

WYROK

z dnia 14 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2022 r. przez wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Modlińskiej 129 lok. U7 (03-186 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pomiechówek z siedzibą w Pomiechówku przy ul. Szkolnej 1a (05-180 Pomiechówek)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wskazanych w punktach: 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19 w części odnoszącej się do treści §10 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29 i 30 *petitum* odwołania w związku z uwzględnieniem części zarzutów przy jednoczesnym braku zgłoszenia przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego lub cofnięciem części zarzutów.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 4 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia dotyczących procesu realizacji reklamacji przez wskazanie, że:
- realizacja „reklamacji” – reklamacja powinna być rozpatrzona w ciągu 2 godzin od otrzymania zgłoszenia. Przy czym przez rozpatrzenie reklamacji należy rozumieć poinformowanie przez Wykonawcę osoby zgłaszającej reklamację oraz Zamawiającego o jej pozytywnym lub negatywnym rozpatrzeniu. W przypadku pozytywnego rozpatrzenia wykonanie reklamacji oraz potwierdzenie jej wykonania powinno nastąpić w ciągu 3 godzin od przekazania zgłoszenia o pozytywnym rozpatrzeniu reklamacji. W przypadku braku potwierdzenia w ciągu tego czasu, reklamację taką traktuje się jako niewykonaną; informację dotyczącą wykonania reklamacji należy potwierdzić – faks nr (...) lub e-mail: (...).
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 3/4 oraz zamawiającego Gminę Pomiechówek w części 1/4 i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione przez wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem uiszczenia wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Pomiechówek tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Pomiechówek na rzecz wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 1 950 zł 00 gr (słownie: tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Pomiechówek, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Pomiechówek oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych*, znak sprawy: WZP.271.26.2022.ML, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2022 r., pod numerem 2022/S 181-512583.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 30 września 2022 r. wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”) oraz ogłoszeniu o zamówieniu przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w Rozdziale II ust. 1 pkt 2.2) SWZ, ponieważ nie wynika z niego ilu pracowników ma zostać skierowanych do obsługi fizycznej PSZOK (Zarzut 1);
- 2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w Rozdziale II ust. 1 pkt 2.3) SWZ, ponieważ nie wynika z niego w jakim terminie wykonawca ma obowiązek dostarczenia worków w wyznaczone przez zamawiającego miejsca (Zarzut 2);
- 3) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie dotyczącym obowiązku przygotowania i dostarczenia harmonogramów odbioru odpadów do mieszkańców, ponieważ dokumentacja postępowania nie zawiera jednoznacznych postanowień dot. zasad jego przygotowania, w tym terminów na jego przygotowanie i doręczenie, nie jest jednoznaczne, komu należy przekazać wydrukowany harmonogram (Zarzut 3);
- 4) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi

rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi przez wadliwe ustalenie terminu na realizację reklamacji (Zarzut 4);

5) art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez niezagwarantowanie minimalnej wartości świadczenia wykonawcy (Zarzut 5);

6) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez formułowanie niejednoznacznych postanowień dot. opisu przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim zamawiający udostępnia adresy wspólnot mieszkaniowych, ale nie wskazuje liczby altan śmietnikowych znajdujących się na każdej z nich, co uniemożliwia dokładne oszacowanie kosztów realizacji zamówienia (Zarzut 6);

7) art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp poprzez niewskazanie maksymalnej wysokości kar umownych, której może dochodzić Zamawiający (Zarzut 7);

8) art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie w SWZ oraz we wzorze umowy, zakresu wymogu zatrudnienia na umowę o pracę (Zarzut 8);

9) §7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z treścią art. 124 pkt 2 PZP oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez zamieszczenie w treści Rozdziału II ust. 9 pkt 2) ppkt 2.4) SWZ wymogu przedstawienia przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego w postaci: „aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub musi wskazać regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany przekazać odebrane odpady (zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, o których mowa wyżej winny spełniać warunki określone w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;”, pomimo nieokreślenia w treści Rozdziału I ust. 9 pkt 2) ppkt 2.4) lit. b) SWZ, warunku, którego spełnienie miałyby potwierdzać wskazany powyżej środek dowodowy, a także błędnego sformułowania w/w poprzez użycie sformułowania „regionalne instalacje” podczas, gdy w art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy, mowa jest o „instalacjach komunalnych” (Zarzut 9);

10) art. 353¹ kc w zw. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez formułowanie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia warunków realizacji

zamówienia w zakresie obowiązku dostarczenia harmonogramów do mieszkańców, który to obowiązek umowny nie został wystarczająco zdefiniowany w umowie, co budzi niepewność co do sposobu jego realizacji (Zarzut 10);

11) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 16 Pzp oraz art. 395 Pzp i art. 471 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności wykonawcy w zakresie regulacji prawa odstąpienia przez zamawiającego (Zarzut 11);

12) art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe uregulowanie w Formularzu ofertowym postanowień dot. wynagrodzenia, które błędnie sugerują, że za realizację zamówienia Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe, podczas gdy właściwym dla tego typu zamówienia jest rozliczenie miesięczne wg stawek wskazanych w ofercie Wykonawcy, zgodne z liczbą odebranych i zagospodarowanych odpadów od mieszkańców nieruchomości gminy Pomiechówek oraz z PSZOK (Zarzut 12);

13) art. 353¹ kc w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 437 Pzp oraz art. 464 Pzp poprzez sformułowanie postanowień umowy z przekroczeniem granic swobody umów oraz w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, przejrzystości i proporcjonalności, tj. poprzez określenie w §9 umowy wymogów dotyczących realizacji części zamówienia przez podwykonawcę oraz wymogów dotyczących zawierania umów o podwykonawstwo w sposób wygórowany i właściwy dla robót budowlanych, w tym poprzez zastosowanie art. 437 oraz art. 464 Pzp, mimo że postępowanie nie dotyczy robót budowlanych (Zarzut 13);

14) art. 483 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez niejasną kwalifikację kary z §10 ust. 6 lit. b umowy, tj. poprzez określenie jej za zwłokę w przekazaniu terenu budowy, podczas gdy postępowanie nie dotyczy robót budowlanych (Zarzut 14);

15) art. 483 kc oraz art. 484 par. 1 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez określenie kar umownych w §10 ust. 1 pkt 5 - 7 umowy w sposób wygórowany z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz równości kontraktowej stron (Zarzut 15);

16) art. 483 kc oraz art. 484 par. 1 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez określenie kary umownej w §10 ust. 1 pkt 8 lit. b i c oraz ust. 8 pkt 8 umowy z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz równości kontraktowej stron, tj. poprzez określenie różnych kar umownych za niewywiązanie się z obowiązku zatrudniania określonych osób na podstawie umowy o pracę oraz określenie kar na poziomie wygórowanym z naruszeniem zasady proporcjonalności oraz równości kontraktowej stron (Zarzut 16);

17) art. 483 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez niejasną kwalifikację kary z §10 ust. 8 pkt 7 umowy, tj. określenie jej za naruszenie postanowień umowy, w szczególności za naruszenie postanowień umowy w zakresie zobowiązania do

usuwania odpadów oraz zobowiązania do zapłaty za wykorzystane media, podczas gdy z dokumentacji postępowanie nie wynikają przedmiotowe obowiązki wykonawcy, a samo postępowanie nie dotyczy robót budowlanych (Zarzut 17);

18) art. 483 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp oraz art. 437 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez określenie kary umownej w §10 ust. 8 pkt 1 - 5 umowy z naruszeniem zasady przejrzystości oraz równości kontraktowej stron, tj. poprzez określenie kar umownych w sposób wygórowany za niewywiązanie się z obowiązków właściwych dla umów o roboty budowlane (Zarzut 18);

19) art. 483 k.c. oraz art. 484 par. 1 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez niejasną kwalifikację kar z §10 ust. 1 pkt 2 - 4 umowy oraz określenie jej w nadmiernej wysokości oderwanej od zawinienia i wpływu wykonawcy na jej wysokość (Zarzut 19);

20) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez nieokreślenie jednoznacznie w §2 ust. 1 pkt 1 umowy, że obowiązek odbioru odpadów w wyznaczonych godzinach dotyczy tylko dni, z których taki obowiązek odbioru wynika zgodnie z harmonogramem ustalonym na rok 2023 i I połowę 2024 stanowiącym załącznik Nr 1 do niniejszej umowy (Zarzut 20)

21) art. 353¹kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nakładając nadmierne i nieuzasadnione obowiązki, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez nieokreślenie jednoznacznie w §2 ust. 1 pkt 4 umowy zakresu i sposobu realizacji obowiązków informacyjnych Wykonawcy (Zarzut 21);

22) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nakładając nadmierne i nieuzasadnione obowiązki, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez nieokreślenie jednoznacznie w §2 ust. 1 pkt 12 umowy, na jakiej legalizowanej wadze ma następować ważenie odebranych odpadów (Zarzut 22);

23) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, nakładając nadmierne i nieuzasadnione obowiązki, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez nieokreślenie jednoznacznie

w §2 ust. 1 pkt 13 umowy, że odpowiedzialność dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę (Zarzut 23);

24) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób nakładający nadmierne i nieuzasadnione obowiązki, których realizacja we wskazanym terminie może być obiektywnie niemożliwa przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez nałożenie w §2 ust. 1 pkt 17 umowy obowiązku przekazania danych z odczytów, o których mowa w pkt 16 najpóźniej do godziny 9⁰⁰ następnego dnia roboczego następującego po dniu wykonania zbiórki odpadów (Zarzut 24);

25) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, niepozwalający ustalić ich konkretnego zakresu, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez nałożenie w §2 ust. 1 pkt 20 umowy obowiązku wykonywania przez wykonawcę obowiązków mających istotny wpływ na wykonanie niniejszej umowy (Zarzut 25);

26) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach poprzez formułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny, wzajemnie niespójny, niepozwalający ustalić wymaganego sposobu wykonania zobowiązań umownych oraz nieuwzględniający uwarunkowań prawnych realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów z PSZOK, a przez to z przekroczeniem granic swobody umów i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego poprzez brak wskazania w §2 ust. 3 pkt 3 ppkt 3.1. lit. d) umowy zasad dokonania zgłoszenia zapotrzebowania na odbiór odpadów z PSZOK oraz pominięciem jako niezbędnego warunku rozpoczęcia biegi terminu na wykonanie zgłoszenia wystawienia przez zamawiającego jako prowadzącego PSZOK karty przekazania odpadów w BDO (Zarzut 26);

27) art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy w prawidłowy i pełny sposób obligatoryjnej waloryzacji, niewskazanie jednoznacznie na waloryzację cen jednostkowych, które mają charakter rozliczeniowy oraz nieokreślenie w precyzyjny sposób zasad i terminów jej dokonania (Zarzut 27);

28) art. 439 w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy waloryzacji cen jednostkowych mających charakter rozliczeniowy co czyni waloryzację pozorną oraz nieprzewidzenie terminów waloryzacji i możliwości jej wielokrotnego stosowania, jak również procedury przeprowadzenia waloryzacji oraz brak uwzględnienia waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych w sytuacji wzrostu kosztów

świadczenia usług w zakresie kosztów paliwa co skutkuje przeniesieniem na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi (Zarzut 28);

29) art. 439 Pzp w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy waloryzacji cen jednostkowych mających charakter rozliczeniowy co czyni waloryzację pozorną (Zarzut 29);

30) art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie postanowień umowy w sposób niejednoznaczny oraz z przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy poprzez nieuregulowanie przypadku realizacji usług w kontekście przekroczenia wartości wynagrodzenia umownego, brak regulacji trybu zwiększenia wynagrodzenia, braku obowiązku świadczenia usług po wyczerpaniu wynagrodzenia, jak również maksymalnego terminu, do którego może zostać wydłużona umowa w związku ze zwiększeniem wysokości wynagrodzenia (Zarzut 30).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ, opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób szczegółowo określony w odwołaniu, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Jego zdaniem w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność zamawiającego uniemożliwia mu ubieganie się o udzielenie zamówienia na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Odwołujący podniósł także, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności warunków zamówienia z prawem i ubiegania się o zamówienie bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Ponadto odwołujący stwierdził, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Pzp ww. czynność zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości jego udziału w postępowaniu. Ponadto w ocenie odwołującego objęta odwołaniem czynność zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia przez niego szkody polegającej na uniemożliwieniu mu ubiegania się o zamówienie na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

W uzasadnieniu zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołujący podniósł, że określone przez zamawiającego terminy realizacji reklamacji są nierealne. Zamawiający posługuje się określeniem godzin, nie definiując czy ma na myśli godziny robocze, a także wyznacza wykonawcy termin zbyt krótki na realizację reklamacji. Ponadto zamawiający nigdzie w dokumentacji postępowania nie zdefiniował pojęcia realizacji reklamacji. W związku z powyższym odwołujący wyjaśnił, że nie wie, czy przez „realizację reklamacji” należy rozumieć poinformowanie osoby składającej reklamację o sposobie jej rozpatrzenia (czy została uznana za zasadną i poinformowanie o terminu odbioru lub przekazanie informacji o nieuznaniu reklamacji) czy raczej jej wykonanie (w przypadku uznania reklamacji za zasadną, czy również odbiór odpadów powinien nastąpić w terminie 2 godzin). Nie jest możliwe, aby w terminie 2 godzin wykonawca mógł rozpatrzyć reklamację oraz zrealizować odbiór w ramach tej reklamacji. Zgodnie z dokumentacją postępowania, odbiór odpadów następować ma w godzinach 08:00-16:00. W przypadku, gdy reklamacja zostanie zgłoszona w piątek o godzinie 15:00, wykonawca nie ma szans na jej realizację tego samego dnia, możliwe to będzie najwcześniej w najbliższym dniu roboczym. Ponadto odwołujący wskazał na sytuacje, w których reklamacje będą wpływały na adres e-mail wykonawcy np. w sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy. Wykonawca nie ma obowiązku całodobowego świadczenia usług przez 7 dni w tygodniu. W takiej sytuacji nie ma mowy o realizacji reklamacji w terminie 2 godzin od otrzymania zgłoszenia. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zamawiający przewidział zakaz mieszania ze sobą różnych frakcji odpadów, w związku z czym w celu realizacji reklamacji skierowany będzie musiał zostać odpowiedni pojazd, przystosowany do odbioru frakcji, której reklamacja dotyczy, co dodatkowo wydłuża termin zakończenia reklamacji. W związku z faktem, że zamawiający za niezrealizowanie reklamacji w terminie przewidział we wzorze umowy kary umowne, a za jej trzykrotne niezrealizowanie, przewidział prawo odstąpienia od umowy przysługujące zamawiającemu, istotne jest, aby proces reklamacyjny został prawidłowo opisany w dokumentacji postępowania.

Precyzując żądanie w zakresie przedmiotowego zarzutu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ oraz wzoru umowy dotyczących procesu reklamacji poprzez:

- 1) wskazanie definicji pojęcia „rozpatrzenia reklamacji” jako poinformowania osoby zgłaszającej reklamację o jej pozytywnym lub negatywnym rozpatrzeniu z zaznaczeniem, że w przypadku pozytywnego rozpatrzenia reklamacji, wykonawca ustali z osobą wnoszącą reklamację, termin odbioru odpadów w ciągu maksymalnie 1 dnia roboczego od rozpatrzenia reklamacji;

2) wskazanie, że wykonawca ma 1 dzień roboczy na rozpatrzenie reklamacji tj. poinformowanie osoby składającej reklamację oraz zamawiającego o jej pozytywnym lub negatywnym rozpatrzeniu;

3) wskazanie, że w przypadku, gdy mieszkaniec nie wystawił odpadów do odbioru do godziny 08:00 w dniu, w którym zgodnie z harmonogramem, będzie miał miejsce odbiór odpadów, reklamacja uznana zostanie rozpatrzona negatywnie.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 15 petitum odwołania, odwołujący wskazał, że kara umowna wysokości określonej w §10 ust. 1 pkt 5-7 wzoru umowy jest wygórowana i nieadekwatna do przewinienia. Zamawiający ukształtował wysokości kar w sposób dowolny i niezwiązany z uszczerbkiem, który może ponieść. Kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji §10 ust 1 pkt 5 - 7 umowy poprzez obniżenie kar umownych i zaproponował następujący zapis:

5) z tytułu zwłoki w realizacji "reklamacji", tj. braku odbioru odpadów (dotyczy odpowiednio odpadów: zmieszanych, segregowanych, wielkogabarytowych, itd. oraz braku pozostawienia odpowiedniej ilości worków) Wykonawca zapłaci karę za każdą niezrealizowaną w terminie reklamację w wysokości:

a) dla nieruchomości o zabudowie jednorodzinnej w wysokości 100,00 zł (słownie: sto złotych) za nieruchomość, której dotyczy zwłoka lub reklamacja;

b) dla nieruchomości o zabudowie wielorodzinnej w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych) za nieruchomość, której dotyczy zwłoka lub reklamacja;

6) za nienależyte (niepełne) wykonanie odczytów, o których mowa w §2 ust. 1 pkt 16) lub ich niewykonanie z winy Wykonawcy - 100,00 zł (słownie: sto złotych) za każdą nieruchomość, której dotyczy brak odczytu;

7) za nieprzekazanie Zamawiającemu odczytów zgodnie z §2 ust. 1 pkt 17) — 100,00 zł (słownie: sto złotych) za każdy dzień zwłoki w przekazaniu odczytów z danego dnia odbioru odpadów.

Jeśli chodzi o zarzut zawarty w pkt 19 odwołujący wyjaśnił, że wykonawca nie może odpowiadać w tak dużym stopniu za brak osiągniętych poziomów odzysku odpadów, ponieważ zależy to od wielu czynników, tj. ilości wytworzonych przez mieszkańców odpadów, jakości segregacji oraz zawartości tej segregacji. Nie każdy papier, plastik czy szkło będą przyjmowane przez recyklerów. Ponadto we frakcjach segregowanych zawsze znajdują się zanieczyszczenia, których nie da się poddać recyklingowi. Kara umowna powinna zostać obniżona do maksymalnie 50%, a obowiązek jej zapłaty uzależniony od możliwości określenia rozmiaru przyczynienia się do powstania podstaw do nałożenia kary, w tym nieprzekazania do recyklingu przynajmniej 40% sumy odebranych odpadów w sposób

selektywny. Kara musi mieć charakter zawiniony, co zamawiający jest zobowiązany wykazać. Zgodnie z Pzp, kara umowna jest należna tylko za zawinione działania i zaniechania, co nie wynika z obecnego brzmienia §10 ust. 1 pkt 2 umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji §10 ust. 1 pkt 2 umowy i zaproponował następujący zapis:

2) za niewywiązanie się z poziomu odzysku odpadów, o którym mowa w §2 ust. 1 pkt 8, w wysokości 50% kary należnej gminie Pomiechówek. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297, z późn. zm.), jeżeli zawinione działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę. Nałożenie kary wymaga wykazania, że zawinione działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyniło się do powstania podstaw do nałożenia kary oraz rozmiaru tego przyczynienia, w tym nieprzekazania do recyklingu przynajmniej 40% sumy odebranych odpadów w sposób selektywny.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 28 odwołujący wskazał, że zamawiający w §15 ust. 3 pkt 5 umowy zamawiający przewidział zasady waloryzacji wymagane na podstawie art. 439 Pzp. Zasady te nie zostały jednak określone w sposób wyczerpujący i jednoznaczny co może powodować sytuacje sporne po podpisaniu umowy. W szczególności zamawiający nie określił terminów skorzystania z waloryzacji, a z uwagi na dynamiczne zmiany stanu faktycznego skorzystanie z waloryzacji powinno być możliwe wielokrotnie, w czasie trwania umowy, bez zakreślania terminu dla pierwszej ani kolejnych waloryzacji. Ponadto nie zostało wskazane, że zmiany dotyczyć mogą zarówno wynagrodzenia określonego w §4 ust. 3 umowy, jak i przede wszystkim cen jednostkowych, które są podstawą rozliczenia w przedmiotowym zamówieniu. Ponadto zamawiający nie uwzględnił jednego z najistotniejszych czynników wpływających na koszt realizacji zamówienia, tj. cen paliwa. Należy wskazać, że waloryzacja związana ze wzrostem cen paliwa powinna zostać przewidziana w dokumentacji zamówienia jako najbardziej adekwatna do stanu faktycznego sprawy. Zamawiający nie uwzględnił także jasnej regulacji procedury przeprowadzenia waloryzacji, pomimo że jest to niezbędne dla zapewnienia możliwości skutecznego jej zastosowania.

Odnosnie przedmiotowego zarzutu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji §15 ust. 3 pkt 5 umowy w zakresie wprowadzenia waloryzacji cen jednostkowych, przewidzenie terminów waloryzacji i możliwości jej wielokrotnego stosowania, jak również wprowadzenie procedury przeprowadzenia waloryzacji oraz uwzględnienie waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w zakresie kosztów paliwa. Proponowane brzmienie:

3. Poza przypadkami określonymi w paragrafach poprzedzających, zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia i cen jednostkowych będą mogły nastąpić w następujących przypadkach:

(...)

5) zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:

a) poziom zmiany wynagrodzenia i cen jednostkowych zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym został sporządzony kosztorys/wycena;

b) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia i cen jednostkowych, jaką dopuszcza Zamawiający to łącznie 30% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto określonego w §4 ust. 3 umowy.

Zmiany o których mowa w §15 ust. 3 pkt 5), mogą być wprowadzone poprzez zestawienie cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym został sporządzony kosztorys/wycena. Zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego wzroście jak i obniżeniu. Zmiany wynagrodzenia i cen jednostkowych mogą być przeprowadzone wielokrotnie, a Zamawiający nie ogranicza ani terminu dokonania pierwszej ani kolejnych waloryzacji. O zmianę wynagrodzenia i cen jednostkowych Wykonawca może wystąpić ze stosownym wnioskiem. Jeżeli Zamawiający nie rozpatrzy wniosku w terminie 10 dni roboczych i nie zgłosi uwag, wniosek jest uważany za kompletny, a zmiana wynagrodzenia i cen jednostkowych za zaakceptowaną przez Zamawiającego; Zamawiający może odmówić zmiany wynagrodzenia i cen jednostkowych tylko wówczas, gdy Wykonawca nie uzasadni zmiany wysokości wynagrodzenia i cen jednostkowych;

5a) Waloryzacji podlegać będą ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wskazane w §4 ust. 2 Umowy również w przypadku zmiany (wzrostu) cen paliwa w postaci oleju napędowego (Ekodiesel), określonej przez spółkę PKN Orlen S.A., w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 15% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie ogranicza maksymalnej waloryzacji wynagrodzenia, ani liczby możliwych zmian umowy na tej podstawie ani terminów jej dokonania, przy czym w przypadku kolejnych wniosków dot. waloryzacji wynagrodzenia na tej podstawie, każda kolejna zmiana wynagrodzenia powinna być możliwa w przypadku wzrostu cen za paliwo o minimum 15% w porównaniu do cen za

paliwo obowiązujących w dniu złożenia przez Wykonawcę wniosku o poprzednią waloryzację na tej podstawie, na podstawie którego to wniosku doszło do zawarcia poprzedniego aneksu.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Zamawiający w dniu 11 października 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów 1, 4, 7, 15, 19, 28, 30 oraz uwzględnił odwołanie w pozostałej części, tj. co do zarzutów: 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29.

Odnośnie zarzutu podniesionego w pkt 4 zamawiający wskazał, że jest on bezzasadny. W ocenie zamawiającego szybki termin wykonania reklamacji pozwoli uniknąć podrzucania i zalegania odpadów oraz rozerwania worków przez zwierzęta. Pozwoli to zadbać o czystość na terenie gminy i wpłynie pozytywnie na środowisko. Wykonanie reklamacji powinno nastąpić w ciągu 2 godzin od otrzymania zgłoszenia o pozytywnym rozpatrzeniu reklamacji. Niewłaściwe świadczenia usług przez przedsiębiorcę odbierającego odpady komunalne zgłaszane są do urzędu na bieżąco, nie później jednak niż do godz. 10.00 następnego dnia po dniu określonym w harmonogramie. Mieszkaniec może dokonać zgłoszenia do urzędu tylko w dni robocze.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 1, 7, 30, 5 w zakresie nieuwzględnionym przez z zamawiającego oraz 19 w części odnoszącej się do treści §10 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie niepodlegającym umorzeniu.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 października 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ogłoszenie o zamówieniu;

2) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego:

- opracowanie własne odwołującego w zakresie szacowanego poziomu recyklingu odpadów z terenu gminy Pomiechówek za rok 2021;
- warunki i zasady przyjęcia makulatury przez Stora Enso;
- zasady segregacji odpadów w gminie Pomiechówek
- instrukcję kwalifikacji jakościowej i warunków przyjęcia stłuczki szklanej przekazywanej do Krynicki Recykling S.A.

W związku z uwzględnieniem części zarzutów przy jednoczesnym braku zgłoszenia przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego oraz cofnięciu niektórych zarzutów, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów wskazanych w punktach: 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19 w części odnoszącej się do treści §10 ust. 1 pkt 3 i 4 wzoru umowy, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29 i 30 *petitum* odwołania.

Izba ustaliła co następuje

Odwołujący kwestionował następujące postanowienia SWZ, w tym też załącznika nr 7 do niej tj. wzoru umowy:

- treść zawartą w rozdziale II SWZ pn.: *Przedmiot zamówienia i wymagania stawiane wykonawcom* dotyczącą kwestii realizacji „reklamacji” w brzmieniu:

realizacja „reklamacji” - reklamacja powinna zostać rozstrzygnięta w ciągu 2 godzin od otrzymania zgłoszenia. Potwierdzenie jej wykonania powinno nastąpić w ciągu 3 godzin od momentu zgłoszenia reklamacji. W przypadku braku potwierdzenia w ciągu tego czasu, reklamację taką traktuje się jako niewykonaną; informację dotyczącą załatwienia reklamacji należy niezwłocznie potwierdzić —faks nr (22) 765 27 10 lub e-mail: strodowisko@pomiechówek.pl;

- §10 ust. 1 pkt 5-7 wzoru umowy:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

(...)

5) z tytułu zwłoki w realizacji "reklamacji", tj. braku odbioru odpadów (dotyczy odpowiednio odpadów: zmieszanych, segregowanych, wielkogabarytowych, itd. oraz braku pozostawienia odpowiedniej ilości worków) Wykonawca zapłaci karę za każdą niezrealizowaną w terminie reklamację w wysokości:

a) dla nieruchomości o zabudowie jednorodzinnej w wysokości 500,00 zł (słownie: pięćset złotych) za nieruchomość, której dotyczy zwłoka lub reklamacja;

b) dla nieruchomości o zabudowie wielorodzinnej w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za nieruchomość, której dotyczy zwłoka lub reklamacja;

6) za nienależyte (niepełne) wykonanie odczytów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 16) lub ich niewykonanie z winy Wykonawcy - 500,00 zł (słownie: pięćset złotych) za każdą nieruchomość, której dotyczy brak odczytu;

7) za nieprzekazanie Zamawiającemu odczytów zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 17) - 500,00 zł (słownie: pięćset złotych) za każdy dzień zwłoki w przekazaniu odczytów z danego dnia odbioru odpadów.;

- §10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

(...)

2) za niewywiązanie się z poziomu odzysku odpadów, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 8, w wysokości kary należnej gminie Pomiechówek. Wysokość kary umownej zostanie wyliczona zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297, z późn. zm.);

- §15 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy:

3. Poza przypadkami określonymi w paragrafach poprzedzających, zmiany Umowy będą mogły nastąpić w następujących przypadkach:

(...)

5) zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:

a) poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym został sporządzony kosztorys/wycena;

b) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający to łącznie 30% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 3 umowy.

Zmiany o których mowa w § 15 ust. 3 pkt 5), mogą być wprowadzone poprzez zestawienie cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym został sporządzony kosztorys/wycena. Zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego wzroście jak i obniżeniu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. art. 353¹ kc – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.;*

- art. 99 ust. 1 i 2 Pzp – *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

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

- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

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

- art. 483 kc – § 1. *Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).*

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.;

- art. 483 §1 kc – *W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.;*

- art. 439 Pzp – *1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

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

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego uwzględnieniu podlegał zarzut podniesiony w pkt 4 *petitum* odwołania odnoszący się do zagadnienia realizacji „reklamacji” opisanego w rozdziale II SWZ. Przy czym przedmiotowy zarzut podlegał uwzględnieniu w części tym samym Izba nakazała modyfikację postanowień SWZ w zakresie realizacji „reklamacji” w sposób odbiegający od żądania wskazanego przez odwołującego.

Izba doszła do przekonania, że w ramach przedmiotowego zarzutu zamawiający dopuścił się naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp. Punktem wyjścia do stwierdzenia naruszenia było uznanie przez skład orzekający, że postanowienia SWZ dotyczące realizacji „reklamacji” zostały opisane w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Kwestionowany przez odwołującego opis realizacji „reklamacji” podany w SWZ sprowadzał się do następujących treści:

- reklamacja powinna zostać rozstrzygnięta w ciągu 2 godzin od otrzymania zgłoszenia;
- potwierdzenie jej wykonania powinno nastąpić w ciągu 3 godzin od momentu zgłoszenia reklamacji;
- w przypadku braku potwierdzenia w ciągu tego czasu, reklamację taką traktuje się jako niewykonaną;
- podania w końcowej treści postanowienia numeru faxu oraz adresu poczty elektronicznej, na które należy przesłać informację o załatwieniu reklamacji.

Odnosząc się do treści ww. postanowień Izba w pierwszej kolejności odniosła się do kwestii terminu rozstrzygnięcia reklamacji od momentu zgłoszenia. W ocenie składu orzekającego termin podany przez zamawiającego tj. dwie godziny, wbrew stanowisku odwołującego, należało uznać za adekwatny i zasadny mając na uwadze okoliczności realizacji zamówienia. Jak wynikało ze stanowiska zamawiającego przedstawionego w trakcie postępowania odwoławczego, które jednak nie zostało jednoznacznie określone w dokumentacji przetargowej, dwugodzinny termin na rozstrzygnięcie reklamacji od momentu otrzymania zgłoszenia dotyczy wykonawcy, który właśnie w tym czasie powinien przedstawić informacje dotyczące zasadności reklamacji oraz przede wszystkim jej pozytywnego lub negatywnego rozpatrzenia ze swojej strony. Jak słusznie argumentował zamawiający szybki termin wykonania reklamacji, na co składa się także rozpoznanie reklamacji ze strony wykonawcy, pozwoli uniknąć negatywnym działaniom za jakie należy uznać okoliczności podrzucania i zalegania odpadów oraz rozerwania worków przez zwierzęta. Tym samym reklamacja powinna zostać rozpatrzona przez wykonawcę w terminie dwóch godzin (w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości sygnalizowanych przez odwołującego należy wskazać, że określenie to odnosi się do godzin zegarowych) od momentu otrzymania zgłoszenia, czyli poinformowania wykonawcy o jej wniesieniu.

W dalszej kolejności Izba uznała za zasadną argumentację odwołującego wskazującą, że postanowienia dotyczące realizacji „reklamacji” nie określają co należy rozumieć przez zwrot rozpatrzenie reklamacji. W tym celu, w ocenie składu orzekającego, należało uzupełnić kwestionowane przez odwołującego postępowanie o wymieniony powyżej zakres wskazując,

że przez rozpatrzenie reklamacji należy rozumieć poinformowanie przez wykonawcę osoby zgłaszającej reklamację oraz zamawiającego o jej pozytywnym lub negatywnym rozpatrzeniu.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym doprecyzowania okazał się termin na wykonanie reklamacji przez wykonawcę w przypadku jej pozytywnego rozpatrzenia. W tym zakresie Izba dostrzegła niekonsekwencję zamawiającego, ponieważ z treści SWZ wynikało, że potwierdzenie wykonania reklamacji powinno nastąpić w ciągu 3 godzin od momentu zgłoszenia reklamacji, co oznaczało, że wykonawca będzie miał maksymalnie 3 godziny na wykonanie reklamacji od momentu jej zgłoszenia, przy czym w czasie tych trzech godzin zawarty został także dwugodzinny okres na rozpatrzenie reklamacji. Tymczasem w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że wykonanie reklamacji powinno nastąpić w ciągu 2 godzin od otrzymania zgłoszenia o pozytywnym rozpatrzeniu reklamacji. W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że koniecznym było ujednoczenie postanowień SWZ w zakresie terminu realizacji „reklamacji” przez wskazanie, że w przypadku pozytywnego rozpatrzenia wykonanie reklamacji oraz potwierdzenie jej wykonania powinno nastąpić w ciągu 3 godzin od przekazania zgłoszenia o pozytywnym rozpatrzeniu reklamacji. Pozostała treść opisu odnoszącego się do realizacji „reklamacji” w ocenie składu orzekającego powinna pozostać bez zmian, przy czym w treści nakazanej modyfikacji SWZ zawartej w sentencji orzeczenia nie został podany numer faxu oraz adres poczty elektronicznej, na które powinno zostać przesłane potwierdzenie wykonania reklamacji, gdyż przedmiotowe informacje powinien uzupełnić zamawiający.

Ponadto w ramach przedmiotowego zarzutu, w ocenie Izby, nie można było stwierdzić naruszenia art. 353¹ kc, ponieważ kwestionowane przez odwołującego postanowienia nie odnosiły się do treści wzoru umowy, ale SWZ. We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ postanowienia dotyczące reklamacji zostały zawarte w §14, przede wszystkim w ust. 5-7. Odwołujący nie kwestionował tych postanowień, stąd też ich treść pozostawała bezsporna pomiędzy stronami. Z powyżej opisanymi postanowieniami wzoru umowy związane jest też zagadnienie dotyczące sytuacji, w której wykonawca negatywnie rozpatrzy reklamację. W takiej sytuacji zasadność reklamacji będzie rozstrzygana przez zamawiającego, szczególnie mając na uwadze postanowienia zawarte w §14 ust. 6 i 7 wzoru umowy. Z racji tego, że odwołanie nie dotyczyło postanowień §14 wzoru umowy Izba nie formułowała nakazu wobec jego treści, niemniej zamawiający powinien wziąć pod rozwagę doprecyzowanie ww. postanowień w kontekście procedury rozstrzygania reklamacji, która została negatywnie rozpatrzona przez wykonawcę.

Dodatkowo Izba uznała, że niewłaściwe byłoby nakazywanie zmiany treści postanowienia odnoszącego się do realizacji „reklamacji”, które miałyby polegać na wskazaniu

maksymalnie 1 dnia roboczego na wykonanie reklamacji od momentu jej pozytywnego rozpatrzenia. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której reklamacja zostałaby pozytywnie rozpatrzona w piątek tym samym wykonanie żądania z odwołania powodowałoby, że reklamacja mogłaby zostać wykonana dopiero po weekendzie, co oznaczałoby, że śmieci zalegałyby kilka dni, co niewątpliwie negatywnie wpływałoby na środowisko, nie mówiąc już o kwestiach higienicznych czy estetycznych. Tym samym Izba przy uwzględnieniu w ramach przedmiotowego zarzutu naruszenia dyspozycji art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp zdecydowała się zmienić treść żądania odwołującego, którym nie była związana i nakazała modyfikację postanowień SWZ odnoszących się do zagadnienia realizacji „reklamacji” w sposób wskazany w sentencji orzeczenia oraz opisany powyżej.

W ocenie składu orzekającego nie znalazł potwierdzenia zarzut podniesiony w pkt 15 *petitum* odwołania, który odnosił się do kar umownych opisanych w §10 ust. 1 pkt 5-7 wzoru umowy. W ramach przedmiotowego zarzutu Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na uzasadnienie zawarte w odwołaniu. W uzasadnieniu odwołania, oprócz zacytowania kwestionowanych postanowień projektu umowy oraz wskazania treści żądania, odwołujący poświęcił przedmiotowemu zarzutowi trzy zdania, w których zawarł ogólnikowe stwierdzenia koncentrujące się na wskazaniu, że kara umowna w wysokości określonej w §10 ust. 1 pkt 5-7 wzoru umowy jest wygórowana i nieadekwatna do przewinienia, zamawiający ukształtował wysokości kar w sposób dowolny i niezwiązany z uszczerbkiem, który może ponieść oraz kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody.

Tak ogólnikowe stanowisko podane jako uzasadnienie zarzutu, które w żaden sposób nie odnosiło się do konkretnych i osadzonych w realiach rynkowych okoliczności dotyczących kwestionowanych postanowień, nie mogło w żaden sposób stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Odwołujący dopiero na rozprawie podnosił pewne konkretne argumenty w kontekście przedmiotowego zarzutu, które dotyczyły ilości reklamacji jakie pojawiają się przy realizacji podobnych zamówień oraz poziomu kar umownych z tytułu zwłoki za realizację reklamacji, które na innych kontraktach wynoszą zwykle 100 zł za każdy dzień zwłoki. Izba nie mogła wziąć tej argumentacji pod uwagę ponieważ po pierwsze była spóźniona, a po drugie gołosłowna, gdyż odwołujący nie złożył żadnych dowodów w tym zakresie.

Zgodnie z orzecznictwem (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., sygn. akt V CSK 139/07) dla dokonania oceny rażącego wygórowania kary umownej bierze się pod uwagę przede wszystkim stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela, a także relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Jak wskazano powyżej odwołujący nie przedstawił konkretnej oraz popartej

dowodami argumentacji w zakresie opisanym powyżej, przez co nie można było uznać, że kwestionowane przez odwołującego wysokości kar umownych mogły doprowadzić do zachwiania równowagi pomiędzy wysokością tej kary a ewentualną szkodą, jakiej doznałby zamawiający w wyniku niewykonania zobowiązania czy też wysokość kary mogła naruszać wymaganą równowagę w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 483 kc oraz art. 484 par. 1 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp oznaczony punktem nr 15.

Odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 19 *petitum* odwołania w części niewycofanej przez odwołującego tj. odnoszącej się do postanowienia zawartego w §10 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, który dotyczył wysokości kary umownej za niewywiązanie się z poziomu odzysku odpadów, naliczanej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 ze zm.), Izba uznała, że tak określona kara umowna pozostaje w odpowiedniej proporcji do szkody, jakiej doznałby zamawiający w wyniku niewykonania przez wykonawcę zobowiązania, gdyż jest jej równa. Skład orzekający nie znalazł również podstaw do uznania tej kary umownej za nieproporcjonalną w stosunku do wysokości wynagrodzenia wykonawcy, zwłaszcza że określenie jego wysokości leży w pełni w gestii wykonawców, którzy zdecydują się złożyć ofertę. Kwestionowana kara spełnia zatem przypisywaną jej funkcję odszkodowawczą i ma na celu motywowanie wykonawców do wypełnienia obowiązków z zakresu osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu.

Ponadto biorąc pod uwagę przepisy ww. ustawy nie może dziwić, że gmina wykonując zadanie własne powierzone jej ustawą organizując odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zleca wykonywanie tych zadań z reguły w drodze udzielenia zamówienia publicznego wyspecjalizowanemu podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą z założeniem, że wykonawca wypełni nałożone na gminę i powierzone w drodze umowy obowiązki, którymi sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia wskaźników pochodnych w stosunku do określonych w ustawie nie stanowi samo w sobie naruszenia przepisu prawa. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów wykonawca powinien liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągnięcia wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu. W tym zakresie Izba przyjęła analogiczne stanowisko jak we wcześniejszych orzeczeniach odnoszących się do kwestii kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu tj. wyroku z 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 81/22, wyroku z 13 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1118/22, KIO 1119/22, KIO 1120/22, KIO 1121/22, KIO 1122/22, KIO 1123/22, KIO 1124/22, wyroku z 25

sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 2023/22 czy wyroku z 5 października 2022 r. sygn. akt KIO 2468/22.

Dodatkowo w zakresie przedmiotowego zarzutu stanowiska odwołującego nie potwierdziły złożone przez niego dowody. Pierwszy dowód obejmował opracowanie własne przygotowane przez odwołującego w zakresie szacowanego poziomu recyklingu odpadów z terenu gminy Pomiechówek za rok 2021. Z przedmiotowego dowodu wynikało, że szacowany przez odwołującego poziom recyklingu wynosił u zamawiającego w 2021 r. 23,55% i miał on obrazować okoliczność potwierdzającą trudności w uzyskaniu limitów wynikających z ustawy w latach 2023 i 2024. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba ww. dowód uznała za niewiarygodny, ponieważ stanowił on opracowanie własne odwołującego, które nie dało się zweryfikować pod kątem realności przyjętych w nim wyliczeń. Ponadto dowód ten nie został podpisany w związku z tym skoro nikt ze strony odwołującego nie zdecydował się wziąć odpowiedzialności za jego treść przez prostą, ale znaczącą czynność złożenia pod nim podpisu, to w ocenie Izby nie można było mu przypisać żadnej mocy dowodowej. Ponadto skład orzekający ma świadomość tego, że przedmiotowy zarzut dotyka materii, która z pewnością będzie wywoływać ożywioną dyskusję, szczególnie z biegiem kolejnych lat podczas, których poziom recyklingu będą skokowo wzrastać (o 10% rocznie do 55% w 2025 r, a następnie o 1% rocznie docelowo do 65%). Zagadnienie to wymagało będzie niewątpliwie przemyślanych rozwiązań systemowych będących efektem dyskusji prowadzonej pomiędzy ustawodawcą a uczestnikami rynku, których Izba powinna być co najwyżej pośrednim beneficjentem, a nie bezpośrednim kreatorem.

Nieprzekonujące okazały się także trzy kolejne dowody złożone przez odwołującego. Dowody te w ocenie Izby prezentowały mało konkretne dane i mogły jedynie sugerować pewne trudności w zakresie osiągnięcia poziomu recyklingu.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 483 kc oraz art. 484 par. 1 kc oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp oznaczony punktem nr 19 w części, która nie podlegała umorzeniu ze względu na cofnięcie.

Izba nie dopatrzyła się naruszeń w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 28 *petitum* odwołania, który dotyczył kwestii waloryzacji wynagrodzenia. Jak ustalił skład orzekający w treści §15 ust 3 pkt 5 wzoru umowy jednoznacznie wskazano, że zmiana wynagrodzenia ma dotyczyć zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Tym samym nie było konieczności dokładnego wskazywania rodzajów tych materiałów lub kosztów czy też określenia w umowie, że mają one dotyczyć kwestii odbioru jak i zagospodarowania odpadów, ponieważ realizacja zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów. Jako przykład takiego materiału lub kosztu uprawniającego

wykonawcę do składania wniosku waloryzacyjnego można wskazać podnoszony przez odwołującego koszt paliwa.

Ponadto jak słusznie wskazał zamawiający ze wzoru umowy nie wynika wyłącznie jednokrotna możliwość waloryzacji wynagrodzenia. Zdaniem Izby waloryzacja wynagrodzenia przy realizacji przedmiotowego kontraktu może nastąpić kilkakrotnie w każdym przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dodatkowo Izba uznała za niepotwierdzony postulat odwołującego odnoszący się do proponowanego przez niego 10-dniowego terminu na ustosunkowanie się przez zamawiającego do wniosku waloryzacyjnego. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w zakresie przedmiotowego żądania, który mógłby potwierdzić przedłużanie przez zamawiających procesu rozpatrzenia czy też ustosunkowania się do wniosków o waloryzację wynagrodzenia składanych przez wykonawców.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 439 w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp oznaczony punktem nr 28.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie odnoszącym się do zarzutu wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania w części dotyczącej dyspozycji zawartej w art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 Pzp i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym się do kwestii realizacji „reklamacji”.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*. W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegały cztery. Odwołanie okazało się częściowo zasadne w zakresie jednego zarzutu i chybione w pozostałym zakresie. W związku z tym kosztami postępowania obciążono odwołującego w części 3/4 oraz zamawiającego w części 1/4.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (15 000 zł), koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3 600 zł), zatem łącznie 22 200 zł. Zamawiający poniósł do tej pory koszty w wysokości 3 600 zł (koszt wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5 550 zł (22 200 zł x 1/4). Z

kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 18 600 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 16 650 zł (22 200 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1 950 zł (18 600 zł – 16 650 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: