki HDS.

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że pierwotna treść SWZ przewidywała łącznie 2 pojazdy, dopiero w odpowiedzi na pytania Zamawiający wskazuje, że Wykonawca winien posiadać łącznie 4 pojazdy. Odwołujący zaznaczał, że Zamawiający żąda aby Wykonawca posiadał 2 samochody typu śmieciarka z zamontowanym HDS czyli hydraulicznym dźwigiem, który służy w tego typu samochodach do obioru pojemników naziemnych lub podziemnych powyżej 1100 l zazwyczaj są to pojemniki od 2000l do 3500l, oprócz tego Zamawiający żąda w warunkach udziału 2 pojazdów ciężarowych przystosowanym do opróżniania pojemników, załadunku i transportu odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS), spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki. Udzielając odpowiedzi na pytanie Zamawiający wskazał, że w rzeczywistości żąda 4 pojazdów z HDS.

Ponadto odwołujący argumentował, że pojazdy te muszą być zgodnie z postanowieniami SWU wpisane na podstawową listę pojazdów czyli zarezerwowane do wykonywania tylko i wyłącznie tej umowy. Zgodnie z właściwym rozdziałem pkt 7 SWU „Wszystkie pojazdy służące do odbioru i transportu odpadów komunalnych określone w ofercie – w załączniku „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych” muszą być wskazane jako pojazdy podstawowe i mogą być wykorzystywane przez Wykonawcę wyłącznie do obsługi Sektora”.

Zdaniem odwołującego, żądania Zamawiającego są w całej istocie wygórowane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Do obsługi wskazanych w załączniku 20 pojemników ze wskazaną częstotliwością wystarczą zwykłe pojazdy typu śmieciarki bez HDS. W załączniku nr 20 znajduje się tylko 1 adres, ul. Zakładowa 2-4, który jest wyposażony w pojemniki podziemne opróżniane przy pomocy pojazdu z HDS. Do obsługi tego miejsca w zupełności wystarczy tylko jeden pojazd do selektywnej zbiórki odpadów z zamontowanym HDS. Samo żądanie dwóch takich pojazdów jest żądaniem nadmiarowym i nieproporcjonalnym do przedmiotu Zamówienia, a co dopiero żądanie 4 pojazdów.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający na podstawie odpowiedzi na zapytania żąda jeszcze dwóch pojazdów typu śmieciarka z zamontowanym HDS. Wobec powyższego Odwołujący uważał, że tak na nowo ustalone warunki zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz rażąco zawyżające koszt wykonania zadania.

Zdaniem odwołującego, Zamawiający poprzez wygórowane żądania podraża zamówienie, a ze względu na wysokie ceny ofert pierwotne postępowanie unieważnił. W konsekwencji wnioszek o nakazanie Zamawiającemu zmiany obowiązku posiadania pojazdów wskazanych w warunku udziału, tj. SWZ rozdział IV Warunki Udziału pkt 1. Ppk 1.2.3 ppkt. 1.2.3.2. 3) samochodem ciężarowym przystosowanym do opróżniania pojemników, załadunku i transportu odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS), spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym – minimum 2 sztuki oraz wykreślenie postanowień SWU właściwego rozdziału, pkt 1 ppkt 15 jest w pełni zasadny. Zgodnie z SWU Wykonawca na czas realizacji zamówienia we własnym zakresie zapewnia realizację usługi samochodem ciężarowym o dopuszczalnej masie całkowitej większej niż 12 Mg, wyposażonym w element prasujący pozwalający zmniejszyć kubaturę przewożonych odpadów, przystosowanym do opróżniania pojemników o pojemności od 80 l do 1100 l i transportu odpadów komunalnych oraz z zamontowanym urządzeniem dźwigowym (HDS)– minimum 2 sztuki, spełniających europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będących pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym. Ten obowiązek nie koresponduje z przedmiotem zamówienia - w ogóle nie znajduje zastosowania, ponieważ Zamawiający nie przewidział pojemników, przy odbiorze których taki pojazd miałby zastosowanie lub o wymaganiu po jednym pojeździe każdego rodzaju tj. 1 pojazd ciężarowy z hds i 1 śmieciarka z HDS. W przepisach pzp (art. 99 ustawy pzp) istnieje wymaganie, aby określone przez Zamawiającego cechy czy też parametry były proporcjonalne do wartości i celów danego zamówienia – tym bardziej ilości pojazdów jakie mają być używane. Odwołującemu wskazywał, że chodzi mu o to, że niewykorzystanie potencjału posiadanych pojazdów to czyste marnotrawstwo, za które finalnie i tak zapłacić będzie musiał Zamawiający, co jest zbyteczne i w żaden sposób nie podniesie jakości realizacji usługi. Odwołujący wskazywał, że po przeanalizowaniu wielkości oraz rodzaju wykonywanych usług wg pojemników jakie mają być obsługiwane za pomocą wymaganych przez Zamawiającego pojazdów, nasuwa się oczywisty wniosek – pojazdy jakich wymaga Zamawiający nie są potrzebne w tak dużej ilości 4 sztuk, wystarczy jeden pojazd by zabezpieczyć prawidłową realizację zadania.

Zdaniem odwołującego, ustanowienie tak wygórowanego stosunku do przedmiotu zamówienia warunku wykonania zamówienia powoduje ograniczenie konkurencji. Ponieważ

nawet największe podmioty działające na rynku w Polsce mogą mieć kłopot ze sprostaniem tego warunku i zablokowaniem tylko na potrzeby realizacji tej umowy 4 pojazdów. Oczywiście koszty utrzymania i zablokowania tych pojazdów wykonawcy będą musieli wliczyć w cenę oferty. Konieczne jest jeszcze przed przystąpieniem do realizacji umowy zakupienie pojazdów – bowiem będą musiały być to pojazdy tylko służące wykonaniu usługi w ramach przedmiotowego zamówienia. Dostępność pojazdów na rynku jest mocno ograniczona z uwagi na przerwanie łańcucha dostaw spowodowanego najpierw epidemią COVID-19, a następnie wojną w Ukrainie. Z tych przyczyn Zamawiający także w ten sposób opisując przedmiot zamówienia w sposób nieusprawiedliwiony, nie wynikający z jego uzasadnionych potrzeb ogranicza konkurencję i utrudnia podmiotom realnie zdolnym do należytej realizacji usługi możliwość skutecznego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołań odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. dokonał modyfikacji postanowień SWZ w taki sposób, że:

ust. 1 w § 4 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„1. Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy z zachowaniem następujących terminów: 1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1)-7) nie wcześniej niż 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy i nie później niż 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy; 2) obowiązki dotyczące zagospodarowania odpadów komunalnych nie później niż 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy; 3) zakończenie okresu sprawozdawczo-rozliczeniowego nie później niż 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy; 4) na wniosek Zamawiającego - wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy, jednak nie wcześniej niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”

ust. 3 w § 4 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. X pkt 2, rozdz. XII pkt 2, rozdz. XV świadczony będzie nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów rozpocznie się nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy”

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dokonał zmiany terminu realizacji usługi poprzez zmianę SWZ w Rozdziale III pkt 4 SWU oraz w § 4 ust. 1 i ust. 3 projektu umowy z pominięciem uwzględnienia niezbędnego czasu związanego z koniecznością przedsięwzięcia czynności przygotowawczych, poprzedzających rozpoczęcie usług odbioru,

zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Sektora, w sposób nieproporcjonalnie krótki.

Zdaniem odwołującego skoro Zamawiający określił, że pojazd „presko” ma być używany od 1 dnia świadczenia usługi - Rozdział X pkt 1 ppkt 8 SWU (sygn. akt KIO 3333/22) / Rozdział IX pkt 1 pkt 8 (sygn. akt KIO 3340/22):

„Wykonawca na czas realizacji zamówienia we własnym zakresie zapewnia:

8) pojazd służący do opróżniania pojemników określonych w Rozdziale II pkt (...), który zapewnia 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°). 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” (dalej: „pojazd presko”)

oraz ma obsługiwać do 150 pojemników - Rozdział II SWU

Zamawiający podczas trwania umowy udostępni Wykonawcy na czas realizacji usługi pojemniki naziemne wyposażone w grzybek typu F90, o danych technicznych opisanych w załączniku nr 28 – „Rysunek techniczny uchwytu pojemnika” i z mechanizmem otwierania opisany w załączniku nr 29 – „Europejski patent nr EP 1 172 308 B1”, usytuowanych w Sektorze (...), zgodnie z wytycznymi:

(...)

to konieczne jest także, aby Wykonawca od 1 dnia świadczenia usługi posiadał także specjalistyczną myjkę do pojemników obsługiwanych pojazdem „presko” (instrukcja obsługi myjki opublikowana przez Zamawiającego w dniu 2.12.2022 r.).

Zdaniem odwołującego czas niezbędny na zakup myjki i pojazdu „presko” to ok. 4 miesiące od daty zamówienia tych przedmiotów. Tego rodzaju pojazd i myjka nie jest wymagany nigdzie w Polsce podczas świadczenie usług odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu, dlatego żaden wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu nie dysponuje nim w chwili obecnej. Koszt zakupu pojazdu i myjki jest wysoki, dlatego jego poniesienie jest uzasadnione tylko w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Z tych przyczyn skoro od czasu zamówienia pojazdu do jego realnego odbioru wg aktualnych informacji upłynąć ma 4 miesiące, a zgodnie z postanowieniami zmienionego w dniu 2.12.2022 r. SWU wykonawca ma rozpocząć usługę w ciągu 1 miesiąca od zawarcia umowy, to obiektywnie nie jest możliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy, zrealizowanie umowy od 1 dnia jej trwania za pomocą wymaganego „pojazdu presko” i myjki do czyszczenia pojemników.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający także w dniu 2.12.2022 r. opublikował instrukcję obsługi systemu presko – instrukcję mycia pojemników naziemnych, z której wynika, że można tego dokonać tylko za pomocą specjalistycznej myjki, produkowanej przez producenta pojazdu presko, dedykowanego do odbioru pojemników typu presko. Z tych przyczyn konieczne jest nabycie przez wykonawcę, który uzyska przedmiot zamówienia tej konkretnej myjki i posiadanie jej od pierwszego dnia realizacji umowy, która zgodnie ze zmienionym SWZ nastąpić ma już po upływie 1 miesiąca od daty zawarcia umowy. Z przyczyn niezależnych od Wykonawcy ani Zamawiającego, a zależnych tylko od producenta pojazdów, myjek i pojemników typu presko możliwość zakupu systemu presko uzależniona jest od realnego czasu dostawy tych sprzętów, który jest znacznie dłuższy niż 1 miesiąc. Wykonawcy działający na rynku polskim, nie korzystają z systemu presko (pojazdów, myjek i pojemników) dlatego w celu realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia zmuszeni są do powiększenia swojego parku maszynowego o te sprzęty, ale dopiero wtedy gdy będą mieli pewność, że za ich pomocą będą realizować usługę. Taką pewność mogą mieć dopiero po zawarciu umowy z Zamawiającym - żaden racjonalny wykonawca nie dokona zakupu wcześniej. Zdaniem odwołującego, Zamawiający musi urealnić czas trwania umowy do ustalonych przez siebie warunków zamówienia aby możliwe było jego wykonanie zgodnie z postanowieniami SWU i projektu umowy, tym bardziej, że nienależyte wykonanie umowy obwarowane jest możliwością nałożenia na wykonawcę wysokich kar umownych określonych w § 15 projektu umowy. Dlatego zmieniony termin realizacji umowy został ustalony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz jest sprzeczny z właściwością stosunku prawnego i narusza kontraktową równowagę stron, w szczególności poprzez zaniechanie wyznaczenia realnego, minimalnego okresu pomiędzy podpisaniem umowy, a rozpoczęciem świadczenia usługi, co utrudnia rzetelną kalkulację oferty, stwarza ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, uprzywilejowuje wykonawców obecnie realizujących usługę na rzecz Zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołań odwołujący podniósł, że zgodnie z ogłoszoną w dniu 2.12.2022 r. zmianą załącznika nr III „Zestawienie kosztów zadania” otrzymuje nowe brzmienie (zmodyfikowany załącznik nr III w załączeniu). Zmiana ta polega na zwiększeniu wskazanych w ramach przedmiotu zamówienia frakcji odpadów. Zdaniem odwołującego, ilości odpadów podane przez Zamawiającego nie odzwierciedlają rzeczywistych ilości jakie wytworzą mieszkańcy. Według odwołującego Zamawiający dokonuje już po raz trzeci manipulacji ilości odpadów w tym samym Postępowaniu. W ocenie Odwołującego pokazuje to, że Zamawiający przy określaniu wielkości przedmiotu zamówienia kompletnie ignoruje posiadane dane i powszechnie dostępne informacje, które mają bezpośredni wpływ na ustalenie realnych wielkości odpadów, jakie Zamawiający powinien wziąć pod uwagę. Ze

względu na inflację oraz sytuację ekonomiczną na świecie oraz w naszym kraju mieszkańcy zaczynają oszczędzać w każdy możliwy sposób. Ma to duże przełożenie na ilości wytwarzanych odpadów. Jak łatwo się domyślić w czasach kryzysu ilość wytwarzanych odpadów ulega zmniejszeniu. Zamawiający prowadzi aktualnie badania składu morfologicznego odpadów więc doskonale zdaje sobie z tego sprawę. Według naszych szacunków ilości odpadów powinny zostać zmniejszone w zależności od frakcji w sposób proponowany w odwołaniu. Odwołujący argumentował, że odpady zmieszane, bioodpady, szkło, leki – spadek wynika z recesji w którą wchodzimy, ogólnego spadku zamożności społeczeństwa. Papier, tworzywa, a zwłaszcza odpady wielkogabarytowe – spadek wynika, że są to frakcje łatwopalne, w obecnym kryzysie energetycznym mieszkańcy będą oddawać mniej odpadów. Zdaniem odwołującego, przy określaniu wielkości poszczególnej frakcji odpadów rażąco podnosi wartość oferty, a co za tym idzie kosztów jakie będzie musiał ponieść i zarezerwować w budżecie. Szczególną uwagę należy zwrócić na fakt iż poprzednie postępowanie zostało unieważnione przez Zamawiającego właśnie ze względu na koszty, które wynikły bezpośrednio z oszacowanego przez Zamawiającego strumienia odpadów przewidzianego do odbioru. Tym bardziej nie zrozumiały jest fakt dokonania w przedmiotowym postępowaniu tzw „zapasów” przez Zamawiającego a nie podanie rzeczywistych ilości odpadów. Zgodnie z powyższym odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu obniżenia szacowanych ilości odpadów do ilości zaproponowanych w naszych wyliczeniach w celu odzwierciedlenia jego faktycznego zapotrzebowania w danym postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 odwołań odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. zmodyfikował postanowienia SWZ w taki sposób, że teoretycznie wydłużył termin realizacji umowy z 12 miesięcy jak było pierwotnie określone do:

ust. 1 w § 4 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„1. Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy z zachowaniem następujących terminów:

- 1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt (...) nie wcześniej niż 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy i nie później niż 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy;*
- 2) obowiązki dotyczące zagospodarowania odpadów komunalnych nie później niż 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy;*
- 3) zakończenie okresu sprawozdawczo-rozliczeniowego nie później niż 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy;*
- 4) na wniosek Zamawiającego - wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres*

maksymalnie 2 miesiące, jednak nie wcześniej niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w ust. 3 w § 4 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

„3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU (...) świadczony będzie nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów rozpocznie się nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”

Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: planowany termin zakończenia usługi, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Dodatkowo odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 2.12.2022 r. wprowadził zmianę SWZ w postaci: *ust. 9 w § 4 projektu umowy otrzymuje brzmienie:*

„9. Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi odbioru odpadów przed upływem 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz zakończenia realizacji umowy przed upływem 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”

Odwołujący argumentował, że ponieważ Zamawiający wskazał, że umowa ma być realizowana nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 19 miesięcy to nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie terminu realizacji umowy. Wykonawca nie jest w stanie ustalić ile miesięcy będzie trwała umowa. Odwołujący wskazywał, że art. 436 pkt 1 ustawy pzp nakazuje określenie tych terminów w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, pozostawiając jednak wyjątek, gdy wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów. Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywnie uzasadnione, np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania.

Odwołujący argumentował, że biorąc pod uwagę, że wykonawca zgodnie z projektem umowy otrzyma wynagrodzenie za rzeczywiście wykonane usługi rozliczone według cen jednostkowych, a szacunkowa wielkość zamówienia określona w opisie przedmiotu

zamówienia nie jest ustalona jako wartość pewna i gwarantowana, to wykonawcy trudno ustalić jaki jest w zasadzie minimalny zakres przedmiotu zamówienia. Postanowienia projektu umowy de facto przewidują i dopuszczają możliwość dowolnego ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania racjonalnej minimalnej gwarantowanej wielkości zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że w § 4 ust.9 projektu otrzymał brzmienie: *„Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi odbioru odpadów przed upływem 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz zakończenia realizacji umowy przed upływem 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”*, Zdaniem odwołującego zaskarżone postanowienia umożliwiają Zamawiającemu powołanie się na powyżej wskazaną regulację przy braku zlecenia gwarantowanej wielkości usługi. Innymi słowy, Zamawiający rozliczając usługę zgodnie z Umową zobowiązany jest zapłacić wyłącznie za zleczone przez siebie zadania. Jednocześnie, zgodnie z dokumentacją postępowania, Zamawiający nie jest zobowiązany zlecić żadnej „rozsądnej” – czyli zapewniającej pokrycie tzw. kosztów stałych realizacji usługi w minimalnej ilości usług. Tym samym Zamawiającemu na mocy projektowanych postanowień umownych przysługuje uprawnienie do dowolnego kreowania wielkości zamówienia dopiero na etapie realizacji umowy. Na powyższe bezpośrednie przełożenie ma postanowienie które w sposób płynny określa czas trwania usługi – Wykonawcy nie wiedzą czy będzie to 18 miesięcy, 15 miesięcy czy 6 – ponieważ Zamawiający w taki sposób skonstruował postanowienia umowne, że nie jest możliwe ustalenie. Zamawiający jest zobowiązany wskazać ile czasu ma wg niego trwać planowana realizacja usługi, a takiej informacji w postanowieniach SWZ brak. Według odwołującego, wykonawca nie może skalkulować ryzyk związanych z realizacją umową i obliczyć ceny ofertowej. Odwołujący podnosi, że na mocy postanowień § 4 ust. 9 projektu umowy Zamawiający jest uprawniony do zredukowania wynagrodzenia wykonawcy o niemalże dowolną wielkość. Odwołujący wskazywał, że wykonawca jest zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr niezbędnych do realizacji zamówienia zatrudnionych - zgodnie z dokumentacją postępowania - na umowę o pracę. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości usługi. Pomimo ponoszenia przez wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części. Odwołujący wskazywał, że niewątpliwie wykonawca musi ponosić koszty stałe organizacji realizacji usługi, zatrudnienia pracowników, obsługi administracyjnej, ubezpieczeń, zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty zabezpieczenia i utrzymywania sprzętu itp. Uważał, że klauzule ustalone przez Zamawiającego pozwalające mu na celowe wydłużanie czasu do podpisania umowy (co ma bezpośrednie przełożenie na zmniejszenie zakresu przedmiotu zamówienia), a następnie uprawniające go do dowolnego

skrócenia czasu trwania umowy, stanowią wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Zdaniem odwołującego przywołane postanowienia dokumentacji Postępowania są niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy a nadto mogą być interpretowane jako wyzysk. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyk, które mogą wystąpić w związku okolicznościami na jakie on nie ma najmniejszego wpływu. Zdaniem odwołującego, wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego, co zapewni mu sytuację, w której być może wykonawca poniesie koszty zorganizowania realizacji umowy (koszty stałe) a Zamawiający nie zleci mu wykonania usług na poziomie choćby pozwalającym na ich pokrycie. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353¹ k.c. Ze względu na cel ww. regulacji uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c. Zdaniem odwołującego, dopuszczalna przez Zamawiającego wielkość, zakres i okoliczności zmiany jest właściwie nieograniczona a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących Zamawiającemu. Uważał, że zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności.

Zdaniem odwołującego, ww. postanowienia umowne są sprzeczne z ustawą pzp. Sprzeczność z ustawą ww. postanowienia polega na tym, że postanowienia te nie zawierają żadnego z obligatoryjnych elementów opisu zmiany umowy wymaganego - art. 455 ust.1 pkt 1 mimo, że może być stosowane również w przypadku istotnej zmiany treści umowy. Postanowienie to legalizuje więc nieokreśloną, dowolną zmianę kontraktu uzależnioną wyłącznie od woli Zamawiającego, co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości. Odwołujący zaznacza także, że przesłanki przewidziane w ustawie pzp wynikają z treści art. 72 Dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. Odwołujący argumentował, że w punkcie 109 preambuły Dyrektywy wskazano ponadto, że zmiana umowy nie może nastąpić w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, rozumianą na przykład jako zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia, lub jako całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takim przypadku można każdorazowo zakładać potencjalny wpływ na wynik postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) po raz pierwszy wypowiedział się na temat możliwości wprowadzania zmian w zawartych umowach w sprawie Komisja przeciwko Francji (C-337/98), stwierdzając, iż w świetle prawa

wspólnotowego, ze względu na cel zapewnienia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, zmiany w postanowieniach umowy w czasie jej trwania są równoznaczne z udzieleniem nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Doprecyzowanie tego stanowiska TSUE nastąpiło orzeczeniem z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 (presstext Nachrichtenagentur BmbH przeciwko Republice Austrii), w którym Trybunał podniósł, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną w sytuacji, kiedy wprowadza warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona, a także modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Odwołujący zaznaczał ponadto, że ww. postanowienia projektu umowy oraz SWZ nie zawierają ani racjonalnie określonej minimalnej wartości przedmiotu zamówienia ani wielkości świadczenia stron w myśl art. 433 pkt 4 ustawy. Postanowienia te noszą tym samym znamiona klauzul abuzywnych, o której mowa w art. 433 pkt 4 pzp w zestawieniu z regulacją umowną zawartą w §4 ust. 9 projektu umowy. Normy zawarte w § 4 ust. 9 projektu umowy kolidują z normą zawartą w § 11 projektu umowy. Co powoduje, że Wykonawca nie może mieć pewności – w przypadku utrzymania dotychczasowego brzmienia projektu umowy, że gdy Zamawiający zdecyduje się na skrócenie czasu trwania umowy i nie dojdzie w tym czasie do wykorzystania 30 % wskazanych w § 11 projektu umowy jako minimalne wynagrodzenie, to Zamawiający nie podniesie argumentu, że Wykonawca zrzekł się z tego tytułu jakichkolwiek roszczeń na podstawie właśnie § 4 ust. 9 projektu umowy.

Odwołujący podniósł także, że dokumentacja postępowania nie zawiera innych regulacji określających minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Przywołane we wstępie postanowienia umożliwiają Zamawiającemu ograniczenie wielkości zamówienia w zasadzie dowolnie. Postanowienia te, jak wynika z treści projektu umowy, należy odczytywać jako istotne zmiany umowy. Ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego mogą więc przekraczać rozsądną wielkość, która zwykle określa się na poziomie 20% wartości pierwotnej umowy. Z uwagi na powyższe, ww. postanowienia noszą znamiona klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt 4 pzp, gdyż de facto nie zawierają prawdziwej informacji o maksymalnej wielkości ograniczenia a wielkość podana w SWZ jej wielkością pozorną, której celem nie jest umożliwienie rzetelnej wyceny ofert, ale wyłącznie ochrona Zamawiającego przed negatywnymi skutkami finansowymi lub innych zupełnie dowolnych

decyzji Zamawiającego mieszczących się w granicach przewidzianego ograniczenia w § 4 ust. 9 projektu umowy.

Odwołujący wskazywał ponadto, że zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem Pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją ogólnej umowy.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż ograniczenie czasu trwania umowy nie będzie miało charakteru niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe-takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mogłyby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości. Według odwołującego, okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie W opisie przedmiotu zamówienia zakresu

gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zdaniem odwołującego, postanowienia § 4 ust. 1 i 9 projektu stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest, zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszych w stosunku do niej. Przyjęcie możliwości zmniejszenia wielkości zamówienia na poziomie w zasadzie nieokreślonym w SWZ dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

Odwołujący podniósł także, że brak wskazania w sposób jednoznaczny czasu trwania realizacji usługi, dodatkowo zamieszczenie w postanowieniach dokumentacji przetargowej możliwości dowolnego ograniczenia czasu trwania realizacji usługi (prawa do zmniejszenia zakresu i wielkości przedmiotu zamówienia), przy jednoczesnym ustanowieniu regulacji, zgodnie z którą Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń z tego powodu powoduje, że Zamawiający de facto może bezkarnie nie respektować nawet minimalnej gwarantowanej wielkości zamówienia (co czyni ją tym samym pozorną). – wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim, co wolumenem - zamówieniem jest inny niż dużym.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 29 grudnia 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa częściowo odwołania w zakresie zarzutów nr 1a, nr 1b i nr 1c odwołań.

W odpowiedzi na odwołania z 28 grudnia 2022 r. zamawiający oświadczył, że:

- a) uwzględnia częściowo odwołania w zakresie zarzutów nr 3 odwołań,
- b) wnosi o odrzucenie odwołań w zakresie zarzutów nr 2 na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, lub ewentualnie o oddalenie odwołań w zakresie tego zarzutu;
- c) wnosi o odrzucenie odwołań w zakresie zarzutów nr 1 lit. b i d oraz nr 4 na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp oraz art. 528 pkt 4 lub ewentualnie o oddalenie odwołań w zakresie tych zarzutów;
- d) wnosi o oddalenie odwołań w pozostałym zakresie.

W odpowiedzi na odwołania zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych po stronie odwołującego, w zakresie zarzutów nr 1D, 2, 3, 4, 6 zgłosił przystąpienie wykonawca ENERIS Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w Rusku. Wniósł o uwzględnienie odwołań w ww. zakresie. W piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych po stronie odwołującego, w zakresie zarzutów nr 1D, 2, 3, 6 zgłosił przystąpienie wykonawca Chemeko - System Sp. z o. o. Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu. Wniósł o uwzględnienie odwołań w ww. zakresie. W piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowań, w tym w szczególności: ogłoszenia o zamówieniach, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SWZ, modyfikacje SWZ, załączniki do pism procesowych, wyrok Izby z dnia 10.10.2022 r. wydany w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach o sygn. akt KIO 2439/22, KIO 2445/22, KIO 2446/22, KIO 2447/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się*

przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że 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.*

Art. 99 ustawy Pzp 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.*
- 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.*

Art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp stanowi, że SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 135 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania

ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

Art. 433 ustawy Pzp stanowi, że *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...)*

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Art. 436 ustawy Pzp stanowi, że *Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:*

1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną; (...)

Art. 439 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 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;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

Art. 5 KC stanowi, że *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 KC stanowi, że:

§ 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 wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

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

Art. 353¹ KC stanowi, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

ZARZUTY NR 1A, 1B, 1C ODWOŁAŃ

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1A, nr 1B oraz nr 1C odwołań.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 29 grudnia 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołania w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołań w ww. zakresie, wobec powyższego postępowania odwoławcze w tej części podlegały umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

ZARZUTY NR 1D ODWOŁAŃ

Ustalono, że specyfikacje warunków zamówienia (SWZ) zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej w dniu 6 września 2022 r.

Ustalono także, że w rozdziale III w ust. 4 pkt 4 szczegółowych warunków umów (SWU), stanowiących załącznik nr 4 do SWZ, zamawiający wskazał m.in.:

4. W zakresie przeprowadzania kontroli oraz informowania Zamawiającego o utrudnieniach w odbiorze odpadów:

4) w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem, Wykonawca ma obowiązek:

a) niezwłocznie sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników (zgodnie z Rozdziałem XI), zgodnie z załącznikiem – Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, z zastrzeżeniem, że na fotografiach dołączanych do notatki ma być widoczna naklejka, o której mowa w lit. b),

b) oznakować pojemnik, w którym stwierdzono niedopełnienie obowiązku wskazanego w ppkt 4), poprzez umieszczenie w widocznym miejscu na pojemniku naklejki wielokrotnego użytku zgodnej z projektem określonym w załączniku – Wzór naklejki i ulotki informującej o niewypełnieniu obowiązku selektywnej zbiórki informującej o zaistniałej nieprawidłowości z zastrzeżeniem, że w przypadku nieruchomości jednorodzinnych, Wykonawca zobowiązany jest także do dostarczenia ulotek (sporządzonymi zgodnie ze wzorem określonym w załączniku bezpośrednio do skrzynek pocztowych znajdujących się na terenie nieruchomości, a w przypadku ich braku, Wykonawca obowiązany jest pozostawić ulotkę w innym miejscu umożliwiającym jej odbiór,

c) odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

d) usunąć naklejkę, o której mowa w lit. b) podczas odbioru odpadów jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,

e) sporządzić protokół zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr - Wzór protokołu stwierdzającego, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zawierający takie informacje jak: adres nieruchomości, zakres stwierdzonych nieprawidłowości, datę stwierdzenia

nieprawidłowości, dokumentację fotograficzną (tożsama z fotografiami załączonymi do notatki, o której mowa w pkt 4 ppkt 4) lit. a)) oraz podpis osoby sporządzającej protokół, a następnie:

– w przypadku nieruchomości jednorodzinnych oraz nieruchomości niezamieszkałych posiadających indywidualne MGO, niniejszy protokół umieścić na wirtualnym dysku (zgodnie z Rozdziałem XIV), w terminie 3 dni roboczych,

– w przypadku pozostałych nieruchomości, poprzez przesłanie protokołu drogą elektroniczną lub listowną do właściciela nieruchomości (w ciągu 2 dni roboczych od daty wystąpienia nieprawidłowości) oraz umieszczenie na wirtualnym dysku Zamawiającego (zgodnie z Rozdziałem XIV, w terminie 3 dni roboczych,

Ustalono także, że zgodnie z § 5 regulaminu utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu Uchwała NR XXV/672/20 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 23 lipca 2020 r. (dalej „Regulamin”). *„odpady komunalne, o których mowa w § 2, nie są zbierane selektywnie, jeżeli:*

1) są zbierane z naruszeniem § 3 lub § 4 pkt 2, 3 i 4, lub

2) w pojemnikach lub workach przeznaczonych do selektywnego zbierania odpadów komunalnych, na jakie przeznaczony jest pojemnik lub worek znajduje się więcej niż 30 % zanieczyszczeń, lub

3) obliczony przy uwzględnieniu pojemności worków i pojemników z odbieranymi odpadami komunalnymi udział niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych odebranych z nieruchomości w łącznej objętości wszystkich odpadów odebranych z nieruchomości przekracza 45 %.”

Ustalono ponadto, że do zamawiającego wpłynęło m.in. pytanie nr 101 (KIO 3333/22) / nr 103 (KIO 3340/22) o treści:

Dot. SWU rozdział III. W związku z pkt 4 ppkt 4 określającym obowiązki Wykonawcy związane ze stwierdzeniem że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem.

a) Prosimy o wyjaśnienie, czy w tym zapisie chodzi o niedopełnienie obowiązku selektywnego zbierania przez mieszkańca zgodnie z regulaminem? Wskazujemy, iż w regulaminie znajdują się 3 przesłanki wskazujące na nieselektywne zbieranie odpadów, Zamawiający opisał tylko działania w przypadku 1 z 3 tj. sytuacji, kiedy w pojemniku na selektywną zbiórkę znajdują się inne odpady.

b) Wnosimy o wskazanie działań, jakie wykonawca ma podjąć w sytuacji opisanej w regulaminie w par 5 ust 1 pkt 3 tj. kiedy udział odbieranych odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odbieranych odpadów jest większy niż 45%, w szczególności jeżeli jest to sytuacja wynikająca z dyspozycji Zamawiającego?

c) Czy działania opisane ppkt a-e odnoszą się również do sytuacji, kiedy w pojemnikach na odpady zmieszane znajdują się surowce, które podlegają selektywnej zbiórce?

Ustalono także, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający na tak zadane pytanie udzielił odpowiedzi nr 101 (KIO 3333/22) / nr 103 (KIO 3340/22) o treści:

a) Wykonawca zobowiązany jest do kontroli zawartość pojemników w zakresie warunków uznania, że odpady zbierane są w sposób selektywny zgodnie z zapisami Rozdziału 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia.

b) Zamawiający udziela jedynie dyspozycji w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki o określonej pojemności i ilości. Jeżeli Wykonawca będzie ważył odbierane odpady z każdej pojedynczej nieruchomości i w związku z tym obliczy jak wskazuje udział odbieranych odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odbieranych odpadów i stwierdzi niedopełnienie obowiązku określonego w § 5, pkt 3) wówczas zobowiązany jest postępować zgodnie z Rozdziałem III, pkt 4 SWU.

c) Wykonawca zobowiązany jest do kontroli zawartość pojemników w zakresie warunków uznania, że odpady zbierane są w sposób selektywny na podstawie Rozdziału 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia.

Ustalono także, że odwołujący w odwołaniach domagał się nakazania zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytanie oznaczone nr 101 (KIO 3333/22) / nr 103 (KIO 3340/22) w taki sposób, aby nie była ona sprzeczna z postanowieniami SWZ, tj. w taki sposób, aby ich treść nie była wewnętrznie sprzeczna, tj. aby treść postanowień SWZ była zgodna z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Wrocław poprzez wskazanie, iż zlecenia, które wykonawca będzie otrzymywał od Zamawiającego w zakresie wyposażenia właścicieli nieruchomości niezamieszkałych w pojemniki (w zakresie ilości, pojemności i częstotliwości odbioru dla każdej frakcji) będą zgodne z regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu tj. wykonawca nie będzie otrzymywał do realizacji zleceń, które są niezgodne z § 5 ust 3 regulaminu wraz z załączeniem wykazu nieruchomości niezamieszkałych wskazującym zgodnie z § 5 ust 3 regulaminu ilość, pojemność oraz częstotliwość opróżniania pojemników. Załączony wykaz do SWZ jest niezgodny z prawem miejscowym. Selektywna zbiórka odpadów jest obowiązkiem każdego właściciela nieruchomości, a zgodnie z regulaminem niespełnienie § 5 ust 3 regulaminu jest

kwalfikowane jako niedopełnienie selektywnej zbiórki przez właściciela nieruchomości. W przypadku otrzymania zlecenia niezgodnego z Regulaminem Wykonawca może odmówić wykonania zlecenia bez konsekwencji, oraz na podstawie art. 135 ust. 3 ustawy pzp przedłużenie terminu na składanie ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert – tj. o 14 dni.

Kolejno ustalono, że zamawiający w dniu 27 grudnia 2022 r. anulował odpowiedź na pytanie nr 101 (KIO 3333/22) / nr 103 (KIO 3340/22) z dnia 2 grudnia 2022 r. W dniu 27 grudnia 2022 r. udzielił następującej odpowiedzi na ww. pytania:

Zamawiający udziela jedynie dyspozycji w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki o określonej pojemności i ilości. Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć nieruchomość w pojemniki zgodnie z przedmiotową dyspozycją. W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem, Wykonawca ma obowiązek postępować zgodnie z zapisami SWU rozdział III, pkt 4, ppkt 4 tzn.:

„4) w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem, Wykonawca ma obowiązek:

a) niezwłocznie sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, zgodnie z załącznikiem– Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, z zastrzeżeniem, że na fotografiach dołączanych do notatki ma być widoczna naklejka, o której mowa w lit. b),

b) oznakować pojemnik, w którym stwierdzono niedopełnienie obowiązku wskazanego w ppkt 4), poprzez umieszczenie w widocznym miejscu na pojemniku naklejki wielokrotnego użytku zgodnej z projektem określonym w załączniku – Wzór naklejki i ulotki informującej o niewypełnieniu obowiązku selektywnej zbiórki informującej o zaistniałej nieprawidłowości z zastrzeżeniem, że w przypadku nieruchomości jednorodzinnych, Wykonawca zobowiązany jest także do dostarczenia ulotek (sporządzonymi zgodnie ze wzorem określonym w załączniku) bezpośrednio do skrzynek pocztowych znajdujących się na terenie nieruchomości, a w przypadku ich braku, Wykonawca obowiązany jest pozostawić ulotkę w innym miejscu umożliwiającym jej odbiór,

c) odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

d) usunąć naklejkę, o której mowa w lit. b) podczas odbioru odpadów jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,

e) sporządzić protokół zgodnie ze wzorem określonym w załączniku - Wzór protokołu stwierdzającego, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zawierający takie informacje jak: adres nieruchomości, zakres stwierdzonych nieprawidłowości, datę stwierdzenia nieprawidłowości, dokumentację fotograficzną (tożsama z fotografiami załączonymi do notatki, o której mowa w pkt 4 ppkt 4) lit. a)) oraz podpis osoby sporządzającej protokół, a następnie:

– w przypadku nieruchomości jednorodzinnych oraz nieruchomości niezamieszkałych posiadających indywidualne MGO, niniejszy protokół umieścić na wirtualnym dysku, w terminie 3 dni roboczych,

– w przypadku pozostałych nieruchomości, poprzez przesłanie protokołu drogą elektroniczną lub listowną do właściciela nieruchomości (w ciągu 2 dni roboczych od daty wystąpienia nieprawidłowości) oraz umieszczenie na wirtualnym dysku Zamawiającego, w terminie 3 dni roboczych.”

Postępowania odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1D odwołań (w części dotyczącej obowiązku ważenia przez wykonawcę odpadów) podlegały umorzeniu, gdyż dalsze postępowanie odwoławcze w tej części stało się zbędne; w pozostałym zakresie odwołania, w zakresie zarzutów nr 1D, podlegały odrzuceniu.

Stosownie do art. 568 pkt 2 Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Jak wynikało z uzasadnienia zarzutów nr 1D odwołań (w części dotyczącej w części dotyczącej obowiązku ważenia przez wykonawcę odpadów) pierwszym powodem ich sformułowania było to, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania, w której wskazał, że udział odpadów zmieszanych w łącznej objętości wszystkich odebranych z nieruchomości odpadów odnosi się do wagi, a nie pojemności (objętości) pojemników. Zamawiający odpowiedział bowiem: *Zamawiający udziela jedynie dyspozycji w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki o określonej pojemności i ilości. Jeżeli Wykonawca będzie ważył odbierane odpady z każdej pojedynczej nieruchomości i w związku z tym obliczy jak wskazuje udział odbieranych odpadów zmieszanych w ogólnej objętości odbieranych odpadów i stwierdzi niedopełnienie obowiązku określonego w § 5, pkt 3) wówczas zobowiązany jest postępować zgodnie z Rozdziałem III, pkt 4 SWU.*

Zdaniem odwołującego odpowiedź Zamawiającego jest sprzeczna z literalnym brzmieniem §5 ust 3 Regulaminu, który jasno wskazuje jak oblicza się udział odpadów zmieszanych w łącznej objętości wszystkich odebranych z nieruchomości odpadów i że odnosi się to do pojemności (objętości) pojemników, a nie wagi, jak błędnie wskazuje Zamawiający w odpowiedzi. Poza tym odpowiedź Zamawiającego wprowadza uzależnienie kontroli spełnienia obowiązku selektywnej zbiórki wskazanego w regulaminie od tego, czy wykonawca będzie ważył odpady z każdej odrębnej nieruchomości czy nie.

Przypomnienia w tym miejscu wymagało, że zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp, Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Przepis ten nakłada na Izbę obowiązek wzięcia pod uwagę przy orzekaniu stanu rzeczy istniejącego w momencie wyrokowania. Izba zobowiązana była zatem uwzględnić istniejącą na dzień orzekania modyfikację odpowiedzi na sporne pytania, która została zaskarżona w odwołaniach.

Kierując się wskazaniem wynikającym z art. 552 ust. 1 Pzp Izba stwierdziła, że na moment orzekania w sprawie sporna odpowiedź na pytania została zmieniona. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że po wniesieniu odwołań, w dniu 27 grudnia 2022 r. zamawiający anulował zakwestionowaną odpowiedź i w to miejsce udzielił nowej odpowiedzi o treści:

Zamawiający udziela jedynie dyspozycji w zakresie wyposażenia nieruchomości w pojemniki o określonej pojemności i ilości. Wykonawca zobowiązany jest wyposażyć nieruchomość w pojemniki zgodnie z przedmiotową dyspozycją. W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem, Wykonawca ma obowiązek postępować zgodnie z zapisami SWU rozdział III, pkt 4, ppkt 4 tzn.:

„4) w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem, Wykonawca ma obowiązek:

a) niezwłocznie sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, zgodnie z załącznikiem– Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, z zastrzeżeniem, że na fotografiach dołączanych do notatki ma być widoczna naklejka, o której mowa w lit. b),

b) oznakować pojemnik, w którym stwierdzono niedopełnienie obowiązku wskazanego w ppkt 4), poprzez umieszczenie w widocznym miejscu na pojemniku naklejki wielokrotnego użytku zgodnej z projektem określonym w załączniku – Wzór naklejki i ulotki informującej o niewypełnieniu obowiązku selektywnej zbiórki informującej o zaistniałej nieprawidłowości z zastrzeżeniem, że w przypadku nieruchomości

jednorodzinnych, Wykonawca zobowiązany jest także do dostarczenia ulotek (sporządzonych zgodnie ze wzorem określonym w załączniku) bezpośrednio do skrzynek pocztowych znajdujących się na terenie nieruchomości, a w przypadku ich braku, Wykonawca obowiązany jest pozostawić ulotkę w innym miejscu umożliwiającym jej odbiór,

c) odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

d) usunąć naklejkę, o której mowa w lit. b) podczas odbioru odpadów jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,

e) sporządzić protokół zgodnie ze wzorem określonym w załączniku - Wzór protokołu stwierdzającego, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zawierający takie informacje jak: adres nieruchomości, zakres stwierdzonych nieprawidłowości, datę stwierdzenia nieprawidłowości, dokumentację fotograficzną (tożsama z fotografiami załączonymi do notatki, o której mowa w pkt 4 ppkt 4) lit. a)) oraz podpis osoby sporządzającej protokół, a następnie:

- w przypadku nieruchomości jednorodzinnych oraz nieruchomości niezamieszkałych posiadających indywidualne MGO, niniejszy protokół umieścić na wirtualnym dysku, w terminie 3 dni roboczych,

- w przypadku pozostałych nieruchomości, poprzez przesłanie protokołu drogą elektroniczną lub listowną do właściciela nieruchomości (w ciągu 2 dni roboczych od daty wystąpienia nieprawidłowości) oraz umieszczenie na wirtualnym dysku Zamawiającego, w terminie 3 dni roboczych.”

Jak wynikało z przywołanej, zmodyfikowanej odpowiedzi na pytania zamawiający nie odnosił się w niej już do obowiązku ważenia (wagi) odpadów, co było źródłem wątpliwości odwołującego formułowanych w uzasadnieniu zarzutów nr 1D odwołań. Wobec powyższego, wskutek zmiany spornej odpowiedzi na pytania, rozpatrywanie zarzutu w tym zakresie stało się zbędne.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że odwołania w zakresie zarzutów nr 1D odwołań podlegały odrzuceniu.

Stosownie do art. 528 pkt 3 Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie zaś z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego*

postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Stosownie zaś do art. 528 pkt 4 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego

Dostrzeżenia wymagało, że zarzutom 1D odwołań towarzyszyły związane z nimi żądania. W odniesieniu do żądania towarzyszącego zarzutom nr 1D odwołań o treści: *W przypadku otrzymania zlecenia niezgodnego z Regulaminem Wykonawca może odmówić wykonania zlecenia bez konsekwencji, oraz żądania, aby wykonawca nie (...) otrzymywał do realizacji zleceń, które są niezgodne z § 5 ust 3 regulaminu*, Izba stwierdziła, że w ten sposób odwołujący po raz kolejny w drodze odwołania domagał się nakazania zmiany SWZ, polegającej na przyznaniu wykonawcy prawa odmowy świadczenia usługi, kiedy stwierdzi, że w jego ocenie dyspozycja zamawiającego (oparta na deklaracji właściciela nieruchomości niezamieszkałej) będzie sprzeczna z regulaminem.

Podkreślenia wymagało, że w tej części zarzuty nr 1D odwołań okazały się spóźnione, gdyż powinny być wnoszone w terminie liczonym od zamieszczenia na stronie internetowej pierwotnej treści SWZ. Ponadto stwierdzono, że zarzuty, dotyczące braku prawa kwestionowania przez wykonawcę zleceń, które wg niego są sprzeczne z regulaminem, podlegały już rozpoznaniu przez Izbę i nie zostały uwzględnione. Izba w wyroku z dnia 10 października 2022 r. (sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22) oddaliła m.in. zarzut nr 10 odwołania z dnia 16 września 2022 r. Izba w uzasadnieniu ww. wyroku oddalając zarzut wskazała, że *podziela argumentację Zamawiającego, odnośnie tych zarzutów i uznaje ją za własną, w szczególności wskazując, że w zakresie procedury obsługi nieruchomości niezamieszkałych:*

- a) procedura obsługi nieruchomości niezamieszkałych — jest taka sama jak nieruchomości zamieszkałych i najogólniej rzecz biorąc polega np. na fizycznym podstawieniu/zabranii pojemnika;*
- b) podstawienia/zabrania pojemników będą zgłaszane przy pomocy systemu KOSZ (SWU Rozdział II, pkt 10/11- w zależności od Sektora);*
- c) dane z deklaracji objęte są tajemnicą i Zamawiający nie może ich przekazać*

Wykonawcy; na podstawie deklaracji wykonawcy przekazywane jest zgłoszenie;

d) Wykonawca nie kontroluje, czy deklaracja została wypełniona zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu. Po stronie Wykonawcy jest obowiązek odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałej wg zgłoszenia.

Wobec powyższego stwierdzono, że odwołujący próbował po raz kolejny poddać ocenie Izby zarzuty i żądania, które zostały już przez nią rozstrzygnięte. Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że odwołania, w ww. zakresie, podlegały odrzuceniu.

ZARZUTY NR 2 ODWOŁAŃ

Ustalono, że w wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r., wydanym w sprawach o sygn. akt KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22 Izba uwzględniła częściowo odwołania i w pkt 2 nakazała zamawiającemu *zmianę postanowień umowy przewidujących waloryzację wynagrodzenia wykonawcy w taki sposób aby waloryzacja następowała po upływie minimum 6 miesięcy od zawarcia umowy i dalej po upływie każdego kwartału, wg wskaźnika uprawniającego do zmiany wynagrodzenia tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS liczonego odpowiednio do tych okresów, oraz podwyższenie maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji do wysokości +/- 8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.*

Ustalono kolejno, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że § 18 ust. 4 lit. e) projektu umowy otrzymał następujące brzmienie:

„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 miesięcy będzie różna od ± 3,5 %. W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy zastosowany będzie wzór:

$$Cn1 = Cjo \times \left(1 + \frac{\Sigma(WA - 100\%)}{100\%}\right)$$

gdzie:

Cjo - cena jednostkowa z oferty (przed zmianą),

CN1 - cena jednostkowa po pierwszej zmianie (po upływie minimum 6 miesięcy),

Wa - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 6 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

a - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 6 zakończonych miesięcy, gdzie a = 1, 2, ..., 6.

Zmiana wynagrodzenia możliwa będzie po upływie minimum 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert. Powyższa zmiana dotyczyła będzie cen jednostkowych. Kolejne zmiany po upływie każdego kwartału.

Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia do wysokości ±8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.

W przypadku złożenia wniosku po upływie minimum kolejnych 3 miesięcy od dnia złożenia poprzedniego wniosku zastosowany będzie wzór:

$$CNn = Cjm \times \left(1 + \frac{\sum(Wb - 100\%)}{100\%}\right)$$

gdzie:

Cjm - cena jednostkowa przed następną zmianą,

CNn - cena jednostkowa po następnej zmianie,

Wb - miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (gdzie poprzedni miesiąc = 100) zgodnie z komunikatem Prezesa GUS z ostatnich 3 zakończonych miesięcy od dnia złożenia wniosku, wyrażone w %,

n - numer zmiany, gdzie n = 2, ..., 6,

m - numer ceny jednostkowej przed kolejną zmianą, m = 1, ..., 5,

b - numer kolejnego miesiąca z okresu ostatnich 3 zakończonych miesięcy do dnia złożenia wniosku, gdzie b = 1, 2, 3.

Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy oraz dokumenty potwierdzające konieczność wprowadzenia ww. zmiany. W szczególności strona będzie

zobowiązana wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia umownego a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Wniosek powinien obejmować jedynie te analizowane koszty realizacji zamówienia, które wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”.

Ustalono także, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że § 4 ust. 1 projektu umowy otrzymał brzmienie:

„1. Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy z zachowaniem następujących terminów:

- 1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1)-8) nie wcześniej niż 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy i nie później niż 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) obowiązki dotyczące zagospodarowania odpadów komunalnych nie później niż 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 3) zakończenie okresu sprawozdawczo-rozliczeniowego nie później niż 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy;
- 4) na wniosek Zamawiającego - wdzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy, jednak nie wcześniej niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”.

Ustalono także, że odwołujący w odwołaniu domagał się nakazania zamawiającemu zmiany postanowień § 18 ust. 4 lit e w taki sposób, aby możliwe było dokonanie waloryzacji wynagrodzenia po upływie 3 miesięcy od daty złożenia oferty wg wskaźnika uprawniającego do dokonania zmiany wynagrodzenia, tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS liczonego odpowiednio do tych okresów oraz podwyższenia maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji do wysokości +/- 20 % wynagrodzenia umownego brutto.

Odwołania, w zakresie zarzutów nr 2, podlegały odrzuceniu.

Odwołania w zakresie zarzutów nr 2 podlegały odrzuceniu, gdyż dotyczyły czynności, które zostały wykonane zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 10 października 2022 r. wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22.

Zgodnie z art. 528 pkt 5 Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (...).*

W wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r., wydanym w sprawach o sygn. akt KIO 2439/22, KIO 2440/22, KIO 2441/22, KIO 2442/22, KIO 2443/22, KIO 2444/22, 2445/22, 2446/22, 2447/22 Izba uwzględniła częściowo odwołania i w pkt 2 nakazała zamawiającemu *zmianę postanowień umowy przewidujących waloryzację wynagrodzenia wykonawcy w taki sposób aby waloryzacja następowała po upływie minimum 6 miesięcy od zawarcia umowy i dalej po upływie każdego kwartału, wg wskaźnika uprawniającego do zmiany wynagrodzenia tj. wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych zgodnie z komunikatem Prezesa GUS liczonego odpowiednio do tych okresów, oraz podwyższenie maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji do wysokości +/- 8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto.*

W dniu 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że § 18 ust. 4 lit. e) projektów umów literalnie odpowiadał pkt 2 ww. wyroku. Odwołujący kwestionując w odwołaniu ww. modyfikację podniósł, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający wydłużył termin realizacji zamówień. Argumentował, że ze względu na wydłużenie terminu realizacji usług, model i mechanizm waloryzacji opisany w wyroku Izby z dnia 10.10.2022 r. stracił aktualność.

Zdaniem Izby wydłużenie okresu obowiązywania umów, jakiego zamawiający dokonał 2 grudnia 2022 r., nie dezaktualizowało mechanizmu waloryzacji, nakazanego przez Izbę w wyroku z dnia 10 października 2022 r.

Odwołujący w odwołaniu domagał się po pierwsze zmiany postanowień § 18 ust. 4 lit e projektów umów w taki sposób, aby możliwe było dokonanie waloryzacji wynagrodzenia po upływie 3 miesięcy, a nie 6 miesięcy, jak nakazała Izba. Na uwagę zasługiwał fakt, że Izba w ww. wyroku z 10.10.2022 r. uznała, że zasadnym będzie aby pierwsza waloryzacja odbyła się po 6 miesiącach od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi, a nie po 3 miesiącach, oddalając w tym zakresie odwołanie. W uzasadnieniu wyroku wskazano: *Jednocześnie pomimo znacznej dynamiki zmiany cen, Izba nie znalazła uzasadnienia dla przychylenia się do żądania Odwołującego I co do waloryzacji wynagrodzenia już po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, uznając, iż okres 6 miesięcy dla pierwszej waloryzacji jest okresem wystarczającym dla zabezpieczenia interesów ekonomicznych stron.* Innymi słowy Izba uznała, że dopiero upływ odpowiednio długiego okresu pomiędzy rozpoczęciem realizacji usługi a złożeniem wniosku o waloryzację, obejmującego 6 miesięcy realizacji usługi, a nie 3 miesiące, uzasadniał będzie prawo do wystąpienia z takim wnioskiem. Wbrew twierdzeniom odwołującego, długość okresu realizacji zamówienia nie miała w tym zakresie żadnego

znaczenia. W świetle wyroku Izby istotna była bowiem odpowiednia, minimalna długość okresu pomiędzy rozpoczęciem realizacji usługi, a datą złożenia wniosku o waloryzację.

Odwołujący w odwołaniach domagał się także nakazania zamawiającemu zmiany postanowień § 18 ust. 4 lit e projektów umów w taki sposób, aby limit podwyższenia maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji został podniesiony z +/- 8%, nakazanego przez Izbę, do +/- 20 % wynagrodzenia umownego brutto.

Podkreślenia wymagało, że Izba w ww. wyroku z 10.10.2022 r. przeanalizowała również żądanie jednego z odwołujących dotyczące podwyższenia limitu maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji do wysokości +/- 20 % wynagrodzenia umownego brutto i uznała żądanie to za zbyt daleko idące. Jak wynikało z powyższego, Izba uznała za wystarczające podwyższenie maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji jedynie do wysokości +/- 8% całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto. Po przeanalizowaniu uzasadnienia wyroku Izby z dnia 10.10.2022 r., należało dojść do wniosku, że nakaz Izby w ww. zakresie nie został jednak uzależniony od długości okresu realizacji zamówienia. Podkreślenia wymagało także, że nakazana przez Izbę łączna wartość zmian wynagrodzenia została określona przez wskazanie procentowe referujące do wartości przedmiotu umowy brutto. Skoro w dniu 2 grudnia 2022 r. zamawiający wydłużył okres świadczenia usługi, to w konsekwencji ulegnie również zwiększeniu wartość przedmiotu umowy brutto, uzależniona od ilości odpadów odebranych w okresie realizacji umów. Limit podwyższenia maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji ulegnie zatem także stosownemu podwyższeniu wskutek wydłużenia okresu realizacji zamówień.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że brak było jakichkolwiek podstaw do uznania, że wskutek wydłużenia okresów realizacji umów, mechanizm waloryzacji wynagrodzenia, nakazany przez Izbę z wyroku z 10.10.2022 r., uległ dezaktualizacji. W konsekwencji stwierdzono, że zamawiający nie był uprawniony do odstąpienia od czynności nakazanej przez Izbę w wyroku z dnia 10 października 2022 r. Odwołania, w zakresie zarzutów nr 2, podlegały zatem odrzuceniu, gdyż dotyczyły czynności wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby.

ZARZUTY NR 3 ODWOŁAŃ

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3 odwołań.

Zgodnie z przepisem art. 522 ust. 4 Pzp, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie zaś do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania z dnia 28 grudnia 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględni ww. zarzuty odwołań. Do postępowań odwoławczych, po stronie zamawiającego, nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowania odwoławcze, w zakresie ww. zarzutów, podlegały umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

ZARZUTY NR 4 ODWOŁAŃ

Ustalono, że specyfikacje warunków zamówienia (SWZ) zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej w dniu 6 września 2022 r.

Ustalono, że w rozdziale X ust. 1 pkt 8 (KIO 3333/22) / rozdziale IX ust. 1 pkt 8 (sygn. akt KIO 3340/22) szczegółowych warunków umów (SWU), stanowiących załącznik nr 4 do SWZ, zamawiający wskazał:

1. Wykonawca na czas realizacji zamówienia we własnym zakresie zapewnia:

8) pojazd służący do opróżniania pojemników określonych w Rozdziale II pkt 10 (KIO 3333/22) / pkt 13 (KIO 3340/22), który zapewnia 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°). 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.

Ustalono także, że w rozdziale II ust. 10. (KIO 3333/22) / ust. 13 (KIO 3340/22) szczegółowych warunków umów (SWU), stanowiących załącznik nr 4 do SWZ, zamawiający wskazał:

W dniu rozpoczęcia świadczenia usługi przez Wykonawcę, Zamawiający udostępni Wykonawcy, na okres od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi do ostatniego dnia realizacji usługi (...) pojemniki naziemne wyposażone w grzybek typu F90, zgodnie z załącznikiem nr 29 – „Rysunek techniczny uchwytu pojemnika” i z mechanizmem otwierania opisanym w załączniku nr 30 – „Europejski patent nr EP 1 172 308 B1”, usytuowane w Sektorze (...)

Ustalono także, że w § 4 projektu umowy zamawiający zastrzegł:

- 1. Czas trwania umowy: od dnia zawarcia do dnia zakończenia realizacji umowy, tj. do dnia 29.02.2024 r., z zastrzeżeniem ust. 3 i ust. 4.*
- 2. Z dniem zawarcia niniejszej umowy Wykonawca podejmie działania niezbędne do prawidłowego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, które Wykonawca rozpocznie w dniu określonym w ust. 3.*
- 3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. XI pkt 2, rozdz. XIII pkt 2, rozdz. XVI, świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia 01.01.2023 r. i nie później niż do dnia 31.12.2023 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy.*
- 4. Strony postanawiają, że termin zakończenia świadczenia usługi (o którym mowa w ust. 3) i termin zakończenia realizacji umowy (o którym mowa w ust. 1) może ulec skróceniu do dat, jakie wskaże Zamawiający jako datę zakończenia świadczenia usługi i datę zakończenia realizacji umowy z przyczyny określonej w ust. 5.*

Następnie ustalono, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że rozdział III pkt 4 otrzymał brzmienie:

„4. Czas trwania zamówienia: 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”.

Ustalono także, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że § 4 ust. 1 projektu umowy otrzymał brzmienie:

„1. Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy z zachowaniem następujących terminów:

- 1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1)-8) nie wcześniej niż 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy i nie później niż 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) obowiązki dotyczące zagospodarowania odpadów komunalnych nie później niż 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 3) zakończenie okresu sprawozdawczo-rozliczeniowego nie później niż 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy;
- 4) na wniosek Zamawiającego - wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy, jednak nie wcześniej niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”,

Ustalono ponadto, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że § 4 ust. 3 projektu umowy otrzymał brzmienie:

„3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. XI pkt 2, rozdz. XIII pkt 2, rozdz. XVI świadczony będzie nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów rozpocznie się nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”.

Ustalono także, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający, przy jednej z odpowiedzi na pytanie, zamieścił na swej stronie internetowej instrukcję mycia pojemników naziemnych.

Odwołujący w odwołaniach wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień § 4 ust. 3 Projektu Umowy w taki sposób aby uzyskał brzmienie:

„3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. X pkt 2, rozdz. XII pkt 2, rozdz. XV świadczony będzie nie wcześniej niż 14 dni po uzyskaniu przez Wykonawcę pojazdu typu presko i myjki specjalistycznej i nie później niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów rozpocznie się nie wcześniej niż 14 dni po odebraniu przez Wykonawcę sprzętu niezbędnego do przystąpienia do realizacji wykonania przedmiotu zamówienia pojazdu typu „presko” oraz specjalistycznej myjki.”.

Kolejno ustalono, że 27 grudnia 2022 r., po wniesieniu odwołań, zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że §4 ust. 1 projektu umowy otrzymał brzmienie:

„1. Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5, z zachowaniem następujących terminów:

- 1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1)-7) – rozpoczęcie świadczenia usług nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy oraz ich świadczenie przez okres 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług;*
- 2) realizacja obowiązków dotyczących zagospodarowania odpadów komunalnych - przez okres 20 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług,*
- 3) zakończenie okresu sprawozdawczo-rozliczeniowego - w terminie 1,5 miesiąca od dnia zakończenia realizacji obowiązków określonych w ppkt 2),*
- 4) na wniosek Zamawiającego - wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesiące, jednak nie wcześniej niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 21 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, o których mowa w ppkt 1).”*

Ustalono także, że 27 grudnia 2022 r., po wniesieniu odwołań, zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że §4 ust. 3 projektu umowy otrzymał brzmienie:

„3. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów rozpocznie się nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”

Odwołania, w zakresie zarzutów nr 4, podlegały odrzuceniu jak spóźnione.

Stosownie do art. 528 pkt 3 Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie zaś z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.*

Po pierwsze Izba wzięła pod uwagę, że już od momentu publikacji pierwotnej treści SWZ termin rozpoczęcia świadczenia usługi był ukształtowany podobnie. Zgodnie z §4 ust. 3 zd. 2 projektów umów (przed zmianami z 2 grudnia 2022 r.) Zamawiający przewidywał, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy.

Po drugie, dostrzeżenia wymagało, że już od momentu publikacji pierwotnej treści SWZ wykonawca zobowiązany był także do utrzymania pojemników w należytej czystości oraz w pełnej sprawności technicznej pojemników „z grzybkami typu F90”9 (Rozdział II pkt 10 lit. d) SWU dla Sektora III; Rozdział II pkt 13 lit. c SWU dla Sektora IV).

Po trzecie, jak wynikało z treści odwołania z dnia 16 września 2022 r. wykonawcy byli także świadomi, że pojemniki naziemne wyposażone w grzybek typu F90 wymagają opróżniania przy pomocy specjalistycznych pojazdów odbierających odpady (innych niż te służące do odbioru odpadów z pozostałych pojemników) – por. uzasadnienie zarzutów odwołania z 16 września 2022 r. wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 2440/22, przytoczone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r.

Po czwarte, już w poprzednim odwołaniu, rozpoznanym przez Izbę w wyroku z dnia 10.10.2022 r., odwołujący skarżył 30 dniowy termin na rozpoczęcie świadczenia usługi podnosząc, iż jest on niewystarczający. Odwołujący był także świadom, że musi pozyskać do momentu rozpoczęcia usługi pojazd służący do obsługi pojemników presko, co również kwestionował odwołaniem. Oba zarzuty zostały przez Izbę ww. wyrokiem oddalone.

W tej sytuacji stwierdzono, że zarzuty nr 4 odwołań zostały podniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Zdaniem Izby dnia 2 grudnia 2022 r. zamawiający jedynie dodatkowo opublikował instrukcję obsługi myjki, służącej do czyszczenia ww. pojemników. Jednakże zamieszczenie na stronie internetowej w tym dniu ww. instrukcji nie stanowiło żadnej nowej okoliczności usprawiedliwiającej przywrócenie terminu na skarżenie momentu rozpoczęcia realizacji usługi. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że myjka jest elementem pojazdu służącego do obsługi pojemników presko. Innymi słowy, myjka jest nakładką na pojazd służący do odbierania odpadów z takich pojemników. Wobec powyższego załączenie do SWZ instrukcji obsługi myjki nie wpłynęło na wynikający od początku z treści SWZ termin pozyskania pojazdu, którego elementem jest owa myjka.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby usiłował wprowadzić wywód, że myjkę należy odróżnić od pojazdu do obsługi pojemników presko, na którym jest ona montowana. Jednakże dostrzeżenia wymagało, że powyższe stanowisko odwołującego prezentowane w trakcie posiedzenia pozostawało w sprzeczności z wyraźną treścią uzasadnienia zarzutów nr 4 odwołań. W treści uzasadnienia, odwołujący bowiem w wielu fragmentach wprost traktował zakup pojazdu i myjki jako jeden, kompleksowy obowiązek. Na powyższe wskazywały choćby następujące fragmenty uzasadnienia:

Tymczasem czas niezbędny na zakup myjki i pojazdu „presko” to ok. 4 miesiące od daty zamówienia tych przedmiotów. Tego rodzaju pojazd i myjka nie jest wymagany nigdzie w

Polsce podczas świadczenie usług odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu, dlatego żaden wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu nie dysponuje nim w chwili obecnej. (...)

Koszt zakupu pojazdu i myjki jest wysoki, dlatego jego poniesienie jest uzasadnione tylko w przypadku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Co więcej uzasadniając zarzut odwołujący wprost potwierdził, że problemem uniemożliwiającym mu rozpoczęcie realizacji usługi w terminie miesiąca od zawarcia umowy jest de facto termin zakupu pojazdu systemu presko.

Z tych przyczyn skoro od czasu zamówienia pojazdu do jego realnego odbioru wg aktualnych informacji upłynąć ma 4 miesiące, a zgodnie z postanowieniami zmienionego w dniu 2.12.2022 r. SWU wykonawca ma rozpocząć usługę w ciągu 1 miesiąca od zawarcia umowy, to obiektywnie nie jest możliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy, zrealizowanie umowy od 1 dnia jej trwania za pomocą wymaganego „pojazdu presko” i myjki do czyszczenia pojemników.

Wreszcie, w kolejnej części uzasadnienia zarzutów nr 4 odwołań odwołujący wprost przyznał, że pojemniki naziemne wyposażone w grzybek typu F90, pojazdy do ich obsługi wraz z myjkami stanowią element jednego systemu „presko”. Odwołujący wskazał bowiem: *Wykonawcy działający na rynku polskim, nie korzystają z systemu presko (pojazdów, myjek i pojemników) dlatego w celu realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia zmuszeni są do powiększenia swojego parku maszynowego o te sprzęty, ale dopiero wtedy gdy będą mieli pewność, że za ich pomocą będą realizować usługę.*

W tej sytuacji Izba uznała za niewiarygodne i gołosłowne twierdzenia odwołującego, jakoby myjka nie była zwykłą „nakładką” na pojazd służący do odbierania odpadów z takich pojemników. Skoro zatem pojemnik, pojazd do jego obsługi i myjka, będąca nakładką na ww. pojazd stanowią element jednego systemu presko, a obowiązek utrzymania w czystości pojemników i zapewnienia do nich pojazdu systemu presko w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy istniał od samego początku w SWZ, to dołączenie do specyfikacji w dniu 2 grudnia 2022 r. instrukcji obsługi myjki, stanowiącej nakładkę na ww. pojazd, nie uzasadniało przywrócenia odwołującemu terminu do wniesienia odwołania wobec terminu rozpoczęcia realizacji usługi. W ocenie Izby zarzut mógł i powinien być wniesiony w terminie liczonym od dnia publikacji SWZ. Wobec powyższego stwierdzono, że odwołania, w zakresie zarzutów nr 4, podlegały odrzuceniu

ZARZUTY NR 5 ODWOŁAŃ

Ustalono, że specyfikacje warunków zamówienia (SWZ) zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej w dniu 6 września 2022 r.

KIO 3333/22

Ustalono, że w załączniku nr III „zestawienie kosztów zadania” zamawiający wskazał na następujące ilości odpadów:

1	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych	Mg	74 152,38
2	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z papieru i tektury	Mg	9 813,61
3	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła	Mg	7 625,86
4	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych	Mg	8 740,75
5	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie bioodpadów	Mg	14 944,74
6	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych	Mg	1 602,19
7	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków	Mg	18,26

Ustalono, że w dniu 2.12.2022 r. zamawiający dokonał zmiany załącznika nr III „zestawienie kosztów zadania” w ten sposób, że wskazał na następujące ilości odpadów:

1	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych	Mg	108 319,60
2	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z papieru i tektury	Mg	13 278,60
3	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła	Mg	11 547,30
4	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych	Mg	12 685,90
5	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie bioodpadów	Mg	22 768,80
6	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych	Mg	3 503,00

7	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków	Mg	27,00
---	---	----	-------

KIO 3340/22

Ustalono, że w załączniku nr III „zestawienie kosztów zadania” zamawiający wskazał na następujące ilości odpadów:

1	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych	Mg	46 723,09
2	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z papieru i tektury	Mg	6 855,64
3	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła	Mg	5 329,87
4	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych	Mg	5 719,74
5	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie bioodpadów	Mg	6 105,91
6	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych	Mg	991,17
7	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków	Mg	15,65

Ustalono, że w dniu 2.12.2022 r. zamawiający dokonał zmiany załącznika nr III „zestawienie kosztów zadania” w ten sposób, że wskazał na następujące ilości odpadów:

1	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych	Mg	43 706,70
2	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z papieru i tektury	Mg	6 088,50
3	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła	Mg	4 734,50
4	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych	Mg	6 382,30
5	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie bioodpadów	Mg	14 231,40

6	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych	Mg	1 080,70
7	Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie przeterminowanych leków	Mg	13,00

Ustalono kolejno, że odwołujący w obu odwołaniach wniósł o nakazanie zamawiającemu obniżenia ilości odpadów wskazanych w załącznikach nr III „zestawienie kosztów zadania” w taki sposób aby frakcje uległy zmniejszeniu o:

Frakcja		Procentowy poziom obniżenia
1	zmieszane (niesegregowanych) odpadów komunalnych	- 10%
2	odpadów z papieru i tektury	- 20%
3	odpadów ze szkła	- 10%
4	metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych	- 20%
5	biodopadów	- 5%
6	odpadów wielkogabarytowych	- 30%
7	przeterminowanych leków	- 5%

Odwołania, w zakresie zarzutów nr 5, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2022 r. dokonał modyfikacji SWZ, w wyniku której dokonał zwiększenia szacowanej ilości odpadów przypadającej do odbioru w okresie realizacji zamówień. Odwołujący podniósł w odwołaniach, że zmiana ilości odpadów miała być manipulacją ze strony zamawiającego.

Przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę także, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swych twierdzeń o tym, aby zwiększenie prognozowanej ilości odpadów do odebrania było manipulacją ze strony zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił także żadnej argumentacji dlaczego domagał się obniżenia szacowanej ilości odpadów o wskaźniki procentowe w wysokości wskazanej w żądaniach odwołań.

Odwołujący w odwołaniach wprawdzie oświadczył, że jako dowód przedkłada wyliczenia oraz artykuły i informacje potwierdzające prawidłowość wyliczenia i ogląd sytuacji. Jednakże, pomimo tych zapowiedzi, ostatecznie odwołujący takich dowodów nie złożył. Tym samym twierdzenia odwołującego w tym zakresie pozostały gołosłowne. Na uwagę zasługiwał także fakt, że zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołania zestawienie –

ilości odpadów głównych grup odpadów odbierane w latach 2018 – 2022 w podziale na sektory. Z porównania tego zestawienia z ilością odpadów prognozowaną do odbioru w latach 2023-2024 r. wynikało, że szacowane ilości znajdują oparcie w danych historycznych. Podkreślenia wymagało również, że odwołujący w trakcie rozprawy nie zakwestionował w jakimkolwiek zakresie danych przedstawionych w ww. zestawieniu. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności dokumentowi przedstawionemu przez zamawiającego.

Izba przy wyrokowaniu wzięła pod uwagę również fakt, że w dniu 2 grudnia 2022 r. zamawiający wydłużył także termin realizacji zamówienia z 12 do 18 miesięcy. Skoro zamawiający wydłużył okres realizacji zamówienia, to oczywistym było, że szacowana ilość odpadów przypadająca do odbioru w tym wydłużonym okresie także musiała ulec zwiększeniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty nr 5 odwołań nie zasługiwały na uwzględnienie.

ZARZUTY NR 6 ODWOŁAŃ

Ustalono, że specyfikacje warunków zamówienia (SWZ) zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej w dniu 6 września 2022 r.

Ustalono także, że w § 4 projektów umów zamawiający zastrzegł:

- 1. Czas trwania umowy: od dnia zawarcia do dnia zakończenia realizacji umowy, tj. do dnia 29.02.2024 r., z zastrzeżeniem ust. 3 i ust. 4.*
- 2. Z dniem zawarcia niniejszej umowy Wykonawca podejmie działania niezbędne do prawidłowego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, które Wykonawca rozpocznie w dniu określonym w ust. 3.*
- 3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. (...), świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia 01.01.2023 r. i nie później niż do dnia 31.12.2023 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zamawiający zastrzega, że termin rozpoczęcia świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy.*
- 4. Strony postanawiają, że termin zakończenia świadczenia usługi (o którym mowa w ust. 3) i termin zakończenia realizacji umowy (o którym mowa w ust. 1) może ulec skróceniu do dat, jakie wskaże Zamawiający jako datę zakończenia świadczenia usługi i datę zakończenia realizacji umowy z przyczyny określonej w ust. 5.*

Ustalono także, że w § 4 ust. 9 projektów umów, stanowiących załączniki nr 3 do SWZ, zamawiający zastrzegł:

Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi przed datą 31.12.2023 r. oraz zakończenia realizacji umowy przed datą 29.02.2024 r.

Ustalono także, że w § 11 ust. 12 projektu umowy (KIO 3333/22) / § 11 ust. 11 projektu umowy (KIO 3340/22), stanowiących załączniki nr 3 do SWZ, zamawiający przewidział:

Wykonawca nie może uważać kwoty określonej w ust. 1, jako kwoty, którą uzyska po zakończeniu realizacji niniejszej umowy. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych prac. Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę wynagrodzenia w kwocie określonej w ust. 1 oraz z tytułu nieosiągnięcia przez Wykonawcę w poszczególnych latach wynagrodzenia w kwotach przewidzianych w ust. 10, na dany rok. Zamawiający zobowiązuje się do zlecenia prac o wartości minimum 30% wartości umowy.

Kolejno ustalono, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SWZ w ten sposób, że § 4 ust. 1 projektów umów otrzymał brzmienie:

„1. Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy z zachowaniem następujących terminów:

- 1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt (...) nie wcześniej niż 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy i nie później niż 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy;*
- 2) obowiązki dotyczące zagospodarowania odpadów komunalnych nie później niż 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy;*
- 3) zakończenie okresu sprawozdawczo-rozliczeniowego nie później niż 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy;*
- 4) na wniosek Zamawiającego - wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy, jednak nie wcześniej niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”,*

Ustalono także, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji SWZ w wyniku której § 4 ust. 9 projektu umowy otrzymał brzmienie:

„Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi odbioru odpadów przed upływem 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz zakończenia realizacji umowy przed upływem 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”

Kolejno ustalono, że odwołujący wniósł w odwołaniach o nakazanie zamawiającemu jednoznacznego określenia okresu świadczenia usług z uwzględnieniem realnego czasu na jej wykonanie i przy uwzględnieniu okoliczności, które mogą utrudnić przeprowadzenie prawidłowego oszacowania ceny oferty tj. w terminie od 1.07.2023 r. do 31.12.2024 r. oraz nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia postanowień § 4 ust. 9 projektu umowy w taki sposób, aby nie mogły być użyte jako podstawa do „obejścia” zobowiązania do zlecenia prac o wartości minimum 30% wartości umowy.

Kolejno ustalono, że zamawiający w dniu 27 grudnia 2022 r., po wniesieniu odwołań, dokonał modyfikacji SWZ w ten sposób, że §4 ust. 1 projektu umowy otrzymał brzmienie:

„1. Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5, z zachowaniem następujących terminów:

1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt (...) – rozpoczęcie świadczenia usług nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy oraz ich świadczenie przez okres 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług;

2) realizacja obowiązków dotyczących zagospodarowania odpadów komunalnych - przez okres 20 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług,

3) zakończenie okresu sprawozdawczo-rozliczeniowego - w terminie 1,5 miesiąca od dnia zakończenia realizacji obowiązków określonych w ppkt 2),

4) na wniosek Zamawiającego - wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy, jednak nie wcześniej niż po upływie 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 21 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług, o których mowa w ppkt 1).”

Postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów nr 6 odwołań podlegały umorzeniu (w części dotyczącej terminu realizacji zamówień); w pozostałym zakresie zarzuty nr 6 odwołań podlegały odrzuceniu.

Izba stwierdziła, że postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów nr 6 odwołań podlegały umorzeniu (w części dotyczącej terminu realizacji zamówień), gdyż dalsze prowadzenie postępowań odwoławczych w tym zakresie stało się zbędne.

Stosownie do art. 568 pkt 2 Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

Jak wynikało z uzasadnienia zarzutów nr 6 odwołań (w części dotyczącej terminu realizacji zamówień) powodem ich sformułowania było to, że 2 grudnia 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji projektów umów w ten sposób, że wskazał, że usługi w zakresie odbioru odpadów mają być realizowane nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy i nie później niż po upływie 19 miesięcy. Zdaniem odwołującego powyższe miało spowodować, że nie będzie możliwe jednoznaczne ustalenie terminu realizacji umowy. Odwołujący argumentował także, że wykonawca nie jest w stanie ustalić, ile miesięcy będzie trwała umowa.

Kolejno przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp, *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego*. Przepis ten nakłada na Izbę obowiązek wzięcia pod uwagę przy orzekaniu stanu rzeczy istniejącego w momencie wyrokowania. Izba zobowiązana była zatem uwzględnić istniejącą na dzień orzekania modyfikację postanowień SWZ, które zostały zaskarżone w odwołaniach.

Kierując się wskazaniem wynikającym z art. 552 ust. 1 Pzp Izba stwierdziła, że na moment orzekania w sprawie sporne postanowienia SWZ zostały zmienione. W dniu 27 grudnia 2022 r., po wniesieniu odwołań, zamawiający dokonał bowiem modyfikacji SWZ w ten sposób, że §4 ust. 1 projektów umów otrzymał brzmienie:

„Umowa obowiązuje przez okres 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy, z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5, z zachowaniem następujących terminów:

- 1) świadczenie usług, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt (...) – rozpoczęcie świadczenia usług nie wcześniej niż po upływie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy oraz ich świadczenie przez okres 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług;*
- 2) realizacja obowiązków dotyczących zagospodarowania odpadów komunalnych - przez okres 20 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług.*

Jak wynikało z powyższej modyfikacji, w jej wyniku zamawiający jednoznacznie określił, iż usługi będą realizowane przez okres 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia ich świadczenia, zaś usługi zagospodarowania będą wykonywane przez okres 20 miesięcy od dnia rozpoczęcia realizacji. Zamawiający tym samym wykreślił zatem sformułowanie, że umowa

będzie realizowana nie później niż po upływie 18 miesięcy, co rzeczywiście mogło być źródłem wątpliwości podnoszonych w uzasadnieniu zarzutów odnośnie braku zagwarantowania przez zamawiającego minimalnego okresu realizacji usługi. Jednakże na moment orzekania w sprawie powyższe, skarżone w odwołaniu zapisy zostały przez zamawiającego usunięte, co czyniło zbędnym wyrokowanie przez Izbę w ww. zakresie.

Zarzuty nr 6 odwołań podlegały odrzuceniu w pozostałym zakresie.

Stosownie do art. 528 pkt 3 Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zgodnie zaś z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.*

W uzasadnieniu zarzutów nr 6 odwołań odwołujący zakwestionował także wprowadzony przez zamawiającego w dniu 2 grudnia 2022 r. zapis w ust. 9 w § 4 projektu umowy, który otrzymał brzmienie: *„Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi odbioru odpadów przed upływem 19 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz zakończenia realizacji umowy przed upływem 22,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy.”.*

Jednakże , wbrew twierdzeniom odwołującego dokonanie modyfikacji § 4 ust. 9 w dniu 2 grudnia 2022 r., nie uprawniało go do liczenia terminu na wniesienie odwołania od dnia tej modyfikacji. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że przed modyfikacją z 2 grudnia 2022 r. postanowienie § 4 ust. 9 projektów umów, posiadało podobne brzmienie: *Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi przed datą 31.12.2023 r. oraz zakończenia realizacji umowy przed datą 29.02.2024 r.*

Jak wynikało z porównania zapisów pierwotnego i skarżonego postanowienia § 4 ust. 9, zamawiający w dniu 2 grudnia 2022 r. dostosował jedynie zapis do nowego terminu realizacji usługi, zmienionego także w tym dniu. Zmiana nie prowadziła jednak do modyfikacji samego mechanizmu, regulującego skutki sytuacji, gdy umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu ze względu na wyczerpanie się środków finansowych w niej określonych. Zamawiający od samego początku przewidywał w SWZ, że jeśli usługa będzie świadczona w krótszym okresie niż pierwotnie przewidziany, z uwagi na wcześniejsze wyczerpanie się środków, to wykonawca nie będzie mógł z tego tytułu formułować roszczeń względem

zamawiającego. Jeśli odwołujący nie zgadzał się z ww. mechanizmem, który w SWZ został przewidziany od samego początku, to powinien wnieść odwołanie w terminie liczonym od dnia publikacji treści SWZ, to jest od dnia 6 września 2022 r., a nie od dnia 2 grudnia 2022 r. Wobec powyższego stwierdzono, że odwołania w tym zakresie podlegały odrzuceniu, na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołań. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 2-5 sentencji posiadały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio odrzucenia części odwołań, umorzenia części postępowań odwoławczych oraz kosztów postępowań, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2-5 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanych sprawach, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołań w ww. części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za*

wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanych sprawach odwołania częściowo podlegały odrzuceniu. Ponadto, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołania okazały się niezasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowań ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowań składały się wpisy od odwołań uiszczone przez odwołującego w kwocie 15.000 zł w każdej ze spraw, oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, w każdej ze spraw. Koszty te zostały ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt spraw.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §11 w zw. z §9 ust. 3 pkt 2 w zw. § 8 ust. 1 w zw. z art. 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).

Wobec powyższego, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....