

Sygn. akt: KIO 3525/22

WYROK

z dnia 13 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 12 stycznia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2022 r: przez wykonawcę **Partner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa,**

przy udziale wykonawcy :

(A) **PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

(B) **REMONDIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 i art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 96 ust. 2 pkt 2) lit. a) i e) ustawy Pzp dotyczącego nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w pkt 6.6.1 lit. b SWZ oraz §10 ust. 4 wzoru umowy.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Partner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Partner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

 - 3.2 zasądza od wykonawcy **Partner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Miasta Stołecznego Warszawy** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 29 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Miastu Stołecznemu Warszawa (dalej „Zamawiający”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w dzielnicach Białołęka, Targówek, Mokotów, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola m.st. Warszawy (Zadania nr 2, 3, 4, 7 i 9) (dalej „Postępowanie”) następujących przepisów:

- 1) art. 134 ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego („KC”) w zw. z art. 5 KC poprzez przyjęcie jako modelu wynagrodzenia za usługę transportu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów znajdującego się w odległości powyżej 40 km od granicy danego zadania stawki za 1 km transportu za odległość mierzoną w linii prostej, podczas gdy wykonawca składając ofertę nie ma wiedzy, do których miejsc zagospodarowania odpadów będzie miał transportować dane odpady, co stanowi okoliczność mającą wpływ na sporządzenie oferty, a przy tym wynagrodzenie wypłacane przez Zamawiającego nie odpowiada rzeczywiście wykonanej przez wykonawcę usłudze (transportowi odpadów według rzeczywiście pokonanej trasy), co stanowi o braku ekwiwalentności świadczeń Zamawiającego i wykonawcy w tym zakresie, a dodatkowo to wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego zależy, do którego miejsca zagospodarowania odpadów wykonawca będzie musiał je przetransportować, co powoduje, że całokształt modelu wynagrodzenia w tym zakresie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej;
- 2) art. 241 ust. 1 i 2 PZP poprzez oparcie na wskazanym modelu wynagrodzenia kryterium oceny ofert „Cena brutto”, podczas gdy kryterium to pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia, bowiem oceniana przez Zamawiającego stawka za 1 km transportu za odległość mierzona w linii prostej nie odpowiada rzeczywiście wycenianej przez wykonawcę w ofercie usłudze mającej być wykonywanej w ramach zamówienia (tj. usłudze transportu odpadów według rzeczywiście pokonanej trasy);
- 3) art. 241 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez wzięcie pod uwagę w ramach kryterium oceny ofert „Kryterium elektromobilności” pojazdów spełniających

wymagania ustawy o elektromobilności, przy użyciu których ma być świadczona usługa transportu odpadów do miejsca zagospodarowania, podczas gdy kryterium to w tym zakresie nie jest związane z przedmiotem zamówienia, bowiem w praktyce rynkowej jedynie odbiór odpadów następuje przy użyciu pojazdów spełniających wymagania ustawy o elektromobilności, a ponadto kryterium to dotyczy właściwości wykonawcy, bowiem bezzasadnie stawia na uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy transportują odpady przy użyciu pojazdów spełniających wymagania ustawy o elektromobilności, co nie ma znaczenia z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia;

- 4) art. 99 ust. 1 i 4 PZP i art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 96 ust. 2 pkt 2) lit. a) i e) PZP poprzez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia i postanowień projektowanej umowy, przez co możliwa jest interpretacja, zgodnie z którą osoby bezrobotne lub niepełnosprawne winny zostać zatrudnione przez wykonawcę wyłącznie w celu realizacji zamówienia i dopiero po jego uzyskaniu, podczas gdy bezzasadnie stawiałoby to na gorszej pozycji tych wykonawców, którzy w ostatnich latach zatrudniali osoby bezrobotne lub niepełnosprawne i mają zamiar skierować je do realizacji zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, co stanowi wypaczenie celu przedmiotowej klauzuli społecznej, bowiem promuje niestabilność zatrudnienia, tj. zatrudnianie osób bezrobotnych lub niepełnosprawnych wyłącznie w celu realizacji konkretnych zamówień i późniejsze ich zwalnianie;
- 5) art. 134 ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC poprzez brak wskazania w jakim przedziale czasowym poczynszy od zaistnienia jednego ze zdarzeń mogących stanowić podstawę do naliczenia kary umownej możliwe będzie wystąpienie przez Zamawiającego z żądaniem przygotowania przez wykonawcę stosownych wyjaśnień oraz w jakim przedziale czasowym wykonawca powinien zostać poinformowany o decyzji Zamawiającego w sprawie naliczonej kary umownej, podczas gdy taka sytuacja może powodować niepewność u wykonawcy co do prawidłowości realizacji przedmiotu umowy w ocenie Zamawiającego i grozić kumulacją kar umownych przez Zamawiającego, a zatem procedura naliczania kar umownych w tym zakresie jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, tj. zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej;
- 6) art. 134 ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 433 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie, że za wykonanie usług wymienionych w § 6 ust. 5 wzoru umowy wykonawcy nie będzie przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie, podczas gdy okoliczności wymienione w tym przepisie są niezależne od wykonawcy,

a pozostają zależne wyłącznie od Zamawiającego (podanie prawidłowych danych dotyczących liczby pojemników lub worków mających być dostarczonych do MGO) bądź od osób trzecich (zniszczenie lub kradzież pojemników na odpady), zaś Zamawiający całość ryzyka w tym zakresie przeniósł na wykonawcę, a zatem przedmiotowe postanowienia stanowią klauzule abuzywne w rozumieniu Prawa zamówień publicznych, a ponadto są sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, tj. zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia w Postępowaniu oraz w projektowanych postanowieniach umowy w następujący sposób:

- i) w odniesieniu do zarzutów z punktu 1 – poprzez przyjęcie jako podstawy rozliczeń pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym (a także podstawy oceny ofert w Postępowaniu w kryterium „Cena brutto”), w odniesieniu do odległości powyżej 40 km od granicy zadania do instalacji lub stacji przeladunkowych odległości mierzonej nie w linii prostej, lecz według najkrótszej pod względem odległości trasy wyznaczonej za pośrednictwem portalu Google Maps po drodze dopuszczającej ruch pojazdów o masie powyżej 10 ton. ewentualnie: poprzez pozostawienie obecnego brzmienia kryterium oceny ofert „Cena brutto” (tj. porównywanie ofert wykonawców na podstawie stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych mierzonej w linii prostej), przy jednoczesnym przyjęciu jako podstawy rozliczeń pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym najkrótszej pod względem odległości trasy wyznaczonej za pośrednictwem portalu Google Maps po drodze dopuszczającej ruch pojazdów o masie powyżej 10 ton.
- ii) w odniesieniu do zarzutu z punktu 2 – poprzez zmianę kryterium oceny ofert „Kryterium elektromobilności” w taki sposób, aby dotyczyło ono wyłącznie pojazdów wykorzystywanych do odbioru odpadów (wykluczając pojazdy przeznaczone do ich transportu do miejsca zagospodarowania),
- iii) w odniesieniu do zarzutu z punktu 3 – poprzez doprecyzowanie klauzuli społecznej dotyczącej zatrudniania przez wykonawcę osób bezrobotnych lub niepełnosprawnych poprzez wskazanie, że na potrzeby wykazania spełnienia tego wymogu będą brane pod uwagę również osoby skierowane do realizacji zamówienia, a zatrudnione przez wykonawcę jako osoby bezrobotne lub

niepełnosprawne w rozumieniu ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy w okresie 4 lat przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w niniejszym Postępowaniu.

- iv) w odniesieniu do zarzutu z punktu 4 – poprzez doprecyzowanie postanowień wzoru umowy dotyczących procedury naliczania kar umownych w zakresie określenia ram czasowych, w których możliwe będzie skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy żądania złożenia stosownych wyjaśnień i podjęcia decyzji w sprawie naliczenia kar umownych, tj. 1 miesiąca od zaistnienia zdarzenia mającego być przedmiotem naliczenia kary umownej, a także w zakresie podjęcia decyzji o naliczeniu kar umownych po otrzymaniu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, tj. 10 dni roboczych od otrzymania odpowiedzi wykonawcy, pod rygorem braku możliwości naliczenia kar umownych w tym zakresie,
- v) w odniesieniu do zarzutu z punktu 5 – poprzez zmianę § 6 ust. 5 wzoru umowy poprzez jego usunięcie lub wprowadzenie mechanizmu uwzględniającego dodatkowe wynagrodzenie dla wykonawcy w przypadkach wymienionych w tym przepisie,
- vi) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem pozostaje odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w dzielnicach Białołęka, Targówek, Mokotów, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola m.st. Warszawy. Odebrane z terenu nieruchomości odpady, wykonawca jest następnie zobowiązany przekazywać do wskazanych przez Zamawiającego instalacji przetwarzania odpadów komunalnych lub stacji przeładunkowych.

Jednocześnie, Zamawiający przyjął następujący model rozliczeń z wykonawcą:

- i) w przypadku, w którym instalacja lub stacja przeładunkowa, do której wykonawca przekaże odpady komunalne znajduje się w odległości do 40 km od granicy danego zadania, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości wskazanej w ofercie za 1 Mg odpadów (§ 6 ust.2 pkt 1) lit. a) wzoru umowy),
- ii) w przypadku, w którym instalacja lub stacja przeładunkowa, do której wykonawca przekaże odpady komunalne znajduje się w odległości powyżej 40 km od granicy danego zadania, wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości obliczonej na

podstawie stawki wskazanej w ofercie za 1 km transportu 1 Mg odpadów (§ 6 ust.2 pkt 1) lit. a) wzoru umowy).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający przyjął swoisty hybrydowy model rozliczeń z wykonawcą: w zakresie mniejszych odległości (do 40 km), wykonawca winien zaproponować Zamawiającemu cenę ryczałtową za odbiór 1 Mg odpadów (wynagrodzenie „ryczałtowe”), zaś w zakresie większych odległości (przekraczających 40 km), wykonawca winien zaproponować Zamawiającemu stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów, która będzie stanowić podstawę obliczenia jego wynagrodzenia (wynagrodzenie „kosztorysowe”). W obu przypadkach Zamawiający bierze pod uwagę nie rzeczywistą odległość pomiędzy granicą zadania, a instalacją lub stacją przeladunkową, którą zobowiązany jest pokonać wykonawca, lecz odległość mierzoną w linii prostej. Zdaniem Odwołującego, w szczególności w przypadku transportu odpadów na odległość przekraczającą 40 km wykonawca w istocie nie otrzyma wynagrodzenia za rzeczywiście wykonaną usługę (transport odpadów według realnie pokonanej trasy), a jedynie wynagrodzenie przyjęte na podstawie arbitralnie wyznaczonej przez Zamawiającego odległości (tj. odległości mierzonej w linii prostej).

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że jest w pełni świadomy, iż Zamawiający w § 38 ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazał listą instalacji przetwarzania odpadów komunalnych lub stacji przeladunkowych, do których wykonawca winien przekazywać odpady. W liście tej zostały uwzględnione przez Zamawiającego również odległości mierzone w linii prostej, mające stanowić podstawę obliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Wydawać by się zatem mogło, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby Odwołujący (każdy inny wykonawca) dostosował oferowaną zazwyczaj stawkę za 1 km transportu według rzeczywiście pokonywanej trasy do odległości mierzonej w linii prostej (tj., mówiąc wprost – zwiększył stawkę za 1 km transportu). Abstrahując jednak już od samego absurdu takiego zabiegu (nic nie stoi na przeszkodzie, aby w rozliczeniach posługiwać się stawką za 1 km wg rzeczywiście pokonywanej trasy, a nie wyimaginowaną stawką za 1 km transportu wg odległości w linii prostej), wniosek ten jest o tyle nieprawdziwy, że lista instalacji przetwarzania odpadów komunalnych oraz stacji przeladunkowych zamieszczona w § 38 ust. 2 OPZ nie ma charakteru definitywnego. Zgodnie bowiem z postanowieniami OPZ lista ta obowiązuje na dzień 12 grudnia 2022 roku (§ 38 ust. 2 OPZ), a zawarte w niej informacje mają charakter niepewny (przewidywany termin obowiązywania), to Zamawiający wyznaczy listę instalacji i stacji przeladunkowych obowiązującą w okresie przygotowawczym (§ 38 ust. 3 OPZ), to Zamawiający wyznaczy listę instalacji i stacji przeladunkowych obowiązującą w kolejnych miesiącach realizacji zamówienia, aż do jego zakończenia (§ 38 ust. 4 OPZ).

W ocenie Odwołującego, możliwa jest sytuacja, w której wykonawca będzie zobowiązany transportować odpady do bliżej nieokreślonej obecnie instalacji lub stacji przeładunkowej, wyznaczonej przez Zamawiającego, a jednocześnie jego wynagrodzenie w tym zakresie nie będzie odpowiadać rzeczywiście wykonanej usłudze (tj. będzie obliczane na podstawie odległości mierzonej w linii prostej, a nie według rzeczywiście pokonanej trasy). Możemy mieć zatem do czynienia z arbitralnością po stronie Zamawiającego zarówno na etapie formułowania specyfikacji Postępowania (to Zamawiający wymaga, aby rozliczenia były dokonywane w oparciu o odległości mierzone w linii prostej), jak i na etapie realizacji zamówienia (to Zamawiający będzie wyznaczał konkretne instalacje, do których wykonawca będzie zobowiązany transportować odpady). W istocie zatem wynagrodzenie wykonawcy nie zależy od rzeczywiście wykonanej przez niego usługi, a jest uzależnione od arbitralnie podejmowanej przez Zamawiającego decyzji wyznaczającej konkretne instalacje lub stacje przeładunkowe dla danego zadania (czyt. wykonawcy, który będzie je realizować). Sprawia to, że już na etapie realizacji zamówienia i wiedząc, który z wykonawców uzyskał które zadanie, Zamawiający ma możliwość wpływania na warunki jego realizacji. Oczywistym jest bowiem, że korzystniejsze dla wykonawców jest dostarczanie odpadów do instalacji lub stacji przewozowych odległych do 40 km od granicy danego zadania, lub tych położonych możliwie blisko, gdy odległość przekracza 40 km.

Zdaniem Odwołującego, powyższe oznacza, że Zamawiający, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi z art. 99 ust. 1 PZP, opisując przedmiot zamówienia nie uczynił tego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz że nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawców ofert. Ponadto, skoro z góry wiadomo, że wynagrodzenie wykonawcy nie będzie odpowiadać wykonanej przez niego usłudze (transport odpadów według rzeczywistej trasy), lecz wyłącznie arbitralnie narzuconym przez Zamawiającemu wartościom (odległość mierzona w linii prostej), to w pozostałym zakresie Zamawiający w istocie nieodpłatnie będzie otrzymywał od wykonawcy świadczenie (o wartości stanowiącej różnicę pomiędzy kosztem transportu odpadów na rzeczywiście pokonaną odległość, a ceną transportu odpadów zaoferowaną w odniesieniu do odległości mierzonej w linii prostej). Nie sposób twierdzić, aby ukształtowanie w ten sposób dokumentacji Postępowaniu dało się pogodzić z zasadą proporcjonalności, a także zasadami współżycia społecznego, nawet mimo zasady swobody umów. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 18 maja 2015 roku, sygn. akt KIO 897/15.

W ocenie Odwołującego przyjęte przez Zamawiającego w Postępowaniu kryterium oceny ofert w zakresie w jakim Zamawiający poddaje ocenie stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych mierzoną w linii prostej nie jest, wbrew obowiązkowi z art. 241 ust. 1 i

2 PZP, związane z przedmiotem zamówienia, tj. nie odpowiada cenie usługi rzeczywiście wykonywanej w ramach zamówienia, a jedynie umownemu mechanizmowi arbitralnie wyznaczonemu przez Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł aby podstawę rozliczeń pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym (a także podstawą oceny ofert w Postępowaniu w kryterium „Cena brutto”), w odniesieniu do odległości powyżej 40 km od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych stanowiła odległość liczona nie w linii prostej, lecz według najkrótszej pod względem odległości trasy wyznaczonej za pośrednictwem portalu Google Maps po drodze dopuszczającej ruch pojazdów o masie powyżej 10 ton. Ewentualnie, Odwołujący wnosi o pozostawienie obecnego brzmienia kryterium oceny ofert „Cena brutto” (tj. porównywanie ofert wykonawców na podstawie stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych liczonej w linii prostej), przy jednoczesnym przyjęciu jako podstawy rozliczeń pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym najkrótszej pod względem odległości trasy wyznaczonej za pośrednictwem portalu Google Maps po drodze dopuszczającej ruch pojazdów o masie powyżej 10 ton.

ZARZUT DOTYCZĄCY KRYTERIUM OCENY OFERT „KRYTERIUM ELEKTROMOBILNOŚCI”

Odwołujący wskazał, że jednym z przewidzianych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert jest kryterium elektromobilności o wadze 5%. Punkty w przedmiotowym kryterium otrzymają oferty tych wykonawców, którzy zadeklarują realizację zamówienia z wykorzystaniem pojazdów spełniających wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych na poziomie równym bądź wyższym niż 20%. Odwołujący wskazał, że w pełni rozumie potrzebę, aby odpady z terenu nieruchomości położonych w mieście stołecznym Warszawie były odbierane w sposób możliwie przyjazny dla środowiska, tj. przy użyciu pojazdów spełniających stosowne normy emisji spalin (co Zamawiający premiuje w ramach kryterium środowiskowego) oraz spełniających wymagania ustawy o elektromobilności (co Zamawiający premiuje w ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert). Jednocześnie jednak, jak zostało wskazane powyżej, niniejszym zamówieniem objęty jest nie tylko odbiór odpadów przez wykonawcę, ale także ich transport do miejsca zagospodarowania. Co więcej, jak również zostało wskazane powyżej, wykonawca składając ofertę nie posiada wiedzy na temat tego, do której instalacji lub stacji przeładunkowej ostatecznie będzie zobowiązany przetransportować odpady - to bowiem Zamawiający będzie wyznaczał konkretne miejsca zagospodarowania odpadów już w toku realizacji umowy (zob. § 38 ust. 3 i 4 OPZ). Zdaniem Odwołującego, mamy zatem do

czynienia z sytuacją, w której Zamawiający wymaga już obecnie złożenia przez wykonawcę w ofercie deklaracji w zakresie wykorzystywania pojazdów spełniających wymagania określone w ustawie o elektromobilności, a przy tym nie podaje pełni informacji pozwalających na ustalenie tych danych. O ile bowiem w przypadku odbioru odpadów Zamawiający wskazał niezbędne informacje (tj., w szczególności, tereny, z których będą odbierane odpady), to w przypadku transportu odpadów do miejsca zagospodarowania brak jest wskazania kluczowej informacji (tj. odległości, na jaką dane odpady będą transportowane). Ma to istotne znaczenie zwłaszcza biorąc pod uwagę, że te odległości mogą się znacząco różnić, co pociąga za sobą konieczność podejmowania decyzji dotyczącej odpowiedniego środka transportu. Już zgodnie z listą zamieszczoną w § 38 ust. 2 OPZ odległość miejsca zagospodarowania odpadów od granicy zadania może przekraczać ponad 170 km w jedną stronę – i to w linii prostej –, a przecież brak jest gwarancji, że Zamawiający ostatecznie nie wyznaczy instalacji położonej nawet dalej.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, powoduje, że oczekiwanie złożenia przez wykonawców wiążącej deklaracji co do procentu pojazdów spełniających wymagania ustawy o elektromobilności wykorzystywanych przy transporcie odpadów mija się z celem – wykonawcy nie są bowiem w stanie obecnie określić ile dokładnie pojazdów będzie niezbędnych do realizacji umowy, a zatem także również jaki ich procent będą stanowić pojazdy spełniające wymagania ustawy o elektromobilności. To będzie możliwe po uzyskaniu od Zamawiającego informacji o dokładnej lokalizacji instalacji. Zdaniem Odwołującego, w praktyce rynkowej inne pojazdy wykorzystywane są do odbioru odpadów, a inne do ich transportu. Dostrzega to również sam Zamawiający, chociażby zezwalając na transport odpadów z wykorzystaniem zespołu pojazdów, w przeciwieństwie do ich odbioru (zob. § 11 ust. 4 OPZ). Innymi słowy, o ile odbiór odpadów z wykorzystaniem pojazdów spełniających wymagania ustawy o elektromobilności jest standardem rynkowym, tak już ich transport na odległość kilkuset kilometrów w obie strony, po wcześniejszym przeładowaniu odpadów, takim standardem nie jest.

W ocenie Odwołującego przedmiotowe kryterium oceny ofert w zakresie w jakim dotyczy transportu odpadów do miejsca zagospodarowania w istocie odnosi się do właściwości wykonawcy i jako takie jest sprzeczne z art. 241 ust. 3 PZP. Tylko bowiem wykonawcy wykorzystujący w pełni przy transporcie odpadów pojazdy spełniające wymagania ustawy o elektromobilności mogą złożyć deklarację o tym, że będą one stanowić co najmniej 20% pojazdów wykorzystywanych przy realizacji przedmiotu zamówienia, co nie powinno przecież mieć znaczenia w kontekście oceny ofert w Postępowaniu. Co więcej, przedmiotowe kryterium oceny ofert nie jest także powiązane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 i 2

PZP). W konsekwencji, Odwołujący wniósł o zmianę kryterium oceny ofert „Kryterium elektromobilności” w taki sposób, aby dotyczyło ono pojazdów wykorzystywanych do odbioru odpadów (z wyłączeniem pojazdów wykorzystywanych do ich transportu do miejsca zagospodarowania).

ZARZUT DOTYCZĄCY WYMOGU ZATRUDNIENIA OSÓB BEZROBOTNYCH I NIEPEŁNOSPRAWNYCH

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział zastosowanie w Postępowaniu tzw. klauzul społecznych, o których mowa w art. 96 ust. 2 pkt 2) PZP. Innymi słowy, Zamawiający wymaga zatrudniania do wykonywania przedmiotu umowy, przez cały okres jego realizacji, osób bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy lub osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, w liczbie nie mniejszej niż 5 (pkt. 6.6.1 lit. b) SWZ oraz § 10 ust. 4 wzoru umowy). W ocenie Odwołującego, przedmiotowe postanowienie SWZ i wzoru umowy jest nieprecyzyjne, tj. w szczególności nie wiadomo, czy Zamawiający wymaga, aby:

- i) wykonawca dopiero zatrudnił osoby bezrobotne lub niepełnosprawne, a jeżeli tak, to kiedy ma to uczynić - po złożeniu oferty? Po udzieleniu zamówienia? Po zawarciu umowy?, czy też
- ii) dla spełnienia tego wymagania wystarczające jest, żeby wykonawca w ostatnim okresie (np. w okresie 4 lat przed dniem publikacji Ogłoszenia w niniejszym Postępowaniu) zatrudnił takie osoby, a następnie skierował je do realizacji zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie.

Odwołujący wskazał przy tym, że wyłącznie interpretacja przedstawiona w pkt. 4.2.2 powyżej wypełnia cel przyświecający art. 96 ust. 2 pkt 2) PZP, tj. promocję zatrudnienia osób bezrobotnych lub niepełnosprawnych przy wykonywaniu zamówień publicznych. Gdyby bowiem odczytywać przedmiotową klauzulę społeczną literalnie, to należałoby przyjąć, że wykonawcy, tacy jak Odwołujący, mogący zrealizować zamówienie przy pomocy zatrudnianego obecnie już przez siebie personelu (w tym personelu zatrudnionego niedawno jako osoby bezrobotne lub niepełnosprawne) w istocie będą gorzej traktowani od wykonawców, którzy takich osób nigdy nie zatrudniali. Przy takiej interpretacji, wykonawcy tacy jak Odwołujący są de facto „zachęcani” do zwolnienia określonej części personelu, aby następnie zatrudnić osoby bezrobotne lub niepełnosprawne (być może nawet te same osoby, które dopiero co zostały zwolnione), jedynie w celu spełnienia wymagań SWZ i wzoru

umowy (sic!). Co więcej, biorąc pod uwagę, że okres realizacji zamówienia wynosi 18 miesięcy, oznaczałoby to, że w istocie Zamawiający preferowałby zatrudnienie przez wykonawcę osób bezrobotnych lub niepełnosprawnych jedynie na wskazany okres w stosunku do stałego zatrudnienia takich osób na potrzeby realizacji nie tylko przedmiotowego zamówienia, ale i innych kontraktów. W istocie zatem klauzula społeczna premiowałaby niestabilność na rynku pracy, jedynie w celu spełniania wymogów SWZ i postanowień wzoru umowy. W konsekwencji, Odwołujący wniósł o doprecyzowanie przedmiotowego wymogu poprzez wskazanie, że na potrzeby wykazania jego spełnienia będą brane pod uwagę również osoby skierowane do realizacji zamówienia, a zatrudnione przez wykonawcę jako osoby bezrobotne w rozumieniu ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy lub osoby niepełnosprawne w rozumieniu ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w okresie 4 lat przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w niniejszym Postępowaniu.

ZARZUT DOTYCZĄCY MECHANIZMU NAKŁADANIA KAR UMOWNYCH

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 8 ust. 3 wzoru umowy sformułował bogaty katalog kar umownych, które mogą zostać nałożone na wykonawcę (łącznie 42 różne potencjalne naruszenia). W przypadku wystąpienia jednej z okoliczności stanowiących podstawę do naliczenia kary umownej Zamawiający, zgodnie z § 8 ust. 5 wzoru umowy, powinien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie przyczyn mogących skutkować naliczeniem kar umownych (za wyjątkiem przypadków określonych w § 8 ust. 6 i 7 wzoru umowy, w których Zamawiający będzie miał jedynie taką możliwość). Przedmiotowe wyjaśnienia wykonawca jest zobowiązany złożyć w terminie 10 dni roboczych od dnia otrzymania wezwania. Następnie Zamawiający, po zapoznaniu się z tymi wyjaśnieniami, powinien podjąć decyzję w sprawie naliczenia kary umownej, o czym będzie informował pisemnie wykonawcę. W ramach opisanej powyżej procedury naliczania kar umownych na wykonawcę, Zamawiający w żadnym postanowieniu Umowy nie wskazał, w jakim przedziale czasowym począwszy od zaistnienia jednego ze zdarzeń wymienionych § 8 ust. 3 wzoru umowy możliwe będzie wystąpienie przez niego z żądaniem przygotowania przez wykonawcę stosownych wyjaśnień. Umowa nie precyzuje również, w jakim przedziale czasowym Wykonawca powinien zostać poinformowany o decyzji Zamawiającego w sprawie naliczonej kary umownej, wskazując jedynie w jakiej formie takie powiadomienie powinno zostać dokonane.

W ocenie Odwołującego, brak uwzględnienia tych kwestii w treści Umowy powoduje po stronie wykonawcy daleko idącą niepewność co do prawidłowego realizowania przedmiotu

zamówienia. Wykonawca może zostać bowiem wezwany do złożenia wyjaśnień bądź wręcz poinformowany o naliczeniu kar umownych nawet po kilku(nastu) miesiącach od wystąpienia zdarzenia z § 8 ust. 3 wzoru umowy. Analogicznie, po złożeniu wyjaśnień w zakresie potencjalnych podstaw do naliczenia kary umownej, Zamawiający może zwlekać z poinformowaniem wykonawcy o naliczeniu takich kar i naliczyć je nawet już po zakończeniu realizacji umowy (zob. § 8 ust. 13 wzoru umowy). Innymi słowy, postanowienia wzoru umowy dotyczące kar umownych nakładają cenzurę czasową jedynie na czynności Wykonawcy (w zakresie przekazania Zamawiającemu żądanych wyjaśnień), natomiast nie nakładają podobnego rodzaju obowiązków na Zamawiającego, który może w dowolnie wybranym przez siebie momencie żądać od Wykonawcy wyjaśnień oraz podjąć decyzję w sprawie naliczenia kar umownych. Brak wprowadzenia do Umowy takich postanowień stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego obowiązku zaprojektowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty i proporcjonalny (art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP) i nie daje się pogodzić z zasadą słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. W konsekwencji, Odwołujący wniósł o doprecyzowanie postanowień wzoru umowy dotyczących procedury naliczania kar umownych w zakresie określenia ram czasowych, w których możliwe będzie skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy żądania złożenia stosownych wyjaśnień i podjęcia decyzji w sprawie naliczenia kar umownych, tj. 1 miesiąca od zaistnienia zdarzenia mającego być przedmiotem naliczenia kary umownej, a także w zakresie podjęcia decyzji o naliczeniu kar umownych po otrzymaniu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, tj. 10 dni roboczych od otrzymania odpowiedzi wykonawcy, pod rygorem braku możliwości naliczenia kar umownych w tym zakresie.

ZARZUT DOTYCZĄCY BRAKU DODATKOWEGO WYNAGRODZENIA ZA DODATKOWE USŁUGI WYKONYWANE W RAMACH UMOWY

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 6 ust. 5 wzoru umowy wykluczył możliwość otrzymania przez Wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia za:

- 1) wykonywanie usług związanych z dostawą do MGO pojemników i worków w związku ze zmianą liczby MGO lub ze zmieniającymi się potrzebami nieruchomości przypisanymi do MGO, w tym za:
 - a) dostarczenie pojemników i worków do nowych MGO, powstałych po dniu zawarcia Umowy,
 - b) dostarczenie do MGO większej liczby pojemników lub worków niż wynika to z danych przekazanych przez Zamawiającego,

- c) konieczność dostarczenia lub odebrania z MGO pojemników lub dostarczenia worków w związku ze zmianą sposobu zbierania odpadów z systemu workowego na pojemnikowy lub odwrotnie,
 - d) zmianę liczby, typu lub pojemności pojemników w poszczególnych MGO w związku z koniecznością dostosowania do ilości wytwarzanych odpadów na nieruchomości przypisanej do tego MGO;
- 2) konieczność dostarczenia do MGO pojemnika w związku ze zniszczeniem lub kradzieżą dotychczasowego pojemnika.

W ocenie Odwołującego, z powyższego postanowienia wynika, że wykonawca może zostać zobowiązany do wykonania dodatkowych usług w zakresie dostawy pojemników i worków w związku ze zmianą liczby MGO lub ze zmieniającymi się potrzebami nieruchomości do nich przypisanymi bez możliwości dochodzenia z tego tytułu uzupełniającego wynagrodzenia. Oznacza to, że całe ryzyko zarówno finansowe jak i nakładów pracy nieprzewidzianych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w treści dokumentacji przetargowej, zostanie przeniesione na wykonawcę, który w żaden sposób nie będzie mógł dochodzić podwyższenia swojego wynagrodzenia. Szczególnie rażące jest tu przeniesienie odpowiedzialności na wykonawcę w przypadku nieprawidłowości w przekazanych przez Zamawiającego danych dotyczących ilości potrzebnych do dostarczenia pojemników i worków (§ 6 ust. 5 pkt 1 lit. b wzoru umowy) czy też dostarczenia pojemnika w przypadku zniszczenia lub kradzieży dotychczasowego pojemnika (§ 6 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy). W przypadku niedopełnienia przez wykonawcę tych obowiązków, Zamawiający będzie mógł skorzystać z możliwości naliczenia kar umownych na podstawie § 8 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy. Innymi słowy, nie dość, że wykonawca nie będzie mógł otrzymać dodatkowego wynagrodzenia za dodatkowe czynności, to jeszcze ewentualna bierność z jego strony może oznaczać dla niego naliczenie kar umownych.

W ocenie Odwołującego, przewidziane przez Zamawiającego postanowienia leżą w sprzeczności z art. 433 PZP. Po pierwsze, nałożenie na wykonawcę obowiązku dostarczenia pojemników i worków nieprzewidzianych w przekazanych przez Zamawiającego danych (§ 6 ust. 5 pkt 1 lit. b wzoru umowy), jest postanowieniem wprowadzającym do projektowanej umowy odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 3) PZP). To przecież na Zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania dokumentacji przetargowej, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 1 PZP), która wskazywałaby dokładne ilości dostarczanych pojemników i worków w ramach udzielanego zamówienia. Ewentualne nieścisłości w tych dokumentach lub ich nieaktualność nie powinny zatem prowadzić do obciążenia wykonawcy

jakimkolwiek dodatkowymi pracami, w szczególności wówczas, gdy zamawiający nie przewiduje możliwości podwyższenia z tego tytułu wynagrodzenia.

Po drugie, zamawiający przewidując obowiązek dostarczenia dodatkowych pojemników w przypadku zniszczenia lub kradzieży dotychczasowych, za których niedostarczenie będzie groziło Wykonawcy naliczenie kar umownych z tytułu § 8 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy, wprowadził do projektowanej umowy abuzywne postanowienie z art. 433 pkt 2) PZP. Skoro Zamawiający nie powinien naliczać kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub prawidłowym jej wykonaniem, to tym bardziej nie powinien naliczać kar umownych za okoliczność, która w ogóle nie stanowi wyrazu zachowania wykonawcy. Niedostarczenie przez wykonawcę pojemników w miejsce pojemników ukradzionych lub zniszczonych nie dotyczy zaś przecież w istocie zachowania wykonawcy, lecz osób trzecich, które ukradną lub zniszczą pojemniki.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w § 6 ust. 5 wzoru umowy przeniósł zatem na wykonawcę odpowiedzialność kontraktową za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi sam Zamawiający lub osoby trzecie. Jeżeli więc Zamawiający chciał przenieść tego rodzaju obowiązki na wykonawcę, to powinien uwzględnić dodatkowe wynagrodzenie w tym zakresie, w sposób analogiczny jak ma to miejsce w przypadku waloryzacji wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, że w przypadku procesu waloryzacji znany jest bowiem zakres zamówienia i w jego zakresie dokonywana jest waloryzacja, natomiast w przypadku postanowień z § 6 ust. 5 wzoru umowy wykonawca będzie musiał podjąć czynności wykraczające poza ramy zamówienia (ilościowo) i nie będzie miał możliwości zmiany wynagrodzenia. Innymi słowy, na bazie mniejszej niepewności (finansowej) Zamawiający przewidział mechanizm waloryzacji wynagrodzenia, natomiast w przypadku większej niepewności (zakresowej i finansowej) chce całkowicie pozbawić wykonawcę roszczeń prowadzących do zwiększenia wynagrodzenia wraz z ze zwiększeniem obciążeń nałożonych na wykonawcę. Całe ryzyko zostało więc przeniesione na wykonawcę, w sytuacji gdy niektóre czynności wprost wynikają z zaniechań zamawiającego (przekazane dane), a niektóre z okoliczności niezależnych od żadnej ze stron umowy (kradzieże i zniszczenie pojemników). W konsekwencji powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę § 6 ust. 5 wzoru umowy poprzez uwzględnienie dodatkowego wynagrodzenia dla wykonawcy w przypadkach wymienionych w tym przepisie.

Izba ustalił co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w dzielnicach Białołęka, Targówek, Mokotów, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola m.st. Warszawy (Zadania nr 2, 3, 4, 7 i 9)", numer referencyjny ZP/GP/271/IV-209/22, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 246-711171 w dniu 21 grudnia 2022 roku („Postępowanie”).

Izba ustaliła, że w § 2 umowy regulującym przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał:

„Przedmiotem Umowy jest realizacja Zadania nr 2/3/4/7/9, które dotyczy świadczenia usług w dzielnicach Białołęka i Targówek/Mokotów/Ochota, Ursus i Włochy/Śródmieście /Bemowo i Wola m.st. Warszawy, w ramach zamówienia pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, położonych w dzielnicach Białołęka, Targówek, Mokotów, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola m.st. Warszawy (Zadania nr 2, 3, 4, 7 i 9)” , na które zgodnie z OPZ składa się:

- 1) dostawa do MGO pojemników i worków, zgodnie z Częścią III OPZ;
- 2) utrzymanie należytego stanu sanitarnego, porządkowego i technicznego pojemników, zgodnie z Częścią IV OPZ;
- 3) odbiór odpadów komunalnych z MGO, zgodnie z Częścią V OPZ i ich transport do wskazanej przez Zamawiającego instalacji lub stacji przeładunkowej, zgodnie z Częścią VI OPZ;
- 4) obsługa zgłoszeń i reklamacji związanych z realizacją przedmiotu Umowy oraz zamówień na usługi, o których mowa w pkt 1-3, na zasadach określonych w Części VII OPZ;
- 5) przekazanie danych i dokumentów potwierdzających wykonanie usług, zgodnie z Częścią VIII OPZ;
- 6) odbiór pojemników z MGO, zgodnie z Częścią X OPZ.”

W zakresie wynagrodzenia i kryteriów oceny ofert, Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział w SWZ oraz wzorze umowy następujące postanowienia:

„§ 6 Wynagrodzenie

1. Zamawiający określa, że za prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy we wskazanym w § 3 ust. 2 pkt 2 Umowy okresie realizacji przedmiotu Umowy, zapłaci Wykonawcy, w sposób określony w ust. 2, łączne wynagrodzenie nie wyższe niż zł brutto (słownie złotych:/100).
 - 1a. W przypadku świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych w wyniku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, o którym mowa w § 3 ust. 4 Umowy, Wykonawcy, za okresy rozliczeniowe następujące po okresie realizacji przedmiotu Umowy wskazanym w § 3 ust. 2 pkt 2 Umowy, za prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy, będzie przysługiwało wynagrodzenie obliczone w sposób określony w ust. 2, z zastrzeżeniem, iż łączne wynagrodzenie za te okresy nie będzie wyższe niż zł brutto (słownie złotych:/100).
2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji – również w ust. 1a, wypłacane będzie Wykonawcy za okres realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 Umowy i stanowić będzie, za dany okres rozliczeniowy, sumę:
 - 1) iloczynu wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od liczonej w linii prostej, najkrótszej odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, tj.:
 - a) zł za 1 Mg (słownie złotych:/100) – dla odległości do 40 km,
 - b) w wysokości obliczonej wg wzoru: $C + (S \times (L - 40))$, gdzie: C jest równe stawce określonej w lit. a, S jest równe stawce za 1 km transportu 1 Mg odpadów wynoszącej zł (słownie złotych:/100), a L jest równe odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej – dla odległości powyżej 40 km;
 - 2) iloczynu liczby pojemników podstawionych przez Wykonawcę w MGO i pozostających w MGO przez pełny okres rozliczeniowy, z których Wykonawca, w tym okresie rozliczeniowym, co najmniej raz odebrał odpady komunalne, przekraczającej maksymalną liczbę oraz maksymalną, łączną pojemność pojemników, które Wykonawca zobowiązany jest zapewnić w MGO, określone w § 7 ust. 8 OPZ oraz

ceny ryczałtowej brutto za podstawienie i utrzymanie pojemnika w należytym stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, wynoszącej:

- a) 10,10 zł (słownie złotych: dziesięć 10/100) – dla pojemnika 120 l,
- b) 11,22 zł (słownie złotych: jedenaście 22/100) – dla pojemnika 240 l,
- c) 25,33 zł (słownie złotych: dwadzieścia pięć 33/100) – dla pojemnika 660 l,
- d) 25,75 zł (słownie złotych: dwadzieścia pięć 75/100) – dla pojemnika 770 l,
- e) 27,42 zł (słownie złotych: dwadzieścia siedem 42/100) – dla pojemnika 1100 l.

Z kolei w zakresie kryterium oceny ofert „Cena brutto” Zamawiający przewidział:

„26.1. Kryterium „Cena brutto” K_C – waga 60% – maksymalnie 60 pkt

26.1.1. W danym kryterium oceny ofert Zamawiający przyznawać będzie punkty Wykonawcom za zaoferowaną w Formularzu Oferty cenę całkowitą brutto, służącą do porównania ofert, obliczoną na podstawie cen jednostkowych zaproponowanych przez Wykonawcę oraz wag (ilości) określonych w Formularzu oferty.

Ocena ofert dokonywana będzie według następującego wzoru:

najniższa cena ofertowa brutto

$PC = \frac{\text{cena oferty badanej brutto}}{\text{najniższa cena ofertowa brutto}} \times 60$

cena oferty badanej brutto

26.1.2. Cena całkowita brutto służąca do porównania ofert w kryterium cena zostanie wyliczona automatycznie przez system w oparciu o:

- zaoferowane przez Wykonawcę ceny jednostkowe, tj.: cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C);
- stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S).
- wartości przyjęte do wyliczeń całkowitej ceny brutto, służącej do porównania ofert w kryterium cena, które Zamawiający przedstawia w poniższej tabeli:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Waga (ilość) do porównania ofert
1.	cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeladunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C)	1 [tona]
2.	stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeladunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, <u>liczonej w linii prostej (S).</u>	30 [km]

Izba ustaliła, że w zakresie „Kryterium Elektromobilności”, Zamawiający zgodnie z pkt 26.3. SWZ przewidział w ramach kryterium oceny ofert „Kryterium Elektromobilności” o wadze 5%. Zamawiający wskazał, że Wykonawca w ofercie deklaruje wysokość poziomu, na jakim zobowiązuje się wykorzystywać do realizacji zamówienia pojazdy spełniające wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110, ze zm.). W SWZ wskazano, że Zamawiający przyznaje punkty wykonawcom, którzy zaoferują równy bądź wyższy niż 20% poziom wykorzystania do realizacji zamówienia pojazdów spełniających wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych.

W zakresie zarzutu dotyczącego kar umownych, Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział następujące postanowienia:

§ 8 ust. 5- 7 projektowanych postanowień umowy:

„5. W celu wyjaśnienia przyczyn mogących skutkować naliczeniem kar umownych, o których mowa w ust. 3, Zamawiający wezwie Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a w przypadkach określonych w ust. 6 i 7 – może wezwać Wykonawcę do ich złożenia. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia na piśmie, w terminie 10 dni roboczych od dnia otrzymania wezwania. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Wykonawcy Zamawiający podejmie decyzję w sprawie naliczenia kary umownej, o której poinformuje Wykonawcę w formie pisemnej. Brak przedstawienia wyjaśnień skutkować będzie naliczeniem kary umownej.

6. Z zastrzeżeniem ust. 5 zd. pierwsze in fine, Zamawiający, w przypadku stwierdzenia okoliczności mogących skutkować naliczeniem kar umownych, o których mowa w ust. 3 pkt 2, 23 lub 29, wezwie Wykonawcę do należytego wykonania Umowy we wskazanych w tych punktach terminach. W przypadku niedochowania terminów, o których mowa w zdaniu

poprzedzającym, Zamawiający naliczy karę umowną (bez wzywiania Wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień, o którym mowa w ust. 5), chyba że w tych terminach Wykonawca wykaże należyte wykonywanie przez niego Umowy.

7. Z zastrzeżeniem ust. 5 zd. pierwsze in fine, kara umowna określona w ust. 3 pkt 8, 11, 21 lub 25 naliczona zostanie bez wezwania Wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień, o których mowa w ust. 5.”

W zakresie zarzutu dotyczącego dodatkowego wynagrodzenia, Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie z § 6 ust. 5 projektowanych postanowień umowy wskazał:

„Wykonawcy, za wyjątkiem przypadków określonych w ust. 2 pkt 2 oraz § 11 ust. 2 pkt 6 Umowy, nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za:

1) wykonywanie usług związanych z dostawą do MGO pojemników i worków w związku ze zmianą liczby MGO lub ze zmieniającymi się potrzebami nieruchomości przypisanymi do MGO, w tym za:

a) dostarczenie pojemników i worków do nowych MGO, powstałych po dniu zawarcia Umowy,

b) dostarczenie do MGO większej liczby pojemników lub worków niż wynika to z danych przekazanych przez Zamawiającego,

c) konieczność dostarczenia lub odebrania z MGO pojemników lub dostarczenia worków w związku ze zmianą sposobu zbierania odpadów z systemu workowego na pojemnikowy lub odwrotnie,

d) zmianę liczby, typu lub pojemności pojemników w poszczególnych MGO w związku z koniecznością dostosowania do ilości wytwarzanych odpadów na nieruchomości przypisanej do tego MGO;

2) konieczność dostarczenia do MGO pojemnika w związku ze zniszczeniem lub kradzieżą dotychczasowego pojemnika.”

Ponadto, zgodnie z par. 6 ust. 2 umowy Zamawiający wskazał:

„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji – również w ust. 1a, wypłacane będzie Wykonawcy za okres realizacji przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 Umowy i stanowić będzie, za dany okres rozliczeniowy, sumę:

1) iloczynu wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od liczonej w linii prostej, najkrótszej odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, tj.:

a) zł za 1 Mg (słownie złotych: /100) – dla odległości do 40 km,
b) w wysokości obliczonej wg wzoru: $C + (S \times (L - 40))$, gdzie: C jest równe stawce określonej w lit. a, S jest równe stawce za 1 km transportu 1 Mg odpadów wynoszącej zł (słowniezłotych: /100), a L jest równe odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej – dla odległości powyżej 40 km;
2) iloczynu liczby pojemników podstawionych przez Wykonawcę w MGO i pozostających w MGO przez pełny okres rozliczeniowy, z których Wykonawca, w tym okresie rozliczeniowym, co najmniej raz odebrał odpady komunalne, przekraczającej maksymalną liczbę oraz maksymalną, łączną pojemność pojemników, które Wykonawca zobowiązany jest zapewnić w MGO, określone w § 7 ust. 8 OPZ oraz ceny ryczałtowej brutto za podstawienie i utrzymanie pojemnika w należytym stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, wynoszącej:

- a) 10,10 zł (słownie złotych: dziesięć 10/100) – dla pojemnika 120 l,
- b) 11,22 zł (słownie złotych: jedenaście 22/100) – dla pojemnika 240 l,
- c) 25,33 zł (słownie złotych: dwadzieścia pięć 33/100) – dla pojemnika 660 l,
- d) 25,75 zł (słownie złotych: dwadzieścia pięć 75/100) – dla pojemnika 770 l,
- e) 27,42 zł (słownie złotych: dwadzieścia siedem 42/100) – dla pojemnika 1100 l”.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 11 ust. 2 pkt 6 Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku przekroczenia maksymalnej liczby MGO, wskazanej w § 7 ust. 2 OPZ, z których Wykonawca odbiera odpady komunalne – w zakresie wysokości cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy. Natomiast w § 7 ust. 8 OPZ Zamawiający określił maksymalną liczbę i pojemność pojemników do gromadzenia odpadów, jaka wchodzi w przedmiot zamówienia, w § 7 ust. 2 OPZ maksymalną liczbę MGO przewidywaną do obsługi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 i art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 96 ust. 2 pkt 2) lit. a) i e) ustawy Pzp dotyczącego nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w pkt 6.6.1 lit. b SWZ oraz §10 ust. 4 wzoru umowy. Zamawiający w zakresie tego zarzutu złożył oświadczenie o jego uwzględnieniu, co skutkowało umorzeniem postępowaniem w tym zakresie.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego („KC”) w zw. z art. 5 KC – model wynagrodzenia

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Wskazać należy, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp 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. Zgodnie zaś z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Art. 353¹ Kodeksu cywilnego stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Art. 5 k.c. stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Odwołujący upatrywał naruszenia w/w przepisów w przyjętym przez Zamawiającego modelu wynagrodzenia za usługę transportu odpadów w odległości powyżej 40 km od granicy danego zadania za wykonanie usługi. Zdaniem Odwołującego w przyjętym modelu wynagrodzenie wypłacane przez Zamawiającego nie odpowiada rzeczywiście wykonanej przez wykonawcę usłudze (transportowi odpadów według rzeczywiście pokonanej trasy), co stanowi o braku ekwiwalentności świadczeń Zamawiającego i wykonawcy w tym zakresie, a dodatkowo to wyłącznie od arbitralnej decyzji Zamawiającego zależy, do którego miejsca zagospodarowania odpadów wykonawca będzie musiał je przetransportować, co powoduje, że całość modelu wynagrodzenia w tym zakresie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego może co do zasady przybrać formę wynagrodzenia kosztorysowego (art. 629 KC) i wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 KC). Wynagrodzenie kosztorysowe ustala się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, a więc wykonawca opiera się na zestawieniu materiałów, kosztów pośrednich i bezpośrednich oraz założonym zarobku (zysku). Wynagrodzenie ryczałtowe stanowi natomiast z góry określoną kwotę pieniężną. Wybór sposobu określenia wynagrodzenia ma konsekwencje w płaszczyźnie dopuszczalności ewentualnej modyfikacji umówionego wynagrodzenia - w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego dopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia, jeżeli w toku prac nastąpiła zmiana wysokości cen lub stawek obowiązujących w obliczeniach kosztorysowych, zaś w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jest ono - co do zasady - niezmienne, chyba że zajdą przesłanki wynikające z art. 632 § 2 KC. Ustalenie rodzaju i sposobu ustalenia wynagrodzenia ustawodawca pozostawił woli stron w ramach swobody kontraktowania (art. 351¹ KC). Oznacza to, że strony umowy mogą skorzystać z któregoś z modelowego (przewidzianego w kodeksie cywilnym) wynagrodzenia, ale mogą ustalić inny sposób jego ustalenia, tzw. mieszany. W takich przypadkach postanowienia umowy mają pierwszeństwo w stosunku do rozwiązań kodeksowych.

W analizowanym stanie faktycznym, sposób wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie zamówienia został uregulowany w §6 wzoru umowy. Zdaniem Izby zaproponowany przez Zamawiającego model wynagrodzenia ma charakter mieszany, przy czym stawka za 1 km transportu odpadów jest stawką ryczałtową. Wykonawca bowiem ma obowiązek określenia w ofercie jednej wartości stawki – ryczałtu za transport odpadów, która będzie niezmienna i będzie obowiązywała w trakcie realizacji zamówienia.

Elementem spornym pomiędzy stronami było wskazanie przez Zamawiającego w SWZ oraz we wzorze umowy, że punktem wyjścia do obliczenia ryczałtowej stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów dla odległości powyżej 40 km od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ jest odległość liczona w linii prostej. Zdaniem Odwołującego takie uregulowania powoduje, że wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za faktycznie pokonana trasę, a wyłącznie za określoną przez Zamawiającego trasę, która nie odpowiada rzeczywistej trasie jaką będzie zmuszony pokonać wykonawca z odpadami. W swojej jednak argumentacji Odwołujący pomija szereg okoliczność. Po pierwsze, ryczałtowy charakter stawki za transport skutkuje tym, że wykonawca samodzielnie określa wysokość elementów kosztotwórczych determinujących wysokość ryczałtu. Zamawiający w tym zakresie podał wyłącznie dane wyjściowe, jednakowe dla wszystkich wykonawców,

realizując w ten sposób nałożony na niego obowiązek w zakresie takiego ukształtowania postanowień SWZ, aby zapewnić porównywalność ofert składanych w postępowaniu. Zauważyć należy, że każdy z wykonawców będąc w posiadaniu jednakowych danych wyjściowych w postaci długości drogi przejazdu w linii prostej jest zobowiązany obliczyć właściwą dla siebie wysokość ryczału, uwzględniając swoje indywidualne uwarunkowania związane z realizacją zamówienia. Część z wykonawców może przyjąć długość trasy określoną przez Zamawiającego, jeśli będzie w stanie wykazać, iż jest możliwy taki sposób realizacji zamówienia, inni wykonawcy mogą przyjąć dłuższe trasy przejazdu, znając własne uwarunkowania. Każdy z wykonawców dokonuje samodzielnej i realnej wyceny kosztów realizacji zamówienia i wylicza wartość ryczału w oparciu o indywidualnie przyjętą koncepcję realizacji zamówienia. Przerzucenie tego obowiązku na Zamawiającego, do czego *de facto* dąży Odwołujący, jest, zdaniem Izby, nieuprawnione i byłoby niemożliwe do wykonania przez Zamawiającego. Zamawiający nie ma bowiem żadnej wiedzy co do indywidualnych uwarunkowań poszczególnych wykonawców i rzeczywistej trasy transportu odpadów, jaką będzie pokonywał dany wykonawca.

Izba w pełni zgadza się z Zamawiającym, że żądanie Odwołującego, aby Zamawiający wprowadził postanowienia na podstawie których stawka za transport będzie obliczana na podstawie rzeczywistej trasy przejazdu stanowi wyłącznie odwołanie się do innego wyznacznika wartości stawki. Odwołujący wskazuje, że odległość ma być liczona według najkrótszej trasy wyznaczonej za pośrednictwem portalu Google Maps po drodze dopuszczającej ruch pojazdów o masie powyżej 10 Mg. Zdaniem jednak Izby taki model ustalenia stawki za 1 km transportu 1 Mg odpadów prowadzi do oderwania zaoferowanej stawki od rzeczywistych kosztów świadczenia usługi. Odwołujący chce jedynie zmiany wskaźnika na korzystniejszy, przerzucając na Zamawiającego ryzyko związane z ustaleniem i weryfikacją rzeczywistej trasy przejazdu. Jednakże ryczałtowy charakter stawki, zarówno zaproponowanej przez Zamawiającego, jak i Odwołującego, pozostaje niezmienny.

Izba podkreśla, że bezspornym pomiędzy stronami było to, że faktyczna liczba kilometrów zależy od sposobu realizacji usługi, a to element indywidualny i zmienny w stosunku do każdego z wykonawców. Wykonawca może korzystać ze stacji przeładunkowej, która może być różnie umiejscowiona, jak również może przekazywać odpady bezpośrednio do miejsc zagospodarowania wskazanych przez Zamawiającego. Tym samym stawka rozliczeniowa wykonawcy uwzględnia (a przynajmniej powinna) jednostkowe uwarunkowania danego wykonawcy co do planowanego sposobu realizacji zamówienia. Ryczałtowy charakter stawki umożliwia właśnie uwzględnienie tych indywidualnych uwarunkowań poszczególnych wykonawców, z czym zresztą zgodził się sam Odwołujący w treści odwołania. Odwołujący

bowiem wskazał, że cyt.: „(...) nie stoi na przeszkodzie, aby Odwołujący (każdy inny wykonawca) dostosował oferowaną zazwyczaj stawkę za 1 km transportu według rzeczywiście pokonywanej trasy do odległości mierzonej w linii prostej”. Odwołujący zatem potwierdził, iż takie obliczenia są możliwe do wykonania. Zdaniem jednakże wykonawcy takie rozwiązanie jest jednak „absurdalne”, gdyż korzystniejsze byłoby odwołanie się do rzeczywiście pokonywanej trasy, wyznaczonej np. przez aplikacje Google Maps. Izba nie zgadza się z takim stanowiskiem. Odwołujący, podobnie jak Zamawiający, nie ma wiedzy jaka będzie rzeczywiście długość trasa transportu odpadów pokonywana przez poszczególnych wykonawców, w tym chociażby przez Przystępującego Remondis czy Prezero Bałtycka Energia. Trudno zatem nie dojść do przekonania, że to rozwiązania proponowane przez Odwołującego nosi przymiot „absurdalności”, nie zaś rozwiązanie Zamawiającego.

Izba zwraca również uwagę, że zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego oraz dowodami złożonymi do akt sprawy, w aktualnie obowiązujących umowach na odbiór odpadów komunalnych, w tym także w umowie zawartej z Odwołującym, rzeczona odległość liczona jest w analogiczny sposób, tj. jako najkrótszy odcinek w linii prostej, a nie po drogach publicznych. Wykonawcy złożyli oferty, umowy są realizowane i rozliczane. Nie przeszkodziło to Odwołującemu w kalkulacji oferty ani realizacji zamówienia. Jest to również argument zasadnie podniesiony przez Zamawiającego, iż wykonawcy w ryczałtowej stawce za 1 km transportu są uprawnieni i zobowiązani do uwzględnienia swoich indywidualnych kosztów związanych z przyjętym sposobem realizacji zamówienia, w tym ewentualnie z dłuższą trasą przejazdu, niż tą wynikającą z linii prostej wyliczonej przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby zarzut Odwołującego w istocie zmierza do ukształtowania w sposób odmienny od przyjętego przez Zamawiającego wyliczenia kosztów ryzyka związanego z transportem odpadów. Odwołujący zmierza do przerzucenia takiego ryzyka na Zamawiającego, bowiem w zaproponowanej przez Odwołującego formule, to Zamawiający miałby ustalać rzeczywistą trasę przejazdu, która byłaby podstawą do wyliczenia należnego wynagrodzenia. Odwołujący chciałaby zatem zobowiązać Zamawiającego do wykonania czynności niemożliwej do realizacji, bowiem, jak Izba wskazała powyżej, rzeczywista droga przejazdu jest indywidualnie ustalana przez wykonawcę, przy uwzględnieniu indywidualnych uwarunkowań. Zatem sposób obliczenia stawki zaproponowany przez Odwołującego w żaden sposób nie odzwierciedlałby faktycznych kosztów realizacji transportu danego wykonawcy. Natomiast wskaźnik zaproponowany przez Zamawiającego jest obiektywny, jednoznaczny i ten sam dla wszystkich wykonawców (jest tylko jedna najkrótsza linia prosta). Wskaźnik proponowany przez Odwołującego jest niejednoznaczny i mógłby skutkować nieporównywalnością ofert

bowiem każdy może inaczej obliczyć najkrótszą trasę, jak i powstaniem sporów w zakresie rozliczeń na etapie wykonywania zamówienia.

Odnosząc się do argumentu dotyczącego braku wskazania przez Zamawiającego instalacji, które będą obowiązywać w trakcie realizacji zamówienia, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zdaniem Izby, nie sposób przypisać Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy. Po pierwsze, Zamawiający podał w SWZ listę instalacji przetwarzania odpadów komunalnych oraz w stacji przeładunkowych (vide §38 ust. 2 OPZ). Zamawiający tym samym uczynił zadość obowiązkowi wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Przekazał informacje konieczne do określenia w ofercie kosztów realizacji zamówienia. Po drugie, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający jest w posiadaniu jakiś dodatkowych informacji, które są niezbędne do wyceny kosztów realizacji usługi. Odwołujący wyłącznie wskazał, że lista instalacji jest niepewna i może ulec zmianie. Pomija jednakże Odwołujący całkowicie w swoich rozważaniach fakt, że dobór instalacji, jak wyjaśnił Zamawiający, dokonywany jest w trybie przetargowym, a zatem Zamawiający nie ma nawet możliwości określenia w sposób wyczerpujący na cały okres realizacji zamówienia jednej ostatecznej listy instalacji. Po trzecie, Izba wskazuje, że ewentualne zmiany w zakresie instalacji/stacji przeładunkowych to okoliczność przyszła i niepewna. Nie jest to jednak coś nietypowego i nadzwyczajnego w relacjach kontraktowych. Ryzyko kontraktowe jest elementem immanentnym związanym z realizacją umów, również umów z zakresu zamówień publicznych. Podobnie jak w przypadku umów o wykonanie robót budowlanych w zakresie których wykonawcy muszą uwzględniać ryzyko związane z wzrostem cen materiałów, usług, robocizny, a więc elementów przyszłych i niepewnych, tak w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy muszą uwzględnić ryzyko związane z ewentualną zmianą pierwotnie wskazanych instalacji/stacji przeładunkowych. Odwołujący w żaden jednak sposób nie wykazał, że nie jest w stanie oszacować tego ryzyka i uwzględnić takich ewentualnych zmian w globalnej kwocie kosztów realizacji zamówienia np. poprzez stworzenie rezerwy finansowej. Takie rezerwy przecież wykonawcy tworzą, aby zabezpieczyć się przed nieprzewidzianym wzrostem kosztów materiałów czy usług. Po czwarte, Izba wskazuje, że podobnie jak w przypadku umów o roboty budowlane czy usługi, Odwołujący mógł wnioskować o zmiany umowy w tym zakresie i wprowadzenie klauzul przewidujących możliwość zwiększenia wynagrodzenia w przypadku zmian w liście instalacji/stacji przeładunkowych pierwotnie określonych przez Zamawiającego w OPZ, jeśli takie zmiany rzeczywiście będą skutkować nieprzewidzianym wzrostem kosztów realizacji zamówienia. Takich postulatów, wniosków Odwołujący nie zawarł jednak w odwołaniu.

Zdaniem Izby, Zamawiający w OPZ w zakresie instalacji/stacji przeładunkowych przekazał informacje niezbędne do oszacowania kosztów realizacji zamówienia. W §38 ust. 2 OPZ

Zamawiający wskazał listę instalacji przetwarzania odpadów komunalnych i stacji przeładunkowych. Wykonawca mając listę i znając własne uwarunkowania ma możliwość oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Ewentualne zmiany w zakresie wskazanych instalacji/stacji należy traktować jako ryzyko kontraktowe, które doświadczony wykonawca winien oszacować w kosztach realizacji zamówienia (co jak się wydaje Odwołujący czyni w dotychczasowej praktyce, gdyż realizuje na rzecz Zamawiającego zamówienia uzyskane na tożsamy warunkach). Dodatkowo, wykonawca może postulować o wprowadzenia zmian w umowie w tym zakresie, co jednak nie było przedmiotem zarzutu/żądania ze strony Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na brak powiązania kryterium „Cena brutto” z przedmiotem zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z przywołaną regulacją, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, przyjęta przez Zamawiającego stawka odległości w linii prostej nie odpowiada rzeczywiście wycenianej przez wykonawcę w ofercie usłudze. Izba wskazuje, że w świetle art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ustawodawca bardzo szeroko określił związek jaki musi wystąpić pomiędzy przedmiotem zamówienia, a kryteriami oceny ofert. Związek ten może dotyczyć bowiem dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, również tych które nie stanowią jego istotnych cech. Zdaniem Izby powiązanie ceny brutto z kosztem transportu odpadów ma oczywisty związek z przedmiotem zamówienia. Zarówno ze SWZ jak i wzoru umowy wynika w sposób jednoznaczny, że elementem przedmiotu zamówienia jest transport odpadów. Okoliczność, iż Odwołującego uważa jest stawka ta została oparta o nieprawidłowy wskaźnik nie skutkuje utratą takiego związku z przedmiotem zamówienia. Nadal bowiem dotyczy transportu odpadów, który stanowi element przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że sam Odwołujący w zarzucie nr 1 proponuje formułę wyliczenia stawki za transport w oparciu o odległość do stacji przeładunkowej/instalacji, ale przy uwzględnianiu innego miernika długości. Nie neguje przy tym związku pomiędzy ceną brutto, a kosztem transportu. Tym samym nie ma żadnych racjonalnych podstaw do uznania, że przyjęte kryterium cena brutto w zakresie transportu nie jest związane z przedmiotem zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 241 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP - „Kryterium elektromobilności”

Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 241 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Mając na uwadze powyższe regulacje, Izba wskazuje, że w świetle art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ustawodawca bardzo szeroko określił związek jaki musi wystąpić pomiędzy przedmiotem zamówienia, a kryteriami oceny ofert. Związek ten może dotyczyć bowiem dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, również tych które nie stanowią jego istotnych cech. Kluczowe zatem w analizowanym stanie faktycznym było ustalenie czy „kryterium elektromobilności” wprowadzone jako kryterium oceny ofert może być uznane za związane z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Izby nie ma żadnych wątpliwości, że kryterium to związane jest z przedmiotem zamówienia, skoro zgodnie z OPZ cz. V i VI przedmiotem zamówienia objęty jest zarówno odbiór odpadów z MGO, jak i ich transport do miejsc zagospodarowania w przypadku korzystania przez wykonawcę ze stacji przeładunkowej, co odzwierciedlone zostało również we wzorze umowy, §2 stanowiącym, że przedmiotem zamówienia jest m.in. odbiór odpadów komunalnych z MGO i ich transport do wskazanej przez Zamawiającego instalacji lub stacji przeładunkowej.

Zdaniem Izby nie ma żadnych przesłanek ustawowych do przyjęcia wąskiego rozumienia związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia poprzez ograniczenie go wyłącznie do części świadczenia głównego wykonawcy tj. do obioru odpadów. Już sposób sformułowania przez ustawodawcę art. 241 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na szerokie rozumienie pojęcia „przedmiot zamówienia”. Taki związek bowiem występuje w odniesieniu do dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, nawet jeśli nie stanowią one istotnej cechy przedmiotu zamówienia.

Izba podkreśla, że w swojej argumentacji Odwołujący odwołał się do bliżej nieokreślonej praktyki rynkowej, wskazując, że odbiór odpadów odbywa się z wykorzystaniem pojazdów spełniających wymagania ustawy o elektromobilności, natomiast nie dotyczy to transportu na odległość kilkuset kilometrów. Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał takiej praktyki rynkowej. Po drugie, ustawodawca nie uzależnia w żaden sposób powiązania kryteriów oceny ofert z

praktyką rynkową. To, że wykonawcom byłoby wygodniej zrealizować zamówienia, gdyby Zamawiający powiązał kryterium wyłącznie z obiosem odpadów nie stanowi przesłanki do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Po trzecie, Izba wskazuje, że Zamawiający ma prawo promować ekologiczne rozwiązania ograniczające emisyjność i uciążliwość ekologiczną usług odbioru i transportu odpadów. Premiowanie realizacji zamówienia przy wykorzystaniu pojazdów nisko i zeroemisyjnych także w odniesieniu do transportu odpadów, a nie tylko odbioru odpadów z MGO jest zatem promowaniem bardziej ekologicznego i środowiskowo przyjaznego sposobu wykonania zamówienia. Wpływa zatem na ograniczenie niekorzystnych emisji spowodowanych realizacją usług objętych przedmiotem zamówienia na terenie Warszawy oraz kraju, przyczyniając się do ograniczenia niekorzystnych skutków realizacji usług odbioru odpadów. Do transportu odpadów wykorzystywane są pojazdy o dużej masie i spalaniu, zatem kryterium to jest przykładem kryterium środowiskowego, proekologicznego. Po czwarte, zakwestionowane kryterium odnosi się do wszystkich pojazdów realizujących przedmiot zamówienia, a nie tylko transportujących odpady. Wykonawca nie wykazuje zatem odrębnego poziomu elektromobilności dla pojazdów transportujących odpady. Deklaracja 20% wszystkich pojazdów może zatem być osiągnięta przy wykorzystaniu pojazdów zgodnych z ustawą o elektromobilności wykorzystywanych do odbioru odpadów, jeżeli realizacja transportu takimi pojazdami napotyka po stronie Odwołującego trudności. W konsekwencji, argument Odwołującego o rzekomych trudnościach w spełnieniu kryterium z uwagi na możliwość zmian w liście instalacji/stacji przeładunkowych Izba uznała za niezasadny.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż kwestionowane kryterium dotyczy właściwości wykonawcy. Kryterium to dotyczy wykorzystania określonych pojazdów do realizacji zamówienia i jest bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia. To, iż jego wdrożenie w danym przedsiębiorstwie uzależnione jest od posiadania określonych możliwości finansowych wykonawcy nie powoduje, iż należy je zakwalifikować jako kryterium związane z właściwościami wykonawcy. Zauważyć należy, że każde kryterium oceny ofert jest pośrednio związane z możliwościami finansowymi poszczególnych wykonawców, możliwościami inwestycyjnymi, zakresem prowadzonej działalności gospodarczej, doświadczeniem. Taki jednak pośredni charakter nie może decydować o ich dopuszczalności. Niewątpliwie przy formułowaniu kryteriów zachodzi duża trudność w jednoznacznym rozgraniczeniu sytuacji, kiedy kryteria dotyczące bezpośrednio właściwości wykonawcy, a zatem niezgodne z ustawą Pzp, a kiedy dopuszczalne – jako mające znaczenie z punktu widzenia jakości wykonania zamówienia. Istotą omawianego kryterium oceny ofert powinna być ocena jakości wykonania zamówienia. W analizowanym stanie

faktycznym wprowadzenie kryterium elektromobilności wpływa na jakość zamówienia z punktu widzenia wpływu na środowisko i nie dotyczy właściwości wykonawcy. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC – procedura naliczania kar umownych

Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Na wstępie Izba wskazuje, że ustawa Pzp nakłada na zamawiających określone obowiązki dotyczące sposobu regulacji kar umownych. Należy w tym zakresie wymienić art. 433 pkt 2 ustawy Pzp zakazujący zamawiającym wprowadzenia do umów o udzielenie zamówienia publicznych postanowień, które przewidują naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; art. 436 pkt 2 i 3 ustawy Pzp zobowiązujący zamawiających do zawarcia w umowie o udzielenie zamówienia publicznego postanowień regulujących łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy. Ponadto, ustawodawca w zakresie umów o roboty budowlane wskazał w art. 437 pkt 7 ustawy Pzp, że umowa której przedmiotem są roboty budowlane zawiera m.in. postanowienia dotyczące wysokości kar umownych z tytułu: braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, nieprzedłożenia poświadczony za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z art. 464 ust. 10 ustawy Pzp. Ponadto, w art. 463 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą. Odwołujący nie zarzucił naruszenia żadnych z w/w przepisów ustawy.

Należało więc rozstrzygnąć czy w analizowanym stanie faktycznym postanowienia umowne regulujące procedurę naliczenia kar umownych naruszają przepisy kodeksu cywilnego. W tym zakresie, Izba wskazuje po pierwsze, że zgodnie z art. 483 i 484 kodeksu cywilnego strony mogą wprowadzić w umowie postanowienia dotyczące kar umownych z tytułu niewykonania czy nienależnego wykonania niepieniężnego zobowiązania przez dłużnika. W zakresie procedury/mechanizmu naliczenia kar umownych, Kodeks cywilny nie wprowadza przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązujących. Wola stron wyrażona w umowie ma więc charakter decydujący.

Odwołujący upatruje naruszenia przez Zamawiającego obowiązku zaprojektowania postanowień umowy w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a w konsekwencji naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej poprzez brak uwzględnienia w umowie postanowień dotyczących przedziału czasowego począwszy od zaistnienia jednego ze zdarzeń wymienionych w §8 ust. 3 umowy możliwe będzie wystąpienie przez Zamawiającego z żądaniem przygotowania wyjaśnień przez wykonawcę, jak również poprzez brak określenia w jakim terminie wykonawca powinien być poinformowany przez wykonawcę o decyzji Zamawiającego w sprawie naliczania kar umownych. Zdaniem Izby brak określenia we wzorze umowy żądanych przez Odwołującego ram czasowych dla czynności Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp, ani zarzucanych przez Odwołującego przepisów ustawy kodeks cywilny. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 431 ustawy Pzp, Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, z treści tego przepisu wywieść należy obowiązek Zamawiającego niezwłocznego poinformowania wykonawcy o dostrzeżonych nieprawidłowościach w realizacji zamówienia czy też niezwłocznego poinformowania wykonawcy o decyzji dotyczącej naliczenia kar umownych, bo tylko takie działanie może być uznane za prawidłowe współdziałanie w celu realizacji zamówienia.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że aktualne brzmienie dokumentów zamówienia i projektowanych postanowień umowy pozostawia go w niepewności co do tego czy należycie realizuje zamówienia i w jakim terminie Zamawiający może naliczyć karę umowną. Możliwość skutecznego dochodzenia kary umownej ograniczona jest terminami przedawnienia, a te wynikają z obowiązujących przepisów. W zakresie rzekomego braku wiedzy o tym, czy umowa jest realizowana należycie, Izba wskazała powyżej na art. 431 ustawy Pzp. Ponadto należy podkreślić, że właśnie przywołana przez Odwołującego zasada słuszności kontraktowej zobowiązuje Zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawcy o dostrzeżonych nieprawidłowościach czy też zaistnieniu podstawy do naliczenia

kar umownych. Izba wskazuje, że art. 354 kodeksu cywilnego reguluje zasady współdziałania stron w procesie realizacji umowy, odwołując się w tym zakresie m.in. do zasad współżycia społecznego. Zasada ta obejmuje swoim zakresem dobre obyczaje kontraktowe, zasadę słuszności kontraktowej, a przede wszystkim zasadę wzajemnego zaufania stron umowy. Zaufanie to wyraża się do dążeniu obu stron do terminowego i prawidłowego zrealizowania zobowiązań umownych. Aby uczynić zadość owym zasadom również Zamawiający jest zobowiązany do informowania wykonawcy o swoich decyzjach czy podstawach do naliczenia kar umownych w możliwie najszybszym terminie. Izba zauważa, że nie jest możliwe uregulowanie w umowach generalnie, jak również w tych z zakresu zamówień publicznych wszystkich terminów na wykonanie wszystkich czynności. Wielość zobowiązań, wzajemne ich krzyżowanie się sprawia, że istotne w procesie wykonywania umów są właśnie klauzule generalne. Wzajemne zaufanie stron jest elementem koniecznym do prawidłowego wykonania zamówienia. Stąd też, zdaniem Izby, brak określenia we wzorze umowy ram czasowych dla Zamawiającego nie oznacza dowolności działań. Zamawiający związany jest regulacjami ustawy Pzp, jak również kodeksu cywilnego dotyczącymi wykonania zobowiązań umownych i współdziałania z wykonawcą w dobrej wierze w procesie realizacji zamówienia.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w świetle obowiązujących przepisów prawa Zamawiający nie musiał w ogóle ustanawiać procedury wyjaśnień poprzedzających naliczenie kary umownej. Stanowi ona wyraz współdziałania z wykonawcą w celu ograniczenia jego ryzyka finansowego związanych z przypadkami niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Podkreślić raz jeszcze należy, że to wykonawca na kontrolę sposobu wykonania zamówienia. Zamawiający zgodnie z OPZ (m.in. część VII) przygotował dedykowany system do obsługi zgłoszeń związanych z umową, w którym Wykonawca na bieżąco ma wprowadzać informacje dotyczące realizacji umowy z Zamawiającym, w tym dostrzeżonych niezgodności. Taki obowiązek wynika także z wielu innych postanowień OPZ (np. § 31, § 29 itp.). W tym samym rozdziale VII OPZ Zamawiający uregulował także zasady komunikacji roboczej (§ 40). Odwołujący ma zapewnione mechanizmy weryfikacji prawidłowości wykonania zamówienia i doszukiwanie się obecnie złej wiary Zamawiającego w procesie naliczania ewentualnych kar umownych jest, zdaniem Izby, nieuprawnione. Obowiązkiem wykonawcy jest dołożenie najwyższej staranności w procesie realizacji zamówienia, nie zaś mnożenie postanowień umowy, które zabezpieczają go przed naliczaniem kar umownych z tytułu nieprawidłowej realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20) PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 433 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC – brak dodatkowego wynagrodzenia

Zdaniem Izby zarzut nie jest zasadny. Odwołującego argumentował, że Zamawiający naruszył w/w przepisy prawa z uwagi na to, że wykonawcy nie będzie przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie, podczas gdy okoliczności wymienione w tym przepisie są niezależne od wykonawcy, a pozostają zależne wyłącznie od Zamawiającego (podanie prawidłowych danych dotyczących liczby pojemników lub worków mających być dostarczonych do MGO) bądź od osób trzecich (zniszczenie lub kradzież pojemników na odpady), zaś Zamawiający całość ryzyka w tym zakresie przeniósł na wykonawcę, a zatem przedmiotowe postanowienia stanowią klauzule abuzywne w rozumieniu Pzp, a ponadto są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, tj. zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy. Zdaniem Izby Odwołujący pominął szereg zapisów zawartych we wzorze umowy, w tym zapisów dotyczących obowiązków wykonawcy oraz sytuacji uzasadniających żądanie podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy.

Za bezsporne w sprawie uznać należy, że, po pierwsze, w OPZ - § 7 ust. 8 - Zamawiający określił maksymalną liczbę i pojemność pojemników do gromadzenia odpadów, jaka wchodzi w przedmiot zamówienia. W § 7 ust. 2 OPZ Zamawiający określił maksymalną liczbę MGO przewidywaną do obsługi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie kwestionował w/w postanowień umownych. Po drugie, bezsporne w sprawie jest to, że w §11 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku przekroczenia maksymalnej liczby MGO, wskazanej w § 7 ust. 2 OPZ, z których Wykonawca odbiera odpady komunalne – w zakresie wysokości cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy. W konsekwencji, zasadne jest przyjęcie, iż przekroczenie liczby i pojemności pojemników określonych przez Zamawiającego skutkuje wypłatą dodatkowego wynagrodzenia, o czym mowa § 6 ust. 2 pkt 2 umowy niezależnego od wynagrodzenia z tytułu odbioru odpadów, co potwierdzają zapisy § 7 OPZ (vide §7 pkt 8 „Tylko przekroczenie łącznej maksymalnej pojemności pojemników uprawnia do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 2 pkt 2 Umowy.”)

Tym samym nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego o konieczności dostarczenia dodatkowych pojemników i worków w związku ze zmianą liczby MGO lub w związku ze zmieniającymi się potrzebami nieruchomości do nich przypisanymi bez możliwości uzyskania dodatkowego wynagrodzenia. Wynagrodzenie za pojemniki i worki w

ilości i pojemności zgodnej z wielkościami maksymalnymi wynikającymi z OPZ i umowy objęte jest wynagrodzeniem za odbiór odpadów. Z kolei w przypadku przekroczenia ilości i pojemności maksymalnych podanych w OPZ, w umowie wprost uregulowane zostało prawo do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia (§ 6 ust. 2 pkt 2 umowy, § 19 ust. 5 OPZ).

Dalej Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami OPZ obowiązek wyposażenia MGO w pojemniki jest obowiązkiem wykonawcy (§ 19 OPZ). Odpowiada on za wyposażenie nieruchomości w odpowiednią ilość pojemników oraz za monitorowanie stanu i liczby pojemników w trakcie realizacji zamówienia, uzyskując z tego tytułu wynagrodzenie. Odwołujący zobowiązany jest do zapewnienia pojemników w każdym przypadku, niezależnie od przyczyny jego zniszczenia czy utraty. Odwołujący nie zakwestionował tego obowiązku, a wyłącznie postanowienia wzoru umowy dotyczące sposobu uzyskania dodatkowego wynagrodzenia. Skoro zatem Odwołujący przyjął na siebie obowiązek wyposażenia MGO w pojemniki w trakcie realizacji zamówienia, to obowiązek ten obejmuje również doposażenia MGO w takie pojemniki w przypadku kradzieży czy zniszczenia przez osoby trzecie. Kwestionowanie zatem postanowień umownych, na podstawie których Zamawiający wyłącza możliwość uzyskania dodatkowego wynagrodzenia z tytułu doposażenia MGO w pojemniki w przypadku ich zniszczenia lub kradzieży jest, zdaniem Izby, bezprzedmiotowa. Słusznie wskazał Zamawiający, że w przypadku zniszczenia lub kradzieży pojemnika niezależnych od wykonawcy skutek w postaci konieczności dostarczenia nowego pojemnika zgodnie z OPZ może zostać dodatkowo objęty ochroną ubezpieczeniową, której koszt wykonawca może wliczyć w cenę odbioru odpadów. Odwołujący również bezzasadnie pomija, że zgodnie z 19 ust. 5 (niekwestionowanym przez Odwołującego): „Zamawiający wskazuje, że zapewnienie pojemników dwu- i czterokołowych w liczbie wskazanej w § 7 ust. 8 OPZ następuje w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji – również w § 6 ust. 1a Umowy, natomiast zapewnienie pozostałych pojemników dwu- i czterokołowych następuje w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6 ust. 2 pkt 2 Umowy”. Tym samym realizacja obowiązku wyposażenia w pojemniki zawsze jest realizowana za wynagrodzeniem.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że treść § 6 ust. 5 umowy jest niezgodna z art. 433 pkt 2 i 3 Pzp. §6 ust. 5 wzoru umowy nie dotyczy odpowiedzialności wykonawcy ani naliczania kar umownych, a ustala sposób rozliczenia (zapłaty wynagrodzenia) za realizację obowiązków umownych. Ponadto, przywołane w uzasadnieniu zarzutu postanowienie zawarte w § 8 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy, po pierwsze, nie zostało objęte zakresem zaskarżenia; po drugie, z postanowienia tego nie wynika, że w przypadku przekroczenia

maksymalnych wielkości dla pojemników lub worków wykonawca nie uzyska dodatkowego wynagrodzenia.

Izba wskazuje również, że okoliczności przywoływane w odwołaniu nie wypełniają także dyspozycji art. 433 pkt 3 Pzp, tj. nie wprowadzają odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Jak wyjaśnił Zamawiający, ilości podane przez Zamawiającego muszą mieć charakter szacunkowy z uwagi na przedmiot zamówienia i w taki sposób zostały przez Zamawiającego podane w OPZ. Odwołujący, zarzucając niewłaściwe sformułowanie § 6 ust. 5 umowy, nie kwestionuje równocześnie § 7 ust. 8 OPZ umowy, z którego jednoznacznie wynika, że ilości i pojemność pojemników ma charakter jedynie szacunkowy. Nie jest to zatem ilość bezwzględnie wiążąca i dopuszcza się od niej odstępstwa, których limit wyznaczają podane wielkości maksymalne. Zabezpieczeniem interesu wykonawcy zgodnym z art. 99 ust. 1 Pzp jest podanie przez Zamawiającego wielkości maksymalnych, z uwzględnieniem prawa do otrzymania przez wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia za przekroczenie podanych wartości maksymalnych (§ 7 ust. 5 OPZ i §6 ust. 2 umowy).

Zamawiający również zasadnie wyjaśnił, że analogiczna argumentacja dotyczy przekroczenia ilości MGO. W tym przypadku także w §7 OPZ zostały podane dane ilościowe w zakresie liczby MGO oraz roczna procentowa zmienność liczby MGO (zakres porównania VIII.2021 r. i VIII.2022 r.) na podstawie danych własnych Zamawiającego. Równocześnie w §7 ust. 2 OPZ (niekwestionowanym przez Odwołującego) została podana maksymalna liczba MGO przewidywana do obsługi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia dla nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Zgodnie z §11 ust. 2 pkt 6 umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku przekroczenia maksymalnej liczby MGO, wskazanej w §7 ust. 2 OPZ, z których wykonawca odbiera odpady komunalne – w zakresie wysokości cen ryczałtowych, o których mowa w §6 ust. 2 pkt 1 Umowy. Tym samym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zmiany w zakresie liczby MGO, w tym ich podwyższenie poza wielkości maksymalne, zostały uwzględnione w ramach wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia – cenie za odbiór odpadów, zapewniając możliwość jej zmiany przy przekroczeniu wartości maksymalnych.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zdaniem Izby w rzeczywistości Odwołujący domaga się podwójnej zapłaty za pojemniki i worki, których maksymalne ilości powinien ująć w wycenie ryczałtowej stawki za odbiór odpadów, a

dodatkowo chciałby jeszcze uzyskać wynagrodzenie za te same pojemniki i worki, których dostarczenie ujął lub powinien ująć w cenie za odbiór odpadów. Odwołujący dąży zatem do obciążenia Zamawiającego podwójnymi kosztami realizacji tego samego zakresu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....