

Sygn. akt: KIO 1540/20

WYROK

z dnia 22 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 lipca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020r. przez **wykonawcę FCC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego NOVA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Śniadeckich 14**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów:

a) naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy oraz art. 7 ustawy przez opisanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, w zakresie w jakim zamawiający w treści rozdziału XXIV pkt 24. 3. SIWZ określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

**- W zakresie termin płatności - każda oferta może uzyskać maksymalnie 40 punktów.
7 dni -10 punktów 14 dni - 20 punktów 30 dni - 40 punktów oraz**

b) naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 15 oraz 15r ustawy COVID-19 przez pominięcie w projekcie umowy ukształtowania obowiązków notyfikacyjnych związanych z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę, a także ograniczeń dotyczących dopuszczalności potrącenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o których mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzycelności, w związku z ogłoszenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskie stanu epidemii i zmian, w tym przepisów szczególnych, związanych z wdrożeniem przedmiotowego stanu lub stanu zagrożenia epidemicznego oraz możliwych jego skutków na przyszłość

- na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy,

2. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z 41 pkt 4) ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, i sprzeczny z istotą stosunku zobowiązaniowego w zakresie, w jakim zamawiający gwarantuje wykonawcy wykonanie wyłącznie 2% przedmiotu umowy, a co w konsekwencji narusza zasady uczciwej konkurencji, a także stanowi niczym nieuzasadnione przerzucenie ryzyka ekonomicznego na wykonawców, a także pozostaje sprzeczne z realizacją zamówienia na podstawie umowy zawartej w trybie przetargu nieograniczonego, w sposób mający wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim zamawiający w rozdziale III SIWZ zobowiązuje się do przekazania wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 100 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości zamawiający ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych, przy szacunkowej ilości odpadów do zagospodarowania od 3 000 [Mg] do 5 000 [Mg], zaś ich nieosiągnięcie nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony zamawiającego

- na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy,

3. oddała odwołanie w pozostałym zakresie,

4. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę FCC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10** i :

4.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę FCC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. Zasądza od **wykonawcy FCC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10** na rzecz zamawiającego **NOVA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Śniadeckich 14** kwotę 4 293zł. 50 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego i dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10 odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 czerwca 2020r. za numerem 2020/S 120-292429.

W dniu 6 lipca 2020r. odwołanie wniósł wykonawca FCC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 lipca 2020r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 6 lipca 2020r. Odwołanie zostało wniesione wobec:

- 1) opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady określone w przepisach prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający odwołującemu rzetelne przygotowanie oferty w szczególności zaś ustalenie właściwej ceny ofertowej,
- 2) opisaniu przedmiotu zamówienia z pominięciem szczególnych warunków realizacji umów zawartych trybie ustawy prawo zamówień publicznych w związku z przepisami ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 r. poz. 1086).
- 3) zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a to polegającą na ogłoszeniu przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiot jest już objęty ważną i wiążącą umową o zamówienie publiczne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z 41 pkt 4) ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, i sprzeczny z istotą stosunku zobowiązaniowego w zakresie, w jakim zamawiający gwarantuje wykonawcy wykonanie wyłącznie 2% przedmiotu umowy, a co w konsekwencji narusza zasady uczciwej konkurencji, a także stanowi niczym nieuzasadnione przerzucenie ryzyka ekonomicznego na wykonawców, a także pozostaje sprzeczne z realizacją zamówienia na podstawie umowy zawartej w trybie przetargu nieograniczonego, w sposób mający wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim zamawiający w rozdziale III SIWZ zobowiązuje się do przekazania wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 100 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości

zamawiający ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych, przy szacunkowej ilości odpadów do zagospodarowania od 3 000 [Mg] do 5 000 [Mg], zaś ich nieosiągnięcie nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony zamawiającego.

2) Naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy oraz art. 7 ustawy przez opisanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, w zakresie w jakim zamawiający w treści rozdziału XXIV pkt 24. 3. SIWZ określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

- W zakresie termin płatności - każda oferta może uzyskać maksymalnie 40 punktów.

7 dni - 10 punktów 14 dni - 20 punktów 30 dni - 40 punktów

3) Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 15 oraz 15r ustawy COVID-19 przez pominięcie w projekcie umowy ukształtowania obowiązków notyfikacyjnych związanych z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę, a także ograniczeń dotyczących dopuszczalności potrącenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o których mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, w związku z ogłoszenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskie stanu epidemii i zmian, w tym przepisów szczególnych, związanych z wdrożeniem przedmiotowego stanu lub stanu zagrożenia epidemicznego oraz możliwych jego skutków na przyszłość;

Zaniechaniu zamawiającego opisanemu w punkcie 3] powyżej zarzucił:

4) Naruszenie art. 99 ustawy w zw. z art. 101 a ustawy oraz 7 ustawy przez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy w istocie zamiarem zamawiającego jest dokonywanie wyboru przy przekazaniu danych partii odpadów pomiędzy stronami dwóch równolegle obowiązujących umów o zamówienie publiczne

5) Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 7 ustawy w zw. z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych przez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo okoliczności, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wniósł o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji:

I. W przypadku uwzględnienia zarzutów określonych w punktach 1) – 3) odwołania o nakazanie zamawiającemu:

1) Zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia w następujący sposób:

a) przez dokonanie zmiany w rozdziale III SIWZ redakcji akapitu 3 opisu przedmiotu zamówienia, przez wykreślenie zapisów dotyczących braku odpowiedzialności zamawiającego za przekazanie do zagospodarowania odpadów w mniejszej ilości niż wynika

to z przedmiotu umowy, a także zwiększenia gwarancji wykonania, przez zobowiązanie do przekazania co najmniej minimalnej szacunkowej ilości odpadów tj. 3 000 [Mg];

b) w rozdziale XXIV SIWZ dokonał zmiany pozacenowych kryteriów oceny ofert, w sposób zgodny z przepisami ustawy;

c) w rozdziale XXVI SIWZ dokonał zmiany istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przez uwzględnienie wymogów prawa powszechnie obowiązującego, a w szczególności określił:

- obowiązki notyfikacyjne stron związane z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę;

- zmienił zasady dotyczące odpowiedzialności za zastrzeżone kary umowne;

2) Zmiany wzoru umowy o zamówienie publiczne w następujący sposób:

1. przez uzupełnienie wzoru umowy o zamówienie publiczne w § 7 Projektu umowy po ust. 5 w związku z okolicznościami związanymi z epidemią COVID- 19 i jej skutkami przez dodanie ust. 6 o następującej treści:

Zmawiający zobowiązuje się, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, że nie dokona potrącenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

2. przez uzupełnienie wzoru umowy o zamówienie publiczne w § 9 Projektu umowy po ust. 5 w związku z okolicznościami związanymi z epidemią COVID- 19 i jej skutkami przez dodanie ust. 3 o następującej treści:

ust. 3. Zamawiający zobowiązuje się, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, że nie będzie dochodził zaspokojenia roszczeń z tytułu kary umownej z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

3. w związku z okolicznościami braku możliwości prognozowania wzrostu cen w zagospodarowania odpadów frakcji palnej o następującej treści:

Strony ponadto dopuszczają możliwość zmiany umowy w przypadku, gdy nastąpi zmiana rzeczywistych poziomów cen materiałów, pracy, sprzętu i stawek robocizny jakie kształtują się w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zmiana będzie proporcjonalna do wzrostu faktycznych cen. Zmiana mówi w zakresie ceny nie może być większa niż % ogólnej wartości zamówienia.

II. W przypadku uwzględnienia zarzutu określonego w punktach 4)-5) niniejszego odwołania wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

III. Wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (radcy prawnego) reprezentującego odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący zastrzega sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu osób reprezentujących odwołującego na posiedzenie.

IV. Wniósł o przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści niniejszego odwołania.

Występowanie warunków szczególnych związanych z epidemią COVID-19 w dacie ogłoszenia o zamówieniu publicznym, w tym regulacji szczególnych dotyczących realizacji umów zawartych w trybie ustawy

Dnia 8 marca 2020 r. w życie weszła ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej również jako „ustawa COVID-19”). Dnia 14 marca 2020 r. na terenie Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszony został stan zagrożenia epidemicznego związanego z wirusem SARS-COV-2 wywołującym chorobę COVID-19. Następnie dnia 20 marca 2020 r. ogłoszono stan epidemii związany z ww. wirusem i wywoływaną nią choroba (dalej również jako: „koronawirus”). Dnia 24 czerwca 2020 r. w życie weszła ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o opłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, która znowelizowała przepisy ustawy COVID-19, w zakresie, w jakim ustanawiają szczególne warunki realizacji umów o udzielenie zamówienia publicznego tj. art. 15 r i 15 r.

Wyżej wskazane regulacje prawne wprowadzają szereg rozwiązań o charakterze szczególnym, które dotyczą nie tylko umów związanych z realizacją zamówienia publicznego, ale także ściśle sposobu świadczenia usług z zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, które stanowią przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie. I tak wskazać należy m.in. na następujące regulacje:

- Art. 15r. ustawy COVID-19, zgodnie z treścią którego:

„1. Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - 'Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Strony umowy potwierdzają ten wpływ dołączając do informacji, o której mowa w zdaniu pierwszym, oświadczenia lub dokumenty, które mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) nieobecności pracowników lub osób świadczących pracę za wynagrodzeniem na innej podstawie niż stosunek pracy, które uczestniczą lub mogłyby uczestniczyć w realizacji zamówienia;
- 2) decyzji wydanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego lub działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, w związku z przeciwdziałaniem COVID-19, nakładających na wykonawcę obowiązek podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych;
- 3) poleceń lub decyzji wydanych przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów, związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, o których mowa w art. 11 ust. 1-3;
- 4) wstrzymania dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- 5) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy;
- 6) okoliczności, o których mowa w pkt 1-5, w zakresie w jakim dotyczą one podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

2. Każda ze stron umowy: o której mowa w ust. 1, może żądać przedstawienia dodatkowych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie tej umowy.

3. Strona umowy, o której mowa w ust. 1, na podstawie otrzymanych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w ust. 1 i 2, w terminie 14 dni od dnia ich otrzymania, przekazuje drugiej stronie swoje stanowisko, wraz z uzasadnieniem, odnośnie do wpływu okoliczności, o których mowa w ust. 1, na należyte jej wykonanie. Jeżeli strona umowy otrzymała kolejne oświadczenia lub dokumenty, termin liczony jest od dnia ich otrzymania.

4. Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, wpływają na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, w uzgodnieniu z wykonawcą dokonuje zmiany umowy, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w szczególności przez:

- 1) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
 - 2) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
 - 3) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy,
- o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

4a. W przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy, o której mowa w ust. 1, zamawiający, w uzgodnieniu z wykonawcą, może dokonać zmiany umowy zgodnie z ust. 4.

6. Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia dotyczące kar umownych lub odszkodowań z tytułu odpowiedzialności za jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie z powodu oznaczonych okoliczności, strona umowy, o której mowa w ust. 1, w stanowisku, o którym mowa w ust. 3, przedstawia wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie oraz wpływ okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, na zasadność ustalenia i dochodzenia tych kar lub odszkodowań, lub ich wysokość.

(...)

- Art. 15r1

1. W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

2. W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, bieg terminu przedawnienia roszczenia zamawiającego, o którym mowa w ust. 1, nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu. Upływ terminu, o którym mowa w zdaniu pierwszym, może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 120 dni od dnia odwołania tego ze stanów, który obowiązywał jako ostatni.

3. W przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie, o którym mowa w ust. 1, zamawiający nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o którym mowa w tym przepisie, o ile wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia, każdorazowo przedłuży jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez zamawiającego.

4. W przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie między 91. a 119. dniem po odwołaniu stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, termin ważności tego zabezpieczenia przedłuża się, z mocy prawa, do 120. dnia po dniu odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19.

5. Obliczając terminy, o których mowa w ust. 1-4, dzień odwołania ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii w związku z COVID-19 wlicza się do tych terminów.

Wyżej wskazane okoliczności zostały wprowadzone z uwagi na fakt, iż niewątpliwie mają one wpływ na możliwość i sposób realizacji zobowiązań kontraktowych w dobie epidemii, w tym mogą mieć wpływ na sposób i zakres realizacji usług składających się na przedmiot zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie, do czego odwołujący odniesie się szerzej w części II uzasadnienia odwołania.

3. Treść Opisu Przedmiotu Zamówienia

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający zawarł m.in. następujące regulacje:

- W rozdziale III

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest:

Zagospodarowanie odpadów o kodzie 1912 10 - odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120.

Zamówienie obejmuje okres od momentu zawarcia umowy do 31 grudnia 2020 r.

Szacunkowa ilość odpadów do zagospodarowania: od 3 000 [Mg] do 5 000 [Mg]. zamawiający zastrzega, że tak określona ilość odpadów jest ilością orientacyjną i zagospodarowanie odpadów w ilości mniejszej, niż 3 000 [Mg] nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony zamawiającego, z zastrzeżeniem, że zamawiający jest zobowiązany do przekazania Wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 100 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości zamawiający ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych przewidzianych prawem powszechnie obowiązującym.

- W rozdziale XXIV

24.3 Przy wyborze oferty zamawiający przyjął następujące kryteria i ich znaczenie:

a) cena -60%

b) termin płatności -40%

W zakresie kryterium - ocena z najniższą ceną brutto otrzyma maksymalną ilość punktów - 60, pozostałe otrzymają ilość punktów obliczonych wg następującej formuły:

Wskaźnik ceny = najniższa cena/cena badanego wykonawcy x 60

W zakresie terminu płatności - każda oferta może uzyskać maksymalnie 40 punktów.

7 dni-10 pkt.

14 dni-20 pkt.

30 dni - 40 pkt.

- W rozdziale XXVI

26.4 zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy stosunku do treści oferty oraz określa zakres, warunki i charakter takiej zmiany, tj.

- w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zmiana będzie możliwa w razie zmiany przepisów powodujących konieczność zastosowania innych rozwiązań niż zakładano w opisie przedmiotu zamówienia,

- w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, wysokości wynagrodzenia oraz sposobu i terminów spełniania świadczeń określonych umową zmiana będzie możliwa jeżeli zmiana jest korzystna dla zamawiającego (np. gdy obniży to koszty zadania),
 - w zakresie obowiązującej stawki VAT zmiana będzie możliwa, jeżeli zmiana stawki VAT będzie powodować zwiększenie kosztów wykonania umowy po stronie Wykonawcy, zamawiający dopuszcza możliwość zwiększenia wynagrodzenia o kwotę równą różnicy w kwocie podatku zapłaconego przez wykonawcę,
 - w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, wysokości wynagrodzenia oraz sposobu i terminów spełniania świadczeń określonych umową zmiana będzie możliwa jeżeli jej dokonanie wynika z wydania przez organy administracji decyzji lub innych aktów związanych z przedmiotem dostawy i mających wpływ na realizację umowy przez którąkolwiek ze stron.
- W treści Projektu umowy zamawiający zawarł m.in. następujące regulacje:

Wynagrodzenie za przedmiot umowy

§5. 4. Uzgodnione wynagrodzenie za I[Mg] odpadów jest niezmiennie do końca realizacji niniejszej umowy.

Kary umowne

§7. 1. Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 5 ust. 2 lit. B) niniejszej umowy (łącznie cena oferty brutto) za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy.

2. Za każdy dzień opóźnienia w przyjęciu przez wykonawcę odpadów w stosunku do harmonogramu, o którym mowa w zgodnie z § 3 ust. 4 niniejszej umowy, zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 5 ust. 2 lit. B) niniejszej umowy (łącznie cena oferty brutto).

3. Zamawiającemu służy prawo potrącania kar umownych z należnego wynagrodzenia bez dalszych wezwań.

4. Strony zastrzegają sobie prawo do odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości poniesionej szkody.

5. Za szkody wyrządzone zamawiającemu przez wykonawcę z innych tytułów, wykonawca odpowiada według zasad określonych w Kodeksie Cywilnym.

Postanowienia końcowe

§9. 1. Zmiana postanowień zawartej umowy może nastąpić za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności takiej zmiany, jedynie w przypadkach podanych w SIWZ.

2. Strony ponadto dopuszczają możliwość zmiany umowy w przypadku, gdy w dacie obowiązywania umowy obowiązywał będzie stan epidemii lub stan zagrożenia epidemiologicznego, a wdrożone na podstawie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw wraz ze

zmianami lub innymi aktami szczególnymi restrykcje, obostrzenia, zakazy lub nakazy będą miały wpływ na sposób, zakres i możliwość realizacji przedmiotu niniejszej umowy, w tym w szczególności w przypadku:

- a) przedłużenia przez organy władzy publicznej obowiązywania restrykcji i norm szczególnych związanych ze stanem epidemii lub zagrożenia epidemiologicznego,
- b) wprowadzenie nowych zmian w przepisach prawa w zw. ze stanem epidemii lub stanem zagrożenia epidemiologicznego,
- c) wprowadzenie jednego ze stanów nadzwyczajnych (stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej),
- d) wystąpienia niemożliwych do przewidzenia na dzień złożenia oferty skutków gospodarczych związanych z epidemią COVID-19.

W przypadku ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek, o których mowa powyżej możliwe będzie w dokonanie zmian umowy w szczególności w zakresie: terminów realizacji poszczególnych usług składających się na przedmiot umowy, zakresu prac składających się na przedmiot umowy oraz sposobu świadczenia, należytego wykonawcy wynagrodzenia.

Wyżej przytoczone postanowienia SIWZ oraz Projektu umowy w ocenie odwołującego są niezgodne z wymogami sporządzenia tego dokumentu określonymi w przepisach ustawy, a w części pozostają w sprzeczności z przepisami innych ustaw. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z raportem Prezesa UOKiK z dnia 11 maja 2020 r. „Badanie rynku usług związanych z zagospodarowaniem odpadów komunalnych w instalacjach w latach 2014-2019” standardowe struktury kosztów w ujęciu rodzajowym faktycznie różnią się od ceny zakupu usług polegających na przyjęciu frakcji palnej z odpadów. W instalacjach, które w związku z morfologią odpadów na danym terenie, wydobywały z nich duże ilości frakcji palnej - udział tego rodzaju kosztów mógł przekraczać nawet 40% kosztów ogółem.

Niezależnie od powyższego postanowienia Projektu umowy nie uwzględniają w ogóle okoliczności faktycznych wynikających z pandemii COVID-19, na które naprowadzono w ramach punktu 2 powyżej.

4. umowa nr 4/2020 z dnia 1 lutego 2020 r.

Niezależnie od wyżej wskazanych okoliczności faktycznych, odwołujący, co ma kluczowe znaczenie dla zarzutu sformułowanego w punkcie 5) odwołania, dnia 1 lutego 2020 r. zamawiający zawarł z wykonawcami skupionymi w ramach konsorcjum, w składzie KOMPOSTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, MPGK Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze oraz FCC Podhale Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu umowę numer 4/2020 na odbiór i odzysk odpadów o kodzie 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120 (dalej jako: „umowa”). FCC Podhale Sp. z o.o. oraz MPGK Sp. z o.o. skupione są w ramach wspólnej grupy kapitałowej FCC Environment CEE Group, której członkiem jest odwołujący. Przedmiotowa umowa została zawarta w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i odzysk odpadów o kodzie 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120" nr postępowania NV/V/P_Z/12/2019/4784. Przedmiot powołanego postępowania w istocie stanowi przedmiot tożsamy z przedmiotem postępowania tj. obejmuje również odbiór i odzysk odpadów o kodzie 19 12 10 z Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120. Dla postępowania tego w istocie określono tożsame warunki udziału w postępowaniu, jak dla postępowania. Co zaś wymaga podkreślenia przedmiotowe postępowanie, a w konsekwencji przedmiot umowy zawartej wskutek jego udzielenia, obejmują okres od daty zawarcia umowy (1 lutego 2020 r.) do 31 grudnia 2020 r. W ramach przedmiotu umowy konsorcjanci obowiązani są do odbioru wyżej wskazanych odpadów w ilości 11 000 [Mg].

Dowód: [3] Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania o numerze NV/V/P_Z/12/2019/4784

[4] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dot. postępowania o numerze NV/V/P_Z/12/2019/4784

[5] umowa nr 4/2020 z dnia 1 lutego 2020 r.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że wyżej oznaczeni wykonawcy umowę realizują w sposób należyty, zaś oznaczone w niej ilości odpadów nie zostały wyczerpane. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do ogłoszenia przez zamawiającego postępowania, którego przedmiot stanowi powielenie realizowanej już umowy, co ma zmierzać wyłącznie do pokrzywdzenia wykonawców należących z odwołującym do wspólnej grupy kapitałowej FCC Environment CFE Group, realizujących przedmiot umowy.

5. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania o numerze NV/V/P_Z/3/2020/2155

W dniu 5 maja 2020 r zamawiający dokonał ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120" nr referencyjny u zamawiającego NV/V/P_Z/3/2020/2155, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 087-207865 z dnia 5.05.2020 r., którego przedmiot pokrywał się zarówno z przedmiotem usług realizowanych na podstawie umowy nr 4/2020 z dnia 1 lutego 2020 r., a także z przedmiotem niniejszego postępowania.

Dowód: [6] Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania o numerze NV/V/P_Z/3/2020/2155 [7] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

W dniu 14 maja 2020 r. Odwołujący, FCC Polska Sp. z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dot. postępowania o numerze NV/V/P_Z/3/2020/2155.

Dowód: [8] Zawiadomienie o złożeniu odwołania z dnia 18.05.2020 r.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający - NOVA Sp. z o.o. - pomimo zaskarżenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez odwołującego, procedował nadal w postępowaniu. Z uwagi na fakt, że do dnia wyznaczonego na termin złożenia ofert tj. 15 czerwca 2020 r. godzina 9.00 nie wpłynęła żadna oferta, zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy W tym stanie rzeczy dalsze podtrzymywanie odwołania było bezprzedmiotowe, wobec czego, Odwołujący cofnął wniesiony środek zaskarżenia.

Dowód: [9] Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 15 czerwca 2020 r.

6. Zawiadomienie o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

Na marginesie stanu faktycznego, dotyczącego przedmiotu odwołania, odwołujący nadmienił, że zamawiający, poza zamówieniem dotyczącym zagospodarowania odpadów o 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne), prowadzi obecnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację usług:

- Transport odpadów o kodzie 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne) z ZZO w Nowym przy ul. Tarnowskiej 120, nr referencyjny u zamawiającego NV/V/P_Z/3/2020/2155;
- Zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12 (powyżej 80 mm) - inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty z mechanicznej obrabi odpadów inne niż wymienione w 19 12 11) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120, nr referencyjny u zamawiającego NV/V/P_Z/4/2020/2156;
- Transport odpadów o kodzie 19 12 12 (powyżej 80 mm) - inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty z mechanicznej obrabi odpadów inne niż wymienione w kodzie 19 12 11) z ZZO w Nowym przy ul. Tarnowskiej 120, nr referencyjny u zamawiającego NV/V/P_Z/5/2020/2861.

które to postępowania swoim przedmiotem obejmują usługi realizowane przez wykonawców należących z odwołującym do wspólnej grupy kapitałowej FCC Environment CEE Group.

Z tego względu odwołujący w dniu 23 czerwca 2020 r. dokonał zgłoszenia do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie, właściwej przez wzgląd na siedzibę zamawiającego o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez NOVA Sp. z o.o. Powyższe okoliczności są istotne z uwagi na dopełnienie szczegółowej argumentacji dotyczącej zaniechania opisanego w pkt 3 odwołania.

Zarzut naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z 41 pkt 4) ustawy w zw. z art. 7 ustawy

W punkcie 1) petitum odwołania sformułowano zarzuty dotyczące niezgodności SIWZ z określonymi w ustawie prawo zamówień publicznych warunkami, jakim powinien odpowiadać przygotowywany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia tj.: przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, i sprzeczny z istotą stosunku zobowiązaniowego w zakresie, w jakim zamawiający gwarantuje wykonawcy wykonanie wyłącznie 2% przedmiotu umowy, a co w konsekwencji narusza zasady uczciwej konkurencji,

a także stanowi niczym nieuzasadnione przerzucenie ryzyka ekonomicznego na wykonawców, a także pozostaje sprzeczne z realizacją zamówienia na podstawie umowy zawartej w trybie przetargu nieograniczonego, w sposób mający wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim zamawiający w rozdziale III SIWZ zobowiązuje się do przekazania Wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 100 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości zamawiający ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych, przy szacunkowej ilości odpadów do zagospodarowania od 3 000 [Mg] do 5 000 [Mg], zaś ich nieosiągnięcie nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego zarzutu wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza (dalej również jako „KIO”) w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracała uwagę, że: „Opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, ale też umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów. Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia na tyle jak tylko jest to możliwe. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt 1555/19; podobnie KIO w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r. (sygn. KIO 1129/19). Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie i w sposób jednoznaczny wskazywała zarówno na obowiązek takiego określenia przedmiotu zamówienia, który pozwoli wykonawcą na skalkulowanie ceny ofertowej z uwzględnieniem wszelkich obowiązków składających się na dane zamówienie publiczne, jak i wyraźnie przeciwstawiając się przerzucaniu na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyk kontraktowych (np. w wyroku z dnia 21 maja 2019 r., sygn. akt KIO 847/19).

W odniesieniu do powyższego, dalej wskazać należy, na KIO wytyczne w zakresie sporządzania przez zamawiający publicznych opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z zasadami wyrażonymi w art. 7 ustawy w tym w szczególności zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą proporcjonalności. Co prawda podzielić należy stanowisko wielokrotnie prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą tj. co do tego, że zamawiający, jako dysponent zamówienia publicznego, może określić sposób realizacji przedmiotu zamówienia nawet na zasadach bardziej restrykcyjnych niż wynikające z obowiązujących przepisów prawa, musi to jednak być wyraźnie uzasadnione potrzebami danego zamawiającego, a ponadto pozostawać w odpowiedniej proporcji do celu,

jaki realizować ma dane zamówienie publiczne (por. wyrok KIO z dnia 21 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 168/19).

Obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontaktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie odwołującego zamawiający zaniechał dochowania wyżej wskazanych reguł w zakresie, w jakim w treści opisu przedmiotu zamówienia gwarantuje wykonawcom wykonanie wyłącznie 2% przedmiotu umowy. Powyższe postanowienie po pierwsze pozostaje w sprzeczności ze wskazanymi w treści SIWZ ilościami odpadów, jakie mają podlegać odbiorowi na podstawie niniejszej umowy (tj. szacunek pomiędzy 3.000 Mg, a 5.000 Mg), ponadto zaś czynią w zasadzie niemożliwym właściwe skalkulowanie ceny ofertowej przez wykonawców. Oczywistym jest, że dla właściwej kalkulacji ceny ofertowej konieczne jest uwzględnienie nie tylko kosztu utylizacji określonego odpadu, ale również kosztów stałych związanych z obsługą danego kontraktu tj. kosztów personelu, kosztów utrzymania właściwego potencjału technologicznego, pozostawiania w gotowości do świadczenia usług. Nie może zatem zostać uznane za prawidłowe określenie minimalnej ilości odpadów w wyżej wskazanym przetargu na poziomie 100 Mg. Nie pozwala to w żadnym razie na prawidłowe skalkulowanie ryzyk i kosztów realizacji kontraktu, a ponadto stanowi nieuprawnioną próbę przerzucenia wszelkich ryzyk w tym zakresie na wykonawcę zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy oraz art. 7 ustawy Odwołujący zarzucił zamawiającemu wadliwe opisanie pozacenowych kryteriów oceny ofert tj. w sposób niejednoznaczny, w zakresie w jakim zamawiający w treści rozdziału XIV pkt 24. 3. SIWZ określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

- W zakresie termin płatności - każda oferta może uzyskać maksymalnie 40 punktów.

7 dni - 10 punktów

14 dni - 20 punktów

30 dni - 40 punktów

Z powyższego dla odwołującego jasno wynika, że opis kryteriów oceny ofert oraz sposobu przyznania punktacji został przez zamawiającego sporządzony w sposób nieprecyzyjny, pozwalający na interpretacje i nie przewidujący wszystkich możliwych sposobów wypełnienia formularza ofertowego w zakresie wyżej oznaczonego kryterium pozacenowego ofert. Zaznaczyć należy bowiem, że odpowiednio 7-dniowy, 14-dniowy oraz 30-dniowy termin płatności nie są jedynymi, jakie Wykonawca może wskazać w treści oferty. Można łatwo przyjąć, że Wykonawca oznaczy termin płatności na poziomie przykładowo 21 dni lub 10 dni. W takim przypadku nie sposób jest przyjąć, jaka liczba punktów, w ramach przedmiotowego kryterium, winna zostać przydzielona takiemu wykonawcy. Zamawiający bowiem nie wskazał,

że w przypadku określenia terminu płatności jako 7 dni lub mniej, wykonawca otrzyma 10 punktów, czy też w przypadku jego określenia jako więcej niż 7 dni, a mniej niż 14 dni wykonawca otrzyma 20 punktów. Powyższe nie może być przez wykonawców uczestniczących w procedurze przetargowej domniemane. Winno bowiem wyraźnie wynikać z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przy ukształtowaniu sposobu oceny pozacenowego kryterium oceny ofert jak wyżej, nie sposób jest przyjąć, czy w przypadku wskazania przykładowych 10 dni wykonawca oznaczający takie termin ma otrzymać 10 punktów, czy też jego punktacja zostanie wyliczona w sposób proporcjonalny. Sposób oceny kryteriów oceny ofert nie może zaś budzić wątpliwości wykonawców i musi w sposób jednoznaczny pozwalać na ustalenie punktacji w ramach danego postępowania.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 15 oraz 15rx ustawy COVID-19

Odwołujący zauważył, że konstruując opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy o zamówienie publiczne, zamawiający dopuścił się dalszych naruszeń, tj. uregulował warunki kontraktowe w sposób z sprzeczny z przywołanymi w części I. niniejszego uzasadnienia przepisami szczególnymi ustawy COVID-19. W treści wzoru umowy, stanowiącego integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający bowiem pominął całkowicie:

- 1) ukształtowanie obowiązków notyfikacyjnych związanych z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę,
- 2) wprowadzenie ograniczeń dotyczących dopuszczalności potrącenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 15r ust. 1 ustawy COVID-19, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności.

Powyższe okoliczności wynikają zaś wprost z regulacji szczególnych wdrożonych do polskiego porządku prawnego na mocy przepisów szczególnych tzw. tarcz antykryzysowych 1.0-4.0 tj. art. 15 r oraz 15r[1] ustawy Covid-19, a tym samym winny znaleźć odzwierciedlenie w Specyfikacjach Istotnych Warunków Zamówienia ogłaszanych po dacie wejścia w życie tychże przepisów. Odwołujący wskazał, że w unieważnionym w dniu 15 czerwca 2020 r. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120" nr referencyjny u zamawiającego NV/V/P_Z/3/2020/2155, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 087-207865 z dnia 5.05.2020 r. tj. dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia, co postępowanie, odwołujący wnosił zarzuty związane z nieuwzględnieniem regulacji COVID-19 m.in. w zakresie, w jakim regulują one możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne, które to zarzuty zamawiający podówczas uwzględnił, co znajduje swoje odzwierciedlenie również w

aktualnej treści wzoru umowy przedłożonego w ramach postępowania. Zamawiający ogłaszając nowe postępowanie nie uwzględnił jednak dalszych zmian przepisów szczególnych, co uzasadnia w pełni zarzut punktu 2) projektu odwołania.

Zarzut naruszenie art. 99 ustawy w zw. z art. 101 a ustawy oraz 7 ustawy oraz art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 7 ustawy w zw. z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych

Odwołujący podniósł, iż w jego ocenie przeprowadzenie postępowania co do zasady narusza przepisy tak ustawy prawo zamówień publicznych, jak i ustawy o finansach publicznych, a jako takie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także w sposób mający na celu obejście przepisów o umowach ramowych.

Jak wskazano powyżej, w ramach punktu I. uzasadnienia niniejszego odwołania, przedmiot postępowania pokrywa się w istocie (co do zasadniczej części objętych nim obowiązków) z przedmiotem realizowanej aktualnie umowy o zamówienie publiczne tj. umowy z dnia 1 lutego 2020 r.

Zarówno przedmiot, jak i termin wykonania świadczenia, w zakresie, jaki objęty jest przedmiotem postępowania, pozostają tożsame z przedmiotem już realizowanej umowy. Co wymaga ponownego podkreślenia, umowa realizowana jest w sposób należyty, nie została przez zamawiającego wypowiedziana, a ponadto określone w niej ilości odpadów nie zostały przekroczone. Tym samym dla odwołującego niezrozumiałym jest ogłoszenie przez zamawiającego ponownego postępowania, obejmującego ten sam zakres usług. W ocenie odwołującego powyższe świadczy o zamiarze pokrzywdzenia przez zamawiającego wykonawcy umowy, tj. konsorcjum, w skład którego wchodzi odwołujący, a to przez przekierowanie strumienia odpadów na wykonawcę nowej umowy o zamówienie publiczne, w sytuacji, gdy obowiązuje już umowa obejmująca ten zakres świadczeń.

Takie działanie zamawiającego uznać należy za działanie naruszające podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, tj. wyrażoną w art. 7 ustawy zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego zasady te muszą być rozumiane szeroko i obejmują swym zakresem nie tylko równość stron danego postępowania o zamówienie publiczne ale przede wszystkim równość wykonawców, w tym z uwzględnieniem tych, którzy realizują już określone zamówienie.

Niezależnie od powyższego w ocenie odwołującego takie działanie zamawiającego narusza ustawę o finansach publicznych tj. art. 44 ust. 3 przedmiotowej ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem:

„ Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań."

Niewątpliwie udzielenie umowy o to samo zamówienie odrębnemu podmiotowi rodzi po stronie zamawiającego obowiązek zapłaty z tytułu dwóch odrębnych umów, de facto za to samo świadczenie. Dodatkowo odwołujący zauważył, że już samo przeprowadzenie procedury przetargowej powoduje powstanie po stronie zamawiającego określonych kosztów, do których poniesienia, w niniejszym stanie faktycznym, nie powinno być w ogóle dojść. Takie działania zamawiającego uznaje się za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z powołaną regulacją bowiem, naruszenie takie stanowi m.in. opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez oznaczenie przedmiotu tożsamego z aktualnie realizowanym (zamówienie tej samej usługi w tym samym czasie) zmierza do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i pokrzywdzenia wykonawcy aktualnie obowiązującej umowy o zamówienie publiczne. Przedmiotowe zostało zresztą, jak wskazano wyraźnie powyżej, w ramach opisu okoliczności faktycznych sprawy, objęte odrębnym wnioskiem skierowanym do właściwego organu nadzorczego tj. Rzecznika dyscypliny finansów publicznych. W tym miejscu, antycypując ewentualne twierdzenia zamawiającego w tym względzie, odwołujący wskazał, że złożenia wniosku do ww. organu, w żadnym razie nie może być poczytywane za przyjęcie, że skoro organ ten jest właściwy do rozpoznania naruszenia dyscypliny finansów publicznych, to powyższy zarzut nie może być przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przeciwnie, o ile ww. organ jest właściwy do oceny działania zamawiającego ściśle w świetle przepisów ustawy o finansach publicznych, o tyle Krajowa Izba Odwoławcza pozostaje właściwą dla oceny wpływu takiego działania, na postępowanie. Niewątpliwie zaś, wyżej opisane działania zamawiającego stanowią wprost o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, do których należy zasada uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wykonawców. Nie może bowiem być mowy o ich dochowaniu w sytuacji, w której zamawiający ogłaszając nowy przetarg, obejmujący dotychczas realizowaną umowę o zamówienie publiczne, w tym samym okresie, prowadzi do pokrzywdzenia wykonawcy umowy z dnia 1 lutego 2020 r. lub wykonawcy, z którym umowa zostanie zawarta na skutek przeprowadzenia niniejszego postępowania.

Niezależnie od powyższego, tj. naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych oraz dyscypliny finansów publicznych, odwołujący podkreślił, iż w jego ocenie wyżej opisane działanie zamawiającego uznaje się ponadto za naruszające normy wyrażone w art. 99 ustawy w zw. z art. 101 a ustawy oraz 7 ustawy zamawiający bowiem, w

ocenie wykonawcy, w sposób nieuprawniony i niezgodny z powołanymi przepisami próbuje obejść normy regulujące zawieranie tzw. umów ramowych, doprowadzając do faktycznej sytuacji, w której współlistniały będą dwie umowy o to samo zamówienie publiczne, w tym samym okresie, a zamawiający, wedle swego wyboru (dowolnego) będzie kierował strumień odpadów do jednego z wykonawców, z pokrzywdzeniem drugiego i odwrotnie. Taką sytuację uznać należy za niedopuszczalną.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Posiada doświadczenie, a także niezbędny potencjał tak techniczny, jak i ludzki, do realizacji przedmiotu takiego zamówienia.

Odwołujący wnosi odpowiednio:

- 1) w przypadku uwzględnienia zarzutów opisanych w punktach 1-3) odwołania o nakazanie zamawiającego dokonania zmiany SIWZ w sposób tamże określony;
- 2) w przypadku uwzględnienia zarzutu opisanego w punktach 4)-5) odwołania, o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W dniu 20 lipca 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że

1. uwzględni zarzuty nr 2 i 3 (numeracja z odwołania), tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy i art. 7 ustawy oraz zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. 139 ust. 1 p.z.p w zw. z art. 353(1) k.c. oraz w zw. z art. 15 oraz 15rt(1) ustawy COVID-19;

2. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części, tj. w zakresie zarzutów nr 1, 4 i 5 (numeracja z odwołania) ze względu na bezzasadność przedmiotowych zarzutów. W związku z uwzględnieniem zarzutów określonych w pkt 1 powyżej zamawiający oświadczył, że niezwłocznie dokonana zmian Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) zgodnie z żądaniami sformułowanymi w odwołaniu, tj. zgodnie z wnioskami z pkt I. ppkt 1) lit. b) i c) oraz pkt I. ppkt 2) ppkt 1 i 2 odwołania.

Zamawiający nie uwzględni wniosku wyrażonego w pkt I. ppkt 2) ppkt 3 odwołania, ponieważ przedmiotowy wniosek nie odnosi się do żadnego z postawionych w odwołaniu zarzutów.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów, które nie zostały uwzględnione, zamawiający podniósł, co następuje:

Zarzut nr 1

Zarzut w ocenie zamawiającego jest w całości bezzasadny. Wbrew gołosłownym wywodom odwołującego, określenie minimalnej ilości odpadów, których przekazanie wykonawcy do zagospodarowania gwarantuje zamawiający, jest jednoznaczne, precyzyjne i umożliwia wykonawcom określenie ryzyka oraz przygotowanie oferty w postępowaniu. Znając minimalną ilość odpadów, jaka jest gwarantowana, każdy wykonawca jest w stanie odpowiednio

skalkulować ryzyko i koszty stałe. Nie mamy zatem do czynienia z brakiem jakichkolwiek danych lub ich niejednoznacznością w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Jest wręcz przeciwnie - wykonawcy dysponują precyzyjnymi danymi, w oparciu o które mogą przygotować ofertę w postępowaniu.

Podkreślenia dla zamawiającego wymaga przy tym, że w poprzednio ogłoszonym postępowaniu o analogicznym przedmiocie (sygn. KIO 1056/20) odwołujący domagał się ustalenia minimalnej gwarantowanej ilości odpadów, pozostawiając zamawiającemu swobodę co do minimalnego pułapu. Zamawiający uwzględnił wniosek odwołującego i ustalił minimalną ilość w wysokości 100 Mg. Analogiczne postanowienie znalazło się w SIWZ w postępowaniu. Obecnie odwołujący próbuje dowodzić, iż podana gwarantowana wartość jest zbyt niska, pomimo, że poprzednio nie zgłaszał zastrzeżeń i wniosków w tym zakresie. W ocenie zamawiającego zachowanie odwołującego świadczy o tym, iż celem odwołującego jest wyłącznie przedłużanie postępowania przez wnoszenie bezzasadnych środków ochrony prawnej.

Zamawiający podkreślił, iż wynagrodzenie przysługuje wykonawcy za każdą tonę (Mg) przekazanych odpadów. Jeżeli zatem ilość odpadów przekazanych w celu zagospodarowania będzie większa od minimalnej ilości, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za całość zagospodarowanych odpadów obliczone wedle stawki za jedną tonę, zawartej w złożonej przez siebie ofercie. Nie mamy zatem do czynienia z jakimkolwiek pokrzywdzeniem wykonawcy lub przrzucaniem na niego ryzyka ekonomicznego, ponieważ wykonawca otrzyma wynagrodzenie za każdą tonę zagospodarowanych odpadów. O pokrzywdzeniu wykonawcy można by mówić w przypadku, gdyby zamawiający przewidywał wynagrodzenie w tożsamej wysokości niezależnie od ilości przekazanych opadów. Taka sytuacja jednak w niniejszej sprawie nie występuje. Za wszystkie zagospodarowane odpady w ramach zawartej umowy wykonawca otrzyma odpowiednie wynagrodzenie proporcjonalne do ilości zagospodarowanych opadów. Nie można przy tym zrównywać minimalnej gwarantowanej ilości odpadów z ilością szacunkową, ponieważ są to dwie zupełnie różne instytucje. Ogłaszając postępowanie zamawiający ma obowiązek oszacować wartość zamówienia poprzez ustalenie szacunkowej ilości odpadów. Nie oznacza to jednak, iż zamawiający jest w stanie zagwarantować przekazanie takiej ilości odpadów. Ilość przekazanych opadów będzie zależała od wielu czynników niezależnych od zamawiającego. w tym od daty zawarcia umowy, na co również zamawiający nie ma wpływu, ponieważ zawarcie umowy może zostać odroczone ze względu np. na odwołania wnoszone przez wykonawców. Określenie minimalnej gwarantowanej ilości odpadów na poziomie równej wartości szacunkowej narażałoby zamawiającego na istotne ryzyko niedotrzymania tego zobowiązania i wynikającą z takiego stanu rzeczy odpowiedzialność odszkodowawczą. Również wykonawcy zostaliby wprowadzi

w błąd odnośnie gwarancji ilości przekazanych opadów, podczas gdy - tak naprawdę podana ilość nie byłaby pewna i gwarantowana.

Z istoty rzeczy wartość gwarantowana jest niższa od wartości szacunkowej, ponieważ odnosi się do minimum, którego osiągnięcie zamawiający gwarantuje i przyjmuje za to odpowiedzialność. Podanie minimalnej ilości pozwala wykonawcy ustalić minimalny przychód z wykonania zamówienia i na tej podstawie skalkulować ryzyko na wypadek, gdyby zamawiający przekazał wyłącznie minimalną ilość opadów. Jeżeli określony wykonawca z jakichkolwiek względów takiego ryzyka nie akceptuje, to może nie składać oferty w postępowaniu.

Ryzyko otrzymania przez wykonawcę mniejszej ilości opadów niż szacunkowa jest standardowe dla tego rodzaju zamówień na rynku. Najlepszym tego dowodem są dokumenty załączone do samego odwołania, tj. SIWZ dwóch postępowań na zagospodarowanie i transport odpadów o kodzie 19 12 10 ogłoszonych przez zamawiającego w 2019 oraz umowa nr 4/2020 zawarta z konsorcjum, w składzie którego znajdowała się spółka powiązana z Odwołującym. W przedmiotowych zamówieniach w ogóle nie było gwarantowanej ilości, co sprawia, że konsorcjum w składzie z podmiotem powiązaniem z odwołującym teoretycznie mogło nie otrzymać nawet jednej tony odpadów do zagospodarowania. Pomimo tego, wskazane konsorcjum zawarło ową umowę, a wcześniej nie zgłaszało jakichkolwiek zastrzeżeń. Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji zarzucany zamawiającemu. Twierdzenia odwołującego są ogólnikowe i w żaden sposób nie pozwalają na stwierdzenie spełnienia przesłanek ustawowych w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego zamawiający podał, iż podniesiony przez odwołującego zarzut jest bezprzedmiotowy, ponieważ w dniu 17.07.2020 zamawiający dokonał zmiany SIWZ poprzez podniesienie minimalnej ilości opadów, które zostaną przekazane celem zagospodarowania, do 1500 Mg. Kwestionowana przez odwołującego treść SIWZ zatem już nie istnieje. Obecnie gwarantowana ilość odpadów odpowiada 50 % ilości szacunkowej, co z całą pewnością umożliwia wykonawcom odpowiednie określenie kosztów i ryzyka.

Zarzut nr 4

Zarzut w ocenie zamawiającego jest oczywiście bezzasadny i w zasadzie niezrozumiały dla zamawiającego, ponieważ odwołujący nie wskazał na czym konkretnie miałyby polegać naruszenie art. 99 ustawy w związku z art. 101 ustawy Wybór pomiędzy zamówieniem publicznym udzielanym bezpośrednio a umową ramową stanowi swobodną decyzję zamawiającego i nie sposób uznać, że zamawiający narusza prawo decydując się na zamówienie bezpośrednie, a nie umowę ramową, ponieważ są dwie różne instytucje prawa zamówień publicznych. Zamawiający zdecydował się na zamówienie bezpośrednie, do czego miał w pełni prawo, a przedmiotowy zarzut zamawiający odczytuje jako bezpodstawną próbę narzucania zamawiającemu rodzaju organizowanych postępowań.

Zarzut nr 5

Zamawiający podniósł, że odwołujący w zasadzie nie wskazał precyzyjnie na czym miałyby polegać nieusuwalna wada prawna, na którą się powołuje. Z uzasadnienia odwołania można wywieść, że odwołujący owej wady upatruje w ewentualnym istnieniu dwóch zamówień o tożsamym przedmiocie. Odwołujący wywodzi, iż zamawiający zawarł już umowę nr 4/2020, której przedmiotem jest transport i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10 w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2020 roku. W ocenie odwołującego powyższe uniemożliwia zamawiającemu ogłoszenie kolejnego postępowania prowadzącego do udzielenia zamówienia na zagospodarowanie opadów o kodzie 19 12 10. Co jednak znamienne, odwołujący nie wskazuje, z którego przepisu taki zakaz miałby wynikać, poprzestając jedynie na ogólnikach.

W pierwszej kolejności zamawiający podniósł, iż — jak każdy zamawiający — posiada swobodę w zakresie organizacji postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych w zależności od aktualnych potrzeb. Udzielenie jednego zamówienia w żadnym razie nie stanowi przeszkody w udzieleniu kolejnego zamówienia, nawet jeżeli będą dotyczyły tożsamych lub zbliżonych rodzajowo świadczeń. Przepisy prawa powszechnie obowiązującego, w tym Ustawy prawo zamówień publicznych, nie zawierają żadnych ograniczeń czy zakazów w tym zakresie. Posiadanie kilku dostawców towarów lub usługobiorców w tym samym czasie jest racjonalne ekonomicznie i ogranicza ryzyko szkód wywołanych przez nierzetelność jednego z dostawców lub usługobiorców.

O prawnej niedopuszczalności udzielania kolejnego zamówienia można by mówić wyłącznie w sytuacji, w której przedmiotem poprzedniego zamówienia jest świadczenie dotyczące rzeczy określonej co do tożsamości, np. zamawiający zleca budowę konkretnego mostu w konkretnym miejscu. Jeżeli jeden wykonawca wybuduje w konkretnym miejscu most, to kolejny wykonawca w tym samym miejscu nie może już mostu wybudować bez zburzenia poprzedniego. Zatem, gdyby zamawiający zlecił kolejnemu wykonawcy budowę mostu w tym samym miejscu, to realizacja owego zamówienia byłaby obiektywnie niemożliwa. Mielibyśmy zatem do czynienia z obiektywną niemożliwością świadczenia, o której mowa w art. 387 § 1 Kodeksu Cywilnego.

Z obiektywną niemożliwością świadczenia nie będziemy w ocenie zamawiającego mieli natomiast do czynienia w przypadku świadczeń dotyczących rzeczy określonych wyłącznie co do rodzaju, a nie co do tożsamości. Przykładowo, jeżeli zamawiający zlecił już jednemu wykonawcy dostawę długopisów w roku 2020, to wcale nie oznacza, że nie może zlecić kolejnemu wykonawcy również dostawy długopisów w tym samym roku. Przedmioty świadczeń będą tożsame wyłącznie w zakresie rodzaju rzeczy. Świadczenia nie będą dotyczyły tych samych długopisów, ale długopisów tego samego rodzaju. Podobna sytuacja zachodzi w przypadku zagospodarowania odpadów. W postępowaniu zamawiający zleca

usługę zagospodarowania odpadów określonego rodzaju, tj. odpadów o kodzie 19 12 10 według obowiązującej klasyfikacji opadów. Są to odpady spełniające wymogi właściwe dla tego kodu. Zamawiający nie zleca zagospodarowania konkretnych odpadów znajdujących w konkretnym worku oznaczonym numerem seryjnym. Z tego względu bez znaczenia pozostaje, że w przeszłości zamawiający udzielił zamówienia na zagospodarowanie odpadów tego samego rodzaju, tj. opadów o kodzie 19 12 10. Przedmioty świadczeń z obydwu zamówień nie dotyczą bowiem tych samych konkretnych rzeczy, ale dotyczą rzeczy tego samego rodzaju. Każdy z wykonawców otrzyma do zagospodarowania rzeczy (opady), które będą posiadały te same właściwości. Nie oznacza to jednak, że każdy z wykonawców zagospodaruje te same odpady. Mamy zatem do czynienia z różnymi świadczeniami, które mogą być wykonywane równolegle, ponieważ obiektywnie możliwe jest przekazywanie w tym samym czasie dwóm różnym wykonawcom odpadów tego samego rodzaju.

Niezależnie od powyższego zamawiający podnosi, że przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie, i przedmiot zamówienia stanowiącego umowę nr 4/2020 nie są nawet rodzajowo tożsame. Odwołujący przemilcza bowiem w odwołaniu istotny fakt, iż przedmiotem umowy nr 4/2020 jest odbiór (transport) odpadów oraz zagospodarowaniu odpadów. Owo zamówienie obejmuje zatem dwa świadczenia: transport i zagospodarowanie. Natomiast zamówienie, które zostanie udzielone w ramach postępowania, obejmuje wyłącznie zagospodarowanie odpadów, bez transportu. Odpady zagospodarowywane przez wykonawcę będą dostarczane przez innego wykonawcę wyłonionego w odrębnym postępowaniu. Wbrew wywodom odwołującego, nie mamy zatem do czynienia z tożsamością zamówień nawet w ujęciu rodzajowym.

Zamawiający zdecydował się na rozdzielenie zagospodarowania i transportu w celu zwiększenia konkurencyjności. Poprzednio zamawiający udzielał zamówień łącznie na te dwa elementy. Jednakże zamawiający zaobserwował, iż na rynku działa stosunkowo niewielu wykonawców, którzy sami zajmują się zarówno transportem, jak i zagospodarowaniem odpadów, co powodowało konieczność zawiązywania konsorcjów, czego najlepszym przykładem jest przywoływana przez odwołującego umowa nr 4/2020. Z tego względu zamawiający uznał, iż w celu zwiększenia poziomu konkurencyjności celowe będzie wszczęcie dwóch odrębnych postępowań na zagospodarowanie i transport.

Nie jest również prawdą, jakoby rzekomo celem zamawiającego miało być pokrzywdzenie wykonawcy zamówienia objętego umową nr 4/2020. Otóż w trakcie bieżącego roku okazało się, że potrzeby Zamawiającego w zakresie odpadów o kodzie 19 12 10 zwiększyły się w stosunku do stanu na dzień wszczęcia postępowania zakończonego zawarciem umowy nr 4/2020.

Poprzednio zamawiający zakładał, iż będzie potrzebował zagospodarować około 11 tysięcy Mg odpadów o tym kodzie. Kilka miesięcy później okazało się, że szacunki wzrosły do poziomu

ponad 14 Mg. Z tego właśnie względu zamawiający zdecydował się na ogłoszenie kolejnego postępowania na zagospodarowanie odpadów o szacunkowej ilości 3-5 tysięcy Mg odpadów do zagospodarowania oraz odrębnego postępowania na transport tych odpadów, o czym była mowa wyżej. Nie może być mowy zatem o jakimkolwiek zamiarze pokrzywdzenia kogokolwiek, ponieważ organizacja postępowania wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający zakłada, że możliwa będzie realizacja zamówienia udzielonego w postępowaniu bez zmniejszania ilości odpadów przekazywanych do zagospodarowania w ramach umowy nr 4/2020.

Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż poprzez organizację niniejszego postępowania zamawiający nawet teoretycznie mógłby naruszyć art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o finansach publicznych i ponosić odpowiedzialność z art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Po pierwsze, co umknęło uwadze odwołującego, członkowie Zarządu zamawiającego nie są związani dyscypliną finansów publicznych i nie odpowiadają za naruszenie tej dyscypliny. Za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odpowiadają osoby wskazane w art. 4 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a art. 44 ust. 4 Ustawy o finansach publicznych dotyczy wyłącznie jednostek sektora finansów publicznych. Zamawiający, jako spółka prawa handlowego, nie jest podmiotem zaliczanym do jednostek sektora finansów publicznych na podstawie wyłączenia z art. 9 pkt 14) Ustawy o finansach publicznych, jak również nie jest innym podmiotem, o którym mowa w art. 4 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Po drugie, odwołujący nie wykazał na czym owo naruszenie dyscypliny finansów publicznych miałyby konkretnie polegać. Zamawiający wszczął postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, do czego ma prawo i co jednocześnie jest jego obowiązkiem. Jak przedstawiono szczegółowo powyżej, organizacja postępowania wynika z uzasadnionej potrzeby i leży w interesie zamawiającego. Nie sposób zatem stwierdzić, w jaki sposób tego rodzaju uprawnione i uzasadnione merytorycznie działanie miałyby naruszać dyscyplinę finansów publicznych.

Po trzecie, nawet gdyby teoretycznie założyć jakiegokolwiek naruszenie dyscypliny finansów publicznych w trakcie postępowania, to takie naruszenie samo w sobie nie stanowi nieusuwalnej wady postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy. Naruszenie norm prawnych dotyczących dyscypliny finansów publicznych obarczone jest sankcjami określonymi w Ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Nawet zastosowanie tych sankcji przez uprawnione organy nie oznaczają, iż samo postępowanie obarczone jest nieusuwalną wadą. Co więcej, owe sankcje skierowane są do określonych osób fizycznych kierujących daną jednostką organizacyjną, a nie do samej jednostki organizacyjnej,

Natomiast na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący cofnął zarzut nr 1 odwołania, zaś na rozprawie wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów na okoliczność, że przedmiot postępowania jest tożsamy z przedmiotem umowy o zamówienie publiczne zawartej pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą w dniu 4 lutego 2020 r., a także braku wyczerpania ilości oznaczonych w tymże postępowaniu, braku nieprawidłowości w realizacji usług objętych przedmiotem postępowania oraz niełojalności zamawiającego względem wyżej oznaczonego wykonawcy, a to polegającej na braku płatności z tytułu zrealizowanych usług pomimo okoliczności, że prawidłowość i kompletność ich wykonania nie było kwestionowana:

- Wezwanie do zapłaty z dnia 4 maja 2020 r.
- Pismo Wykonawcy z dnia 8 kwietnia 2020 r.
- Wezwanie do zapłaty z dnia 24 kwietnia 2020 r.
- Pozew o zapłatę z dnia 29 kwietnia 2020 r.
- Pozew o zapłatę z dnia 14 maja 2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 3.02.2020 do dnia 28.02.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 25.02.2020 do dnia 28.02.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 9.03.2020 do dnia 13.03.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 16.03.2020 do dnia 20.03.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 23.03.2020 do dnia 27.03.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 30.03.2020 do dnia 03.04.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 06.04.2020 do dnia 10.04.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 14.04.2020 do dnia 17.04.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 20.04.2020 do dnia 24.04.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 27.04.2020 do dnia 30.04.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 04.05.2020 do dnia 08.05.2020 r.

- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 11.05.2020 do dnia 15.05.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 18.05.2020 do dnia 22.05.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 25.05.2020 do dnia 29.05.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 1.06.2020 do dnia 5.06.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 8.06.2020 do dnia 12.06.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 22.06.2020 do dnia 26.06.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 29.06.2020 do dnia 03.06.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 15.06.2020 do dnia 19.06.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 22.06.2020 do dnia 26.06.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 29.06.2020 do dnia 03.07.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 6.07.2020 do dnia 10.07.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 15.06.2020 do dnia 19.06.2020 r.
- Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 13.07.2020 do dnia 17.07.2020 r.

Jak wynika z dniem odwołującego z przedstawionych dowodów, nie tylko zamawiający nie kwestionuje prawidłowości realizacji zamówienia, jednocześnie, w sposób uporczywy i bezpodstawny uchylając obowiązkowi zapłaty, ale też ilości odpadów przekazywanych na podstawie wyżej wskazanej umowy uległy znacznemu zmniejszeniu począwszy od maja bieżącego roku. Jeżeli zatem ilość odpadów przekazywanych na podstawie umowy o zamówienie publiczne, której przedmiot jest tożsamy z przedmiotem zamówienia, którego dotyczy postępowanie

Niezależnie od powyższego odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający posiada pozwolenie na wytwarzanie odpadów o kodzie 19 10 12 tj. objętych przedmiotem niniejszego postępowania w ilości 30.000 Mg. Ilość taka została wskazana w umowie o zamówienie publiczne z dnia 1 lutego 2020 r., która zgodnie z jej treścią realizowana jest w okresie do dnia

31.12.2020 r. tj. w tożsamym okresie, na który ma zostać zawarta umowa w wyniku przeprowadzenia postępowania. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, że ilości odpadów o kodzie 19 12 10, jakie miałyby zostać przekazane wykonawcy na podstawie zawartej w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania umowy przekroczą ilości, na które zamawiający posiada pozwolenie. Również z tego względu zatem postępowanie uznać należy według odwołującego za bezprzedmiotowe i zmierzające wyłącznie do obejścia przepisów ustawy oraz pokrzywdzenia dotychczasowego wykonawcy umowy o zamówienie publiczne.

- Decyzja Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 14 września 2017 r. znak SR-III.7222.6.2017.MS

- Decyzja Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 16 maja 2018 r. znak SR-III.7222.10.2018.MS

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. siwz wraz z załącznikami oraz dowody dołączone do odwołania oraz złożone przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział III – Opis przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest:

Zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10 – odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120.

Zamówienie obejmuje okres od momentu zawarcia umowy do 31 grudnia 2020 r.

Szacunkowa ilość odpadów do zagospodarowania: od 3 000 [Mg] do 5 000 [Mg]. Zamawiający zastrzega, że tak określona ilość odpadów jest ilością orientacyjną i zagospodarowanie odpadów w ilości mniejszej, niż 3 000 [Mg] nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Zamawiający jest zobowiązany do przekazania Wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 100 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości Zamawiający ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych przewidzianych prawem powszechnie obowiązującym. Zamawiający dokonał zmiany treści siwz w toku postępowania odwoławczego wskazując, że zamawiający jest zobowiązany do przekazania Wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 1 500 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości Zamawiający ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych przewidzianych prawem powszechnie obowiązującym.

Średnie przybliżone ilości odpadów przekazywanych do przetwarzania w analogicznym okresie (tj. w okresie od 1 lipca do 31 grudnia) w latach poprzednich to około 5000 Mg.

Minimalny próg odpadów, które Zamawiający przekaze Wykonawcy w celu zagospodarowania, to 100 Mg. Po modyfikacji siwz w toku postępowania próg minilany to 1 500 Mg.

Odpad o kodzie 19 12 10 stanowi regularnie wytworzony materiał posortowniczy jako tzw. frakcja nadsitowa > 80mm w postaci kalorycznej frakcji o cieple spalania większym niż 6 MJ/kg suchej masy pochodzący:

a) z procesu mechanicznego przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, które przed rozpoczęciem procesu przetwarzania magazynowane są na placu, następnie kierowane na rozdrabniacz typu Linder Jupiter 1800, następnie za pomocą taśmociągów kierowane na sito 0-80 mm i następnie do kabiny sortowniczej dalej taśmociągami z separatorem magnetycznym i następnie do pojemników jako odpad o kodzie 19 12 10;lub

b) z odpadów selektywnie zbieranych o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06 oraz 20 01 02, 20 01 39 (Odpady przed poddaniem ich procesowi przetwarzania magazynowane są na placu następnie kierowane są do urządzenia rozrywającego Matthiessen typ SR III K4 Seg. Następnie za pomocą taśmociągów kierowane do kabiny sortowniczej, dalej taśmociągami z separatorem magnetycznym i następnie do pojemników jako odpad o kodzie 19 12 10); lub

c) z przetwarzania odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 na rozdrabniaczu Doppstadt Dw 3060 wyposażonym w separator magnetyczny. (Zaznacza się, że odpady wielkogabarytowe przed poddaniem ich procesowi przetwarzania są ręcznie doczyszczane). Wszystkie wyżej wymienione odpady o kodzie 19 12 10 przed poddaniem ich procesowi przetwarzania magazynowane są na niezadaszonych placach.

Wytworzone odpady po procesie przetwarzania o kodzie 19 12 10 magazynowane są luzem na utwardzonym niezadaszonym placu.

Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania przez Wykonawcę wizji lokalnej wraz z poborem próbki przedmiotowego odpadu.

Postanowienia wzoru umowy:

Przedmiot umowy § 1

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji przedmiot zamówienia p.n.: „Zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10 – odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120”, zgodnie z wymaganiami i zakresem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10.

2. Szacunkowa ilość odpadów do zagospodarowania: od 3 000 [Mg] do 5 000 [Mg].

Zamawiający zastrzega, że tak określona ilość odpadów jest ilością orientacyjną i odbiór odpadów w ilości mniejszej niż 3 000 [Mg] nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony

Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Zamawiający jest zobowiązany do przekazania Wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 100 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości Zamawiający ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych przewidzianych prawem powszechnie obowiązującym. Po modyfikacji siwz w toku postępowania wartość minimalna za którą odpowiada zamawiający to 1 500 Mg.

Wynagrodzenie za przedmiot umowy § 5

1. Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia za przedmiot umowy określony w § 1, będzie wynagrodzenie ryczałtowe za 1 [Mg] odpadów.

2. Ustalone w tej formie na podstawie formularza ofertowego wynagrodzenie za 1 [Mg] Wykonawcy wyraża się kwotą:

A) Cena netto za 1[Mg] odpadów zł, podatek VAT %

Łączna cena brutto za 1[Mg] odpadów

Słownie brutto:

3. Wynagrodzenie to obejmuje wszystkie obowiązki Wykonawcy, niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy.

4. Uzgodnione wynagrodzenie za 1[Mg] odpadów jest niezmiennie do końca realizacji niniejszej umowy.

Z postępowania nr NV/V/P_Z/3/2020/2155 wynika, że :

Rozdział III – Opis przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest:

Zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 10 – odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów (ZZO) w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120.

Zamówienie obejmuje okres od 1 lipca 2020 r. do 31 grudnia 2020 r.

Szacunkowa ilość odpadów do zagospodarowania: 6 000 [Mg]. Zamawiający zastrzega, że tak określona ilość odpadów jest ilością orientacyjną i zagospodarowanie odpadów w ilości mniejszej, niż 6 000 [Mg] nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony Zamawiającego. Ogłoszenie o tym zamówieniu ukazało się w dniu 5 maja 2020r. za numerem 2020/S 087-207865.

W postępowaniu nr NV/V/P_Z/12/2019/4784 wynika, że przedmiotem zamówienia jest "Odbiór i odzysk odpadów o kodzie 19 12 10 - odpady palne (paliwo alternatywne) z Zakładu Zagospodarowania Odpadów ZZO w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120. Zamówienie obejmuje okres od 2 stycznia 2020r. do 31 grudnia 2020r. Szacunkowa ilość odpadów do zagospodarowania : 11 Mg. Zamawiający zastrzega, że tak określona ilość odpadów jest ilością orientacyjną i odbiór odpadów w ilości mniejszej, niż 11 000 MG nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony zamawiającego. To zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 listopada 2019r. za numerem 2019/S - 213-523039. W dniu 1 lutego 2020r. zawarto w tym postępowaniu umowę nr 4/2020 pomiędzy zamawiającym,

a Konsorcjum Firm: Kompostech sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, FCC Podhale sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Targu i MPGiK sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu.

Z wezwania do zapłaty z dnia 4 maja 2020 r. wynika, że w tej dacie Kompostech sp. z o.o. wezwał zamawiającego do zapłaty z tytułu faktur nr 037/02/2020T i 081/03/2020/T na łączną kwotę 1 367 378,88zł.

Z pisma Kompostech z dnia 8 kwietnia 2020 r. wynika, że w dniu 8 kwietnia 2020r. nie wyraził zgody na wydłużenie terminu płatności faktury 037/02/2020/T

Z wezwaniu do zapłaty z dnia 24 kwietnia 2020 r. wynika, że w tej dacie Kompostech wezwał zamawiającego do zapłaty z tytułu faktury 037/02/2020/T na kwotę 694 076,04zł.

Z pozwu o zapłatę z dnia 29 kwietnia 2020 r. wynika, że Kompostech domaga się od zamawiającego zapłaty 694 077, 04 zł. tytułu zapłaty za fakturę nr 037/02/2020/T

Z pozwu o zapłatę z dnia 14 maja 2020 r. wynika, że Kompostech domaga się od zamawiającego zapłaty kwoty 673 302,84zł. z tytułu faktury 081/03/2020/T

Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 3.02.2020 do dnia 28.02.2020 r. nie została załączona do pisma odwołującego

Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 25.02.2020 do dnia 28.02.2020 r. – nie została załączona do pisma odwołującego

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 9.03.2020 do dnia 13.03.2020 r. - wynika, że w okresie 9 -13 marca 2020r. zamówił w przeciągu 1 tygodnia 7 transportów,

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 16.03.2020 do dnia 20.03.2020 r. – wynika, że zamawiający zamówił w ciągu tygodnia 5 transportów,

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 23.03.2020 do dnia 27.03.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił w ciągu tygodnia 10 transportów

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 30.03.2020 do dnia 03.04.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił w ciągu tygodnia 8 transportów

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 06.04.2020 do dnia 10.04.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 8 transportów w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 14.04.2020 do dnia 17.04.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transportów w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 20.04.2020 do dnia 24.04.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 2 transportów w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 27.04.2020 do dnia 30.04.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 8 transportów w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 04.05.2020 do dnia 08.05.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 10 transportów w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 11.05.2020 do dnia 15.05.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 10 transportów w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 18.05.2020 do dnia 22.05.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 5 transportów w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 25.05.2020 do dnia 29.05.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 1.06.2020 do dnia 5.06.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 8.06.2020 do dnia 12.06.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego – harmonogram przekazywania odpadów w okresie 15.06.2020-19.06.2020r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 22.06.2020 do dnia 26.06.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty w ciągu tygodnia

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 29.06.2020 do dnia 03.06.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty w ciągu tygodnia

Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 15.06.2020 do dnia 19.06.2020 r. – nie została załączona do pisma odwoławczego

Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 22.06.2020 do dnia 26.06.2020 r.- nie została załączona do pisma odwoławczego

Korespondencja mailowa Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 29.06.2020 do dnia 03.07.2020 r. – nie została załączona do pisma odwoławczego,

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 6.07.2020 do dnia 10.07.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 13.07.2020 do dnia 17.07.2020 r. wynika, że zamawiający zamówił 4 transporty

Z korespondencji mailowej Zamawiającego - harmonogram przekazywania odpadów w okresie od dnia 20.07.2020 do dnia 24.07.2020 r. wynika, że zamawiający nie planuje w tym terminie zagospodarowania odpadu o kodzie 19 12 10.

Z decyzji Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 14 września 2017 r. znak SR-III.7222.6.2017.MS wynika, że zamawiający ma pozwolenie zintegrowane dla regionalnej instalacji do mechaniczno – biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych o zdolności przetworzenia 30 000 Mg/rok na części mechanicznej oraz 19 500 Mg rok na części biologicznej z możliwością sortowania odpadów selektywnie zebranych o wydajności 25 000 Mg/rok oraz instalacji do przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów o wydajności 4100 Mg/rok zlokalizowanych w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120. Z pkt II.1.3 wynika, że regionalna instalacja do mechaniczno- biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, zlokalizowana w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120 należy do instalacji w gospodarce odpadami, wymienionymi w pkt. 5.3. a załącznika do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 sierpnia 2014r. w sprawie rodzajów instalacji mogących powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych lub środowiska jako całości (Dz. U. z 2014 poz. 1169) tzn. instalacji do unieszkodliwiania odpadów innych niż niebezpieczne o zdolności przetwarzania ponad 50 ton na dobę, z wykorzystaniem obróbki biologicznej. Z pkt. II.2.1.1.4 wynika, że w związku z wolnymi mocami przerobowymi instalacji MBP w części mechanicznej jako odrębny wariant eksploatacji sortowni prowadzony będzie proces przetwarzania odpadów selektywnie zebranych w ilości 25 000 Mg/rok. Proces sortowania odpadów selektywnie zebranych prowadzony będzie na instalacji opisanej w pkt II.2.1.3. Łączna ilość odpadów przetwarzanych mechanicznie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów selektywnie zebranych nie będzie przekraczać 30000 Mg/rok. Z pkt. II.4.2. wynika, że Instalacja MBP w części mechanicznej jako osobny wariant umożliwi również przetworzenie 25 000 Mg/rok odpadów selektywnie zebranych oraz otrzymanie do 13 750 Mg/rok frakcji surowcowych odpadów przeznaczonych do odzysku, w tym recyklingu, do 10 500 Mg/rok

frakcji odpadów przeznaczonych do wytwarzania paliwa alternatywnego oraz do 750 Mg/rok frakcji balastowej przeznaczonej do skierowania do składowania na składowisku odpadów, pod warunkiem spełnienia wymagań wynikających z przepisów odrębnych.

Z decyzji Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 16 maja 2018 r. znak SR-III.7222.10.2018.MS wynika, że mieniono pkt I pierwotnej decyzji opisanej powyżej w ten sposób, że zamawiający ma pozwolenie zintegrowane dla regionalnej instalacji do mechaniczno – biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych o zdolności przetworzenia 30 000 Mg/rok na części mechanicznej oraz 19 500 Mg rok na części biologicznej z możliwością sortowania odpadów selektywnie zebranych o wydajności 25 000 Mg/rok (łączna ilość przetwarzanych mechanicznie zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów selektywnie zebranych nie będzie przekraczać 55 000 Mg/rok) oraz regionalnej instalacji do przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów o wydajności 4100 Mg/rok zlokalizowanych w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120. Zgodnie z pkt. 7 pkt. II.3.3 pierwotnej decyzji otrzymuje brzmienie Łączna ilość przetwarzanych mechanicznie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów selektywnie zebranych nie będzie przekraczać 55 000 Mg/rok. Z pkt. 8 dotyczącego pkt. II.12 wynika, że wydajność średniodobowa to 100 Mg/dobę.

Z siwz na usługę odzysku i/lub unieszkodliwiania odpadów o kodzie 19 12 12 – inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11 – frakcja energetyczna z sortowania zmieszanych odpadów komunalnych Zakładu Utylizacji Odpadów Stałych sp. zo.o. w Tczewie wynika, że zamawiający w pkt. III. 1 określił szacunkową ilość odpadów do zagospodarowania na do 3500 Mg i ilość ta może ulec zmniejszeniu, co nie skutkuje odstąpieniem od umowy lub zmianą jej warunków, a wykonawcy z tego tytułu nie przysługuje żadne roszczenie.

Z siwz na odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12 stanowiących komponent do produkcji paliwa alternatywnego Miejskiego Zakładu Oczyszczania sp. z o.o. wynika, że w pkt. 3.2. zamawiający wskazał, że szacunkowa ilość komponentów do produkcji paliwa alternatywnego w okresie realizacji zamówienia wynosi ok. 28 000 Mg. Zamawiający w pkt. 3.3. poinformował, że podana ilość jest ilością szacunkową i nie gwarantuje określonej powyżej ilości komponentów do odbioru, w związku z powyższym wykonawcy nie będą przysługiwały roszczenia z tego tytułu.

Z siwz na odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12 – inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11 oraz odpadów o kodzie 19 12 10 – paliwo alternatywne, pochodzących z Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Bładowie – Przedsiębiorstwa Komunalnego w Tucholi sp. z o.o. z rozdziału 2 pkt. 4 wynika, że ilość odpadów o kodzie 19 12 12 wynosi około 3000 Mg w okresie obowiązywania umowy. Miesięczna ilość wynosi

maksymalnie 200 Mg, natomiast maksymalna ilość dzienna to około 10 Mg. Ilość odpadów o kodzie 19 12 10 wynosi ok. 600 Mg. Są to ilości szacunkowe, służące pomocniczo do przygotowania oferty, przy czym 3000 Mg i 600 Mg to maksymalne ilości do odbioru i odzysku, których zamawiający nie jest zobowiązany zrealizować w pełnym wymiarze. Odbiór odpadów wynikać będzie z bieżących potrzeb zamawiającego.

Z szacunku zamawiającego dokonanego w dniu 25 października 2019r. wynika, że prognozy szacunkowe wytworzenia odpadu 19 12 10 przeznaczonego do zagospodarowania w 2020 r.

1). Szacowna ilość odpadu 19 12 10 wytworzonego ze zmieszanych odpadów: Prognozowane przyjęcie: 30 000 Mg zgodnie z decyzją pozwolenia zintegrowanego

$30\,000\text{ Mg} \times 23,33\% \text{ (maksymalna ilość z decyzji)}$ 7000 Mg

2). Szacowna ilość odpadu 19 12 10 wytworzony w wyniku przetwarzania odpadów selektywnie zebranych.

Prognozowane przyjęcie odpadów selektywnie zebranych: 5500 Mg

$5500\text{ Mg} \times 42\% \text{ (maksymalna ilość z decyzji)}$ 2310 Mg

3). Szacowna ilość odpadu 19 12 10 wytworzony w wyniku przetwarzania odpadów wielkogabarytowych:

Prognozowane przyjęcie odpadów wielkogabarytowych: 3200 Mg

$3200\text{ Mg} \times 45,9\% \text{ (maksymalna ilość z decyzji)}$ 1469 Mg

Łączna prognozowana ilość odpadu 19 12 10 przeznaczonego do zagospodarowania w 2020r: 7000 Mg + 2310 Mg + 1469 Mg 10 779 Mg około 11 000 Mg.

Szacunkowa ilość do zagospodarowania to około 11 000 Mg.

Z szacunku z dnia 23 kwietnia 2020r. wynika, że nawiązując do prognozy ilości odpadu 19 12 10 przewidzianego do zagospodarowania w roku 2020 z dnia 25.10.2019 r., która wynosiła 11 000 Mg planuje się dodatkowe przyjęcie do przetworzenia odpadów zebranych selektywnie w ilości ok 8000 Mg (zgodnie z decyzją pozwalającą przetworzyć łącznie 25 000 Mg/rok).

Szacowna ilość odpadu 19 12 10 wytworzony w wyniku przetwarzania odpadów selektywnie zebranych.

Prognozowane dodatkowe przyjęcie odpadów selektywnie zebranych: 8000 Mg

$8000\text{ Mg} \times 42\% \text{ (maksymalna ilość wytworzenia odpadu z decyzji)}$ 3360Mg

W związku z powyższym łączna szacowana ilość odpadu 19 12 10 przeznaczonego do zagospodarowania w 2020 r. wynosi 11 000 Mg + 3360 Mg 14 360 Mg

Ocena materiału dowodowego dokonana przez Izbę

Izba ustaliła, że w umowie nr 4 ilość maksymalna odpadów do zagospodarowania to 11 000 Mg, w umowie nie określono minimalnej gwarantowanej ilości odpadów za których przekazanie odpowiada zamawiający. Z przedstawionych przez odwołującego

harmonogramów wynika, że ilość przekazywanych odpadów w ramach umowy nr 4 była zmienna i wynosiła 0 – 1 raz w jednym tygodniu lipca, 2 – 1 raz, 4 w okresie maj – czerwiec 2020r. 5 – 10 w okresie marzec – kwiecień 2020r. Według oświadczenia odwołującego w ramach umowy nr 4 Konsorcjum Kompostech przekazano do daty rozprawy 3 049 Mg odpadów. Według postępowania nr NV/V/P_Z/3/2020/2155 zamawiający określił maksymalną ilość odpadów do zagospodarowania na 6 000 Mg, przy czym zamawiający nie gwarantował ilości minimalnej do przekazania potencjalnemu wykonawcy, za którą ponosiłby odpowiedzialność, a postępowanie zostało unieważnione. W bieżącym postępowaniu zamawiający zadeklarował przekazanie do zagospodarowania ilości pomiędzy 3000 Mg, a 5000Mg, przy czym zagwarantował przekazanie 1 500 Mg odpadów. Jednocześnie z decyzji zmieniającej pozwolenie zintegrowane wynika, że zamawiający może przyjąć do przetworzenia 55 000 Mg odpadów łącznie (zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zebranych selektywnie) poza tymi wartościami zamawiający przetwarza także odpady wielkogabarytowe i odpady biodegradowalne. Z przedstawionych przez zamawiającego dowodów w postaci specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że wybór trybu przetargu nieograniczonego bez dopuszczenia umowy ramowej jest trybem postępowania stosowanym przy zamówieniu na zagospodarowanie odpadów. Przepis art. 99 ustawy mieści się w dziale III przepisy szczególne i stanowi, że zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub partnerstwa innowacyjnego. Warunkami udzielenia umowy ramowej są: przewidzenie zastosowania umowy ramowej w dokumentach wszczynających postępowanie o udzielenie zamówienia i nie dokonanie istotnych zmian warunków tej umowy.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nakazuje unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy. Izba wbrew stanowisku wyrażonemu przez zamawiającego uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego ustawy. Dla wykazania istnienia

przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania na etapie przed upływem terminu składania ofert, konieczne jest wykazanie, że wykonawca prowadzi działalność umożliwiającą mu realizację zamówienia objętego przedmiotem zamówienia i tę okoliczność w ocenie Izby odwołujący wykazał, gdyż jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą reglamentowaną na rynku zagospodarowania odpadów: obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne, odzysku surowców z materiałów segregowanych, działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami – taki zakres działalności wynika wprost z przedstawionego przez odwołującego odpisu z KRS. Niewątpliwie odwołujący wykazał i temu nie przeczył zamawiający – uznając częściowo zarzuty odwołania, że ma interes w tym, aby domagać się doprecyzowania postanowień siwz, a także wyrażenia oczekiwania przyznania mu gwarancji realizacji minimalnego zakresu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby dokonanej w tym postępowaniu interes w uzyskaniu zamówienia jest interesem mającym uzasadnić cel wniesienia odwołania jako całości, tym samym gdyby choćby jeden z zarzutów odwołania wskazywał na możliwość zaspokojenia jego interesu prawnego czy ekonomicznego odwołującego się w danym zamówieniu publicznym, to przesłankę istnienia interesu należy uznać za wykazaną niezależnie od czynności stron podjętych w toku postępowania odwoławczego wobec poszczególnych zarzutów. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną, a więc w odróżnieniu od przesłanek formalnych wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy, podlega badaniu na etapie rozprawy, a nie na etapie posiedzenia – wbrew stanowisku odwołującego. Pogląd ten jest gruntowany w orzecznictwie Izby. Przykładowo można wskazać wyrok z 11 września 2013 r. sygn. akt KIO 2037/13. Niezależnie od wyrażonego wyżej poglądu o konieczności rozpatrywania interesu w uzyskaniu zamówienia w odniesieniu do odwołania jako całości, Izba oceniła, że również sam fakt sformułowania żądania unieważnienia postępowania w odniesieniu do zarzutów podtrzymanych przez odwołującego nie powoduje w ocenie Izby możliwości uznania, że odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Przede wszystkim należy wziąć pod uwagę, że celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy pomiędzy zamawiającym, a wybranym zgodnie z przepisami ustawy wykonawcą. Jednak celem tym nie jest zawarcie jakiejkolwiek umowy, ale takiej, której nie można skutecznie unieważnić z powodu jej wad. Tym samym wykonawca może mieć interes w tym, aby dążyć do unieważnienia postępowania obarczonego w jego ocenie taką wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, aby zapewnić sobie możliwość udziału w postępowaniu dotyczącym tego samego zamówienia publicznego, ale nieobarczonego wadą. W ocenie Izby nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawca nie ma interesu w tym, aby zawrzeć nieważną umowę, gdyż jej unieważnienie pozbawia możliwości uzyskania zakładanego zysku, a może rodzić także spory prawne w zakresie rozliczenia wzajemnych świadczeń stron wykonanych do momentu unieważnienia umowy. Przekładając tę tezę ma kanwę przedmiotowego

postępowania odwołujący ma interes w tym, aby odpady przekazane mu w ramach umowy zawartej w tym postępowaniu, nie były przedmiotem sporu pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą umowy nr 4. W przypadku negatywnego wyniku takiego sporu dla zamawiającego, odwołujący mógłby nie otrzymać zakontraktowanemu mu świadczenia, a więc potencjalnie mógłby ponieść szkodę. Izba wskazuje, że w bieżącym orzecznictwie Izby dominuje pogląd oparty o orzeczeniach TSUE 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (*Fastweb*), 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 *Puligenica Facility Esco (PFE)*, z 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (*Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich*) i z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (*Archus et Gama*), że pojęcie „danego zamówienia w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż zamówienia publiczne to umowa o określony przedmiot świadczenia i wykonawca może mieć interes w zawarciu takiej umowy, która może być wynikiem prawidłowo przeprowadzonego postępowania. W tych okolicznościach Izba oceniła, że odwołujący wykazał dopuszczalność wniesionego odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z 41 pkt 4) ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, i sprzeczny z istotą stosunku zobowiązaniowego w zakresie, w jakim zamawiający gwarantuje wykonawcy wykonanie wyłącznie 2% przedmiotu umowy, a co w konsekwencji narusza zasady uczciwej konkurencji, a także stanowi niczym nieuzasadnione przerzucenie ryzyka ekonomicznego na wykonawców, a także pozostaje sprzeczne z realizacją zamówienia na podstawie umowy zawartej w trybie przetargu nieograniczonego, w sposób mający wpływ na sporządzenie oferty, w zakresie, w jakim zamawiający w rozdziale III SIWZ zobowiązuje się do przekazania wykonawcy w celu zagospodarowania co najmniej 100 [Mg] odpadów, a za nieprzekazanie tej minimalnej ilości zamawiający ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych, przy szacunkowej ilości odpadów do zagospodarowania od 3 000 [Mg] do 5 000 [Mg], zaś ich nieosiągnięcie nie rodzi jakiegokolwiek odpowiedzialności ze strony zamawiającego.

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu merytorycznemu, z uwagi na jego cofnięcie przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. Izba w tym zakresie umorzyła postępowanie w pkt. 2 sentencji orzeczenia na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy w związku z art. 186 ust. 3a ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy oraz art. 7 ustawy przez opisanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób

niejednoznaczny, w zakresie w jakim zamawiający w treści rozdziału XXIV pkt 24. 3. SIWZ określił następujące, pozacenowe kryteria oceny ofert:

- W zakresie termin płatności - każda oferta może uzyskać maksymalnie 40 punktów.

7 dni -10 punktów 14 dni - 20 punktów 30 dni - 40 punktów

Zarzut nie podlegał merytorycznemu odwołaniu, gdyż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił przedmiotowy zarzut. W konsekwencji Izba umorzyła postępowania w pkt 1 sentencji orzeczenia na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353[1] k.c. oraz w zw. z art. 15 oraz 15r ustawy COVID-19 przez pominięcie w projekcie umowy ukształtowania obowiązków notyfikacyjnych związanych z wystąpieniem okoliczności mających wpływ na należyte wykonanie umowy przez Wykonawcę, a także ograniczeń dotyczących dopuszczalności potrącenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o których mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, w związku z ogłoszenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskie stanu epidemii i zmian, w tym przepisów szczególnych, związanych z wdrożeniem przedmiotowego stanu lub stanu zagrożenia epidemicznego oraz możliwych jego skutków na przyszłość

Zarzut nie podlegał merytorycznemu odwołaniu, gdyż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił przedmiotowy zarzut. W konsekwencji Izba umorzyła postępowania w pkt 1 sentencji orzeczenia na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ustawy w zw. z art. 101 a ustawy oraz 7 ustawy przez ich niezastosowanie w sytuacji, gdy w istocie zamiarem zamawiającego jest dokonywanie wyboru przy przekazaniu danych partii odpadów pomiędzy stronami dwóch równolegle obowiązujących umów o zamówienie publiczne

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać zamawiającemu, że odwołujący nie mógł skutecznie postawić takiego zarzutu. Przepis art. 99 stanowi o uprawnieniu zamawiającego co do możliwości zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na zasadach ogólnych zawarciem nie umowy ostatecznej, ale umowy ramowej umożliwiającej dalsze zawieranie umów wykonawczych. Ustawodawca nie określił przesłanek, po których zaistnieniu zamawiający byłby zobligowany do zawarcia umowy ramowej. Każdorazowo to zamawiający decyduje czy decyduje się prowadzić postępowanie zakończone ostateczną umową, czy dalej będzie realizował zamówienia na podstawie umowy

zobowiązującej do zawierania umów wykonawczych. Ponadto w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że zamawiający zamierza dysponować tymi samymi odpadami na rzecz dwóch różnych wykonawców. Izba pomija kwestię czy zamawiający wywiązuje się ze zobowiązań finansowych wynikających z umowy nr 4, gdyż ta kwestia nie dotyczy oceny, czy zamawiający narusza przepisy ustawy w niniejszym postępowaniu. Natomiast istotą sporu jest to, czy zamawiający z puli maksymalnej ilości 11 000Mg odpadów zakontraktowanej na rzecz wykonawcy umowy nr 4 wydzielił przedmiot zamówienia, który jest przedmiotem bieżącego postępowania i który może być przedmiotem roszczeń ze strony wykonawcy umowy nr 4. W ocenie Izby taka tożsamość przedmiotu, choćby w części, nie znajduje oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Zamawiający przedstawił dokonane przez siebie szacowania, z których wynika, że w stosunku do szacunku dokonanego na potrzeby postępowania zakończonego umową nr 4 ilość szacowanych odpadów do zagospodarowania może wzrosnąć o 3 360 Mg. Umowa nr 4 wskazywała na maksymalną ilość odpadów do zagospodarowania na poziomie 11 000 Mg, co odpowiada szacunkom zamawiającego wynikającym z szacowania z dnia 25 października 2019r. Natomiast z szacunku z 23 kwietnia 2020r. wynika, że w stosunku do tej wartości planowana ilość odpadów ulegnie zwiększeniu o około 3 360 Mg, które dają odwołującemu szansę na wykonanie umowy tak w zakresie progu gwarantowanego przez zamawiającego po modyfikacji tj. 1 500 Mg, jak i w zakresie minimalnego zakresu zamówienia – 3000 Mg. Możliwość wytworzenia takiej ilości odpadów znajduje pokrycie z zmienionym pozwoleniu zintegrowanym z dnia 16 maja 2018r. pozwalającym zamawiającemu na przetworzenie maksymalnie 55 000 Mg odpadów (zmieszanych i zebranych selektywnie). W ocenie Izby natomiast zgromadzony materiał dowodowy w postaci harmonogramów przekazywania odpadów nie daje podstaw do przyjęcia, że zamawiający przetrzymuje odpady należne wykonawcy zgodnie z umową nr 4. Z tego materiału dowodowego wynika, że zamawiający zleca różne ilości odpadów maksymalnie 2 kursy dzień każdego dnia roboczego w tygodniu do 4, a nawet 2 kursów w tygodniu i jednorazowo braku zleceń tygodniowych. Odwołujący nie wykazał, że brak zleceń na rzecz wykonawcy umowy nr 4 jest tendencją trwałą, ani tego zamawiający w tym czasie przetwarzał odpady umożliwiające uzyskanie odpadu o kodzie 19 12 10 w większych ilościach niż objęte harmonogramami, a nawet tej okoliczności nie uprawdopodobnił, gdyż sam fakt zmniejszenia się ilości kursów nie może stanowić wystarczającego dowodu na to, że zamawiający nie przekazuje wykonawcy umowy nr 4 wszystkich odpadów o kodzie 19 12 10 powstałych z przetworzenia odbieranych przez niego odpadów. Mając powyższe na uwadze zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 7 ustawy w zw. z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych przez zaniechanie

unieważnienia postępowania, pomimo okoliczności, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut nie potwierdził się. Przedmiotowy zarzut był w całości oparty o tezę, że bieżące postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w celu zawarcia umowy o przedmiot zamówienia zakontraktowany w innym postępowaniu na rzecz innego wykonawcy. W ocenie Izby taka teza nie została przez odwołującego udowodniona. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że zamawiający przewiduje wzrost odpadów przetwarzanych w jego instalacji, którego konsekwencją jest wzrost ilości odpadu o kodzie 19 12 10, tym samym zamawiający założył, że przekaze odpady, których nie przewidywał do uzyskania w dacie wszczęcia postępowania zakończonego umową nr 4 i to w ilości wykraczającej ponad maksymalną ilość zakontraktowaną w umowie nr 4. Fakt, że do lipca 2020r. zamawiający nie przekazał jeszcze wykonawcy umowy nr 4 odpadów w ilości zakładanej przez odwołującego, czy przez wykonawcę umowy nr 4 nie świadczy o tym, że wzrost takiej ilości odpadów na zasadach szacowanych przez zamawiającego nie jest możliwy. Tezie odwołującego o braku możliwości przerobowych instalacji dla wytworzenia wystarczającej ilości odpadów mogących zaspokoić roszczenia tak z umowy nr 4 jak i zawartej w wyniku bieżącego postępowania przeczy pkt. II.1.3. decyzji pierwotnej wydającej zintegrowane pozwolenie, z którego wynika, że instalacja jest zaliczana do instalacji o mocy przerobowej ponad 50 Mg. W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut za niewykazany i w konsekwencji podlegający oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o częściowym umorzeniu postępowania wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania i wycofania jednego zarzutu odwołania oraz o oddaleniu odwołania w pozostałej części na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu, oraz zobowiązując odwołującego do zwrotu zamawiającemu kosztów związanych z uzasadnioną obroną w postaci 3 600zł. zwrotu kosztów zastępstwa prawnego,

oraz związanych ze stawiennictwem na rozprawę tj. 195zł. z tytułu kosztów noclegu i 498, 50zł. z tytułu dojazdu, zgodnie z przedstawionymi rachunkami.

Przewodniczący:

.....