

Sygn. akt: KIO 1015/20, 1016/20, 1018/20, 1023/20, 1024/20

WYROK
z dnia 22 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 maja 2020 r. przez:

1. wykonawcę Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1015/20);
2. wykonawcę FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (sygn. akt KIO 1016/20 i KIO 1018/20);
3. wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1023/20 i KIO 1024/20);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

przy udziale:

- A. wykonawcy FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1015/20 po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy SUEZ Zachód sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1015/20, KIO 1016/20 i KIO 1018/20 po stronie odwołującego;

C. wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1015/20, KIO 1016/20 i KIO 1018/20 po stronie odwołującego;

orzeka:

I. W sprawie o sygn. akt: KIO 1015/20:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w pkt I-III *petitum* odwołania;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

II. W sprawie o sygn. akt KIO 1016/20:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w pkt 1-7, 8 lit. a, 9-12 oraz 13 lit. a *petitum* odwołania;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w pkt 13 lit. c *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień rozdziału XVI pkt 5 SWU przez wskazanie, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający, a w konsekwencji, dokonanie modyfikacji treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych przez dodanie rodzaju powierzonych danych osobowych w postaci wizerunku osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 20.400,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy czterysta złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.200 zł (słownie: trzy tysiące dwieście złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania;

III. W sprawie o sygn. akt KIO 1018/20:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w pkt 1-5, 6 lit. a, 7-10 oraz 11 lit. a *petitum* odwołania;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w pkt 11 lit. c) *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień rozdziału XV pkt 5 SWU przez wskazanie, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający, a w konsekwencji, dokonanie modyfikacji treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych przez dodanie rodzaju powierzonych danych osobowych w postaci wizerunku osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów. ;
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie:
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 20.400,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy czterysta złotych 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.200 zł (słownie: trzy tysiące dwieście złotych 00/100) tytułem wpisu od odwołania;

IV. W sprawie o sygn. akt KIO 1023/20:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w pkt 1-2, 5, 6 (w części), 7, 9, 10 (w części), 11 (w części), 14, 16, 18-23 *petitum* odwołania;
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w pkt 10 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez wykreślenie z rozdziału XV SWU oraz Załącznika nr 24 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”);
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w części 1/12 i Odwołującego w części 11/12 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 22.200,00 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia

pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1.750,00 zł (słownie: tysiąc siedemset pięćdziesiąt złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

V. W sprawie o sygn. akt KIO 1024/20

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w pkt 1-2, 5, 6 (w części), 7, 9, 10 (w części), 11 (w części), 14, 16, 18-23 *petitum* odwołania;

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w pkt 10 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez wykreślenie z rozdziału XVI SWU oraz Załącznika nr 24 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”);

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w części 1/12 i Odwołującego w części 11/12 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 22.200,00 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście 00/100) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1.750,00 zł (słownie: tysiąc siedemset pięćdziesiąt złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 1015/20, KIO 1016/20, KIO 1018/20, KIO 1023/20, KIO 1024/20

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 1015/20, KIO 1016/20, KIO 1024/20

Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 kwietnia 2020 r. pod nr 2020/S 085-201987.

30 kwietnia 2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), której postanowienia zaskarżone zostały odwołaniami wniesionymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) 11 maja br. przez wykonawców: Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1015/20), FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (sygn. akt KIO 1016/20) i Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1024/20).

Sygn. akt KIO 1015/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 91 ust. 2 i art. 7 ust 1 Pzp przez przekroczenie granic uprawnienia Zamawiającego do kształtowania sposobu obliczenia ceny przez wykonawców w związku z określeniem w rozdziale XIV ust. 10 i 11 SIWZ maksymalnych cen jednostkowych za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów pochodzących z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych („PSZOK”), których wysokość (proporcje) wykonawcy zmuszeni są uwzględnić przy kalkulowaniu ceny ofertowej, co z kolei uniemożliwia im rzetelne, zgodne z realiami rynku oszacowanie ceny ofertowej i prawidłowe skalkulowanie cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach Załącznika II do formularza oferty – „Zestawienie kosztów zadania”;

2. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia, w części dotyczącej obowiązku pełnienia przez wykonawcę szczególnego nadzoru nad wskazanymi miejscami gromadzenia odpadów, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący m.in. ze względu na zaniechanie wskazania terminu świadczenia usługi, wskazanie zbyt szerokiego przedziału liczby miejsc gromadzenia odpadów, jakie mogą podlegać szczególnemu nadzorowi (przedział od 20 do 100) i zaniechanie wyodrębnienia w Załączniku II do formularza oferty – „Zestawienie kosztów zadania” odrębnej pozycji z ceną jednostkową tej usługi, co z kolei uniemożliwia wykonawcy należyte skalkulowanie ceny ofertowej i powoduje nieporównywalność ofert;
3. art. 29 ust. 1 i ust 2 w zw. z art, 7 Pzp przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie braku wskazania przez Zamawiającego maksymalnej ilości worków i pojemników na odpady poszczególnych rodzajów (pojemności), których dostarczenie do właścicieli nieruchomości (do MGO) stanowi przedmiot zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 Pzp, art. 139 ust 1 Pzp w zw. z art 58, art. 353¹, art. 354 § 2, art. 483 § 1 w zw. z art. 750 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Kc” oraz art. 3b i art. 9z ust. 2 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2019 r., poz. 2010 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ucpg” przez ukształtowanie w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy (załącznik nr 3 do SIWZ, str. 28) przesłanek nałożenia na wykonawcę kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, o którym mowa w Rozdziale XX pkt 1 ppkt 2 Załącznika A do SIWZ „Szczegółowe warunki umowy” (dalej jako „SWU”), w sposób przenoszący całkowitą odpowiedzialność administracyjnoprawną ciążącą na Zamawiającym (jako gminie) z tego tytułu na wykonawcę usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w sytuacji gdy w świetle okoliczności faktycznych i prawnych opisanych w odwołaniu wykonawca ma ograniczony wpływ na możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, a co za tym idzie, wykonawca nie może gwarantować pod rygorem kary umownej osiągnięcia niezależnego od siebie skutku swoich działań. Przedmiotowe postanowienia SIWZ sprzeciwiają się właściwości (naturze) umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych i stanowią jednocześnie o naruszeniu przepisów regulujących karę umowną, zgodnie z którymi

konieczność zapłaty kary umownej wiąże się z ustaleniem okoliczności obciążających dłużnika (tu: wykonawcy);

5. art. 29 Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 Ucpj przez dokonanie niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, który nie pozwala wykonawcy na ustalenie rzeczywistej masy odpadów komunalnych, które musi poddać recyklingowi i przygotowaniu do ponownego użycia w celu osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, od czego uzależnione są kary umowne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu następujących modyfikacji postanowień SIWZ:

1. wykreślenie z rozdziału XIV SIWZ ust. 10 i 11;
2. jednoznaczne wskazanie w rozdziale IV SWU, w celu oceny ofert, przewidywanej przez Zamawiającego liczby miejsc gromadzenia odpadów, która objęta ma być „szczególnym nadzorem” a także czasu trwania nadzoru, które to dane wykonawcy mają przyjmować na potrzeby składania ofert;
względnie
dokonanie modyfikacji treści Załącznika II do formularza oferty – „Zestawienie kosztów zadania” przez wyodrębnienie dodatkowej pozycji dotyczącej wyceny usługi szczególnego nadzoru – cena jednostkowa za szczególny nadzór nad 20 miejscami gromadzenia odpadów za każdy dzień sprawowania szczególnego nadzoru;
3. wskazanie w SIWZ maksymalnej ilości worków i pojemników poszczególnych rodzajów (pojemności), do zapewnienia których wykonawca jest zobowiązany w ramach wynagrodzenia umownego (oraz które będą przedmiotem wymaganej przez Zamawiającego dzierżawy po zakończeniu umowy) wraz z wprowadzeniem w Projekcie umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ilości worków lub pojemników danego rodzaju lub pojemności ponad maksymalne ilości podane w SIWZ;
względnie
wprowadzenie postanowienia, zgodnie z którym wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie liczone od każdego dodatkowego pakietu worków (po 100 szt.) lub pojemnika danego rodzaju w razie potrzeby dostarczenia ich w ilościach przekraczających maksymalne ilości podane w SIWZ, bez konieczności każdorazowego dokonywania zmiany umowy, co równocześnie wymagałoby podania w ofercie ceny jednostkowej za dostawę dodatkowych pakietów worków i dodatkowych pojemników;

4. zmiana § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projekt umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2 SWU w taki sposób, by kara umowna była ustalona w wysokości odpowiadającej 50% kary nałożonej na Zamawiającego na podstawie art. 9z ust. 2 pkt 1 i ust. 3 Ucpg, tj. kary za nieuzyskiwanie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, o których mowa w art. 3b ust. 1 pkt 1 Ucpg;

oraz zmian dokumentacji przetargowej wprost w żądaniach nie wskazanych, ale koniecznych do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy, tj. zmian będących konsekwencją żądanych zmian.

Zarzut nr 1 dotyczący określenia przez Zamawiającego maksymalnych cen jednostkowych.

W rozdziale XIV ust. 10 SIWZ, poświęconym opisowi sposobu obliczenia ceny, Zamawiający zastrzegł, że w załączniku nr II „Zestawienia kosztów zadania”:

- 1) cena jednostkowa podana w pozycji nr 11 (PSZOK – Odbiór, transport i zagospodarowanie opakowań z tworzyw sztucznych, sklasyfikowanych jako odpad o kodzie 15 01 02) w kolumnie nr 5 (ryczałtowa cena jednostkowa) nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 (Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych) w kolumnie nr 5;
- 2) cena jednostkowa podana w pozycji nr 13 (PSZOK – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z tworzyw sztucznych, sklasyfikowanych jako odpad o kodzie 20 01 39) w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 (Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych) w kolumnie nr 5;
- 3) cena jednostkowa podana w pozycji nr 14 (PSZOK – Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych, sklasyfikowanych jako odpad o kodzie 20 03 07) w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 6 (Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych) w kolumnie nr 5;
- 4) cena jednostkowa podana w pozycji nr 19 (PSZOK – Odbiór, transport i zagospodarowanie opakowań ze szkła, sklasyfikowanych jako odpad o kodzie 15 01 07) w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 (Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów ze szkła) w kolumnie nr 5.

Zamawiający narzucił więc wykonawcom z góry maksymalną wysokość ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie 1Mg odpadów pochodzących z PSZOK. Nadto, maksymalną wysokość ceny Zamawiający uzależnił od ceny, jaką wykonawca zaoferuje za odbiór, transport i zagospodarowanie 1Mg tego danego rodzaju odpadu, odbieranego bezpośrednio od właścicieli nieruchomości.

Następnie, w ust. 11 powołanego rozdziału Zamawiający zastrzegł, że w przypadku podania przez wykonawcę w pozycjach nr 11, 13, 14 lub 19 „Zestawienia kosztów zadania” cen jednostkowych niezgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający poprawi w ofercie wyżej wymienione ceny jednostkowe przyjmując odpowiednio 70 % z cen jednostkowych podanych w pozycjach nr 3, 4 i 6, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawi ewentualne omyłki rachunkowe wynikające z ww. poprawek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Powyższe jednoznacznie wskazuje więc na konieczność uwzględnia przez wykonawców określonych przez Zamawiającego zasad dotyczących wysokości oferowanych cen jednostkowych pod rygorem poprawienia oferty. W ocenie Odwołującego, przepisy Pzp nie przyznają Zamawiającemu możliwości określania maksymalnych cen jednostkowych i to niezależnie od sposobu, w jaki to czyni (określona kwota, wartość stosunkowa czy procentowa).

Określenie ceny stanowi czynność wykonawcy. Powyższe należy wywodzić przede wszystkim z tego, że cena w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest obligatoryjnym kryterium oceny ofert i w przeważającej części przypadków jest to główne a niekiedy nawet jedyne kryterium, według którego Zamawiający ocenia oferty. W przypadku Postępowania kryterium ceny Zamawiający nadał wagę 60 %, co oznacza że kryterium ceny stanowi główny element konkurencji wykonawców. Ingerowanie przez Zamawiającego w sposób kształtowania ceny, w szczególności przez narzucenie określonych limitów dla części cen jednostkowych, bezsprzecznie zakłóca naturalną konkurencję pomiędzy wykonawcami. Rolą Zamawiającego jest oczywiście jasne i precyzyjne określenie zasad dotyczących sposobu obliczania ceny, przy czym obowiązek ten należy rozumieć jako konieczność stworzenia jednoznacznych zasad, które z jednej strony umożliwią Zamawiającemu porównanie ofert, z drugiej zaś pozwolą na zachowanie reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Nie jest to natomiast narzędzie służące Zamawiającemu do manipulacji cenami ofertowymi.

Postanowienia sformułowane w rozdziale XIV ust. 10 i 11 SIWZ uniemożliwiają wykonawcom realizowanie własnej polityki cenotwórczej. Stwarzają pewne sztuczne ramy, nie przystające do realiów rynku, do których wykonawcy muszą się dostosować. Podkreślić przy tym należy, że koszty odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów odbieranych z PSZOK nie są takie same jak tych, odbieranych od właścicieli nieruchomości.

Nie można jednak też przyjmować z góry, że koszty te będą mniejsze, przy każdej frakcji odpadów o 30% od kosztów odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości. Kosztów tych nie można też do siebie przyrównywać ani tym bardziej uzależniać ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów pochodzących z PSZOK od ceny odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości. Składniki cenotwórcze w przypadku obu usług są bowiem po części różne, tak jak różna jest logistyka odbioru tych odpadów. W dodatku każdy z wykonawców określa je sam, w zależności od własnej sytuacji i możliwości. Jako przykład wskazać należy, że różne będą m.in. koszty transportu tych odpadów. W przypadku odbioru odpadów z PSZOK strony nie ustalają stałego harmonogramu odbioru odpadów – odbiory realizowane są na podstawie dyspozycji Zamawiającego (rozdział X ust. 5 SWU), co w praktyce oznacza, że wykonawca musi przygotować po otrzymaniu dyspozycji Zamawiającego dedykowany do odbioru odpadów z PSZOK transport. Wykonawca nie ma możliwości zoptymalizowania kosztów transportu odpadu, bowiem – inaczej niż przy odbiorze odpadów od właścicieli nieruchomości – nie można połączyć tu odbiorów z kilku punktów (zoptymalizować trasy przejazdu). Co przy tym istotne, zgodnie z rozdz. X ust. 11 SWU, wykonawca zobowiązany jest do przystąpienia do realizacji czynności określonych w dyspozycji, o której mowa w pkt 5, niezwłocznie po jej otrzymaniu, jednak – co do zasady – nie później niż 5 godzin od otrzymania Dyspozycji. Zamawiający, nie wiedząc, z jaką intensywnością właściciele nieruchomości będą korzystali z PSZOK, nie może określić przewidywanej ilości odbioru odpadów z PSZOK w ujęciu tygodniowym czy miesięcznym. Wykonawca musi więc samodzielnie przyjąć w tym zakresie pewne założenia (wycenić ryzyko), odpowiadając sobie m.in. na pytanie, czy założyć realizację tego zakresu usługi pojazdem dedykowanym tylko do obsługi PSZOK (a jeśli tak to jednym czy kilkoma) czy może uda się do realizacji tej części usługi wykorzystać pojazdy wykorzystywane do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości, czy przewidzieć koszty zatrudnienia dodatkowych pracowników czy wystarczający będą pracownicy wykonujący usługę polegającą na odbiorze odpadów od właścicieli nieruchomości. Dopiero po udzieleniu odpowiedzi na tak postawione pytania, wykonawca może ustalać koszty zapewnienia odpowiedniego samochodu i pracowników do odbioru, przy czym koszty te mogą być różne u różnych wykonawców m. in. z uwagi na ilość i rodzaj posiadanych samochodów. Tak ustalone koszty należy kolejno przeliczyć na 1Mg odbieranych z PSZOK odpadów.

Wszystkie te czynniki znajdują swoje odzwierciedlenie w cenie jednostkowej, którą kształtuje wykonawca a nie Zamawiający. Kosztów odbioru odpadów z PSZOK i od właścicieli nieruchomości nie powinno się więc do siebie przyrównywać. Wprowadzenie przez Zamawiającego maksymalnych cen jednostkowych stanowi przekroczenie granic ingerencji

Zamawiającego w sposób obliczenia ceny przez wykonawców, które nie znajduje swojego uzasadnienia ani w przepisach Pzp ani w okolicznościach sprawy.

Należy także zwrócić uwagę, że konieczność dostosowania się do wymogów SIWZ w zakresie wysokości cen jednostkowych za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK rodzi ryzyko, że wykonawcy będą albo zaniżać ceny jednostkowe wskazywane w pozycjach 11, 13, 14 i 19 kolumny 5 „Zestawienia kosztów zadania” tylko po to, aby spełnić wymogi stawiane przez Zamawiającego, co nie powinno mieć miejsca, albo – co bardziej prawdopodobne – będą musieli zawyżać ceny jednostkowe za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów odbieranych bezpośrednio od mieszkańców, co pozwoli im określić na realnym poziomie ceny jednostkowe odpadów pochodzących z PSZOK, ale negatywnie wpłynie to na budżet Zamawiającego. Warto przy tym podkreślić, że cena zarówno za odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości, jak i z PSZOK ma charakter kosztorysowy (jest to cena za 1Mg), przy czym ilość odpadów pochodzących z tych dwóch źródeł będzie zdecydowanie różna. To powoduje, że w niniejszej sprawie mamy odmienną sytuację niż ta, z jaką mamy do czynienia np. przy wprowadzanych do umów na roboty budowlane ryczałtowych pozycjach utrzymania zaplecza budowy czy prac projektowych, gdzie z góry ustalany jest ich stosunek procentowy do wartości robót budowlanych. W takich sprawach wykonawca ustala ryczałt, który jest niezmienny w całym okresie realizacji zamówienia. Ponieważ koszty czy to utrzymania zaplecza budowy czy to wykonania prac projektowych są stałe (mogą zostać ustalone z góry), wykonawca może w prosty sposób ustalić czy ustalony przez niego ryczałt pokrywa wszystkie koszty wykonania tego zakresu zamówienia czy nie i jaką ewentualnie część kosztów należy przenieść do kosztów wykonania robót budowlanych. W niniejszej sprawie ostateczna wartość usługi polegającej na odbiorze odpadów jest nieznaną (będzie zależęć od ilości odpadów i częstotliwości ich odbioru) i co istotne koszt jej wykonywania nawet w skali miesiąca będzie zmienny. W tej sytuacji narzucanie przez Zamawiającego sztucznego sposobu wyliczenia ceny za odbiór odpadów z PSZOK powoduje, że wykonawcy mają utrudnione ustalenie kosztów wykonania tej części usługi i muszą uwzględnić dodatkowe, poza wynikającym z braku możliwości oszacowania ilości odbieranych w ten sposób odpadów w miesiącu, ryzyko. Ryzyko, którego przerzucenie na wykonawcę nie ma w tej sprawie żadnego uzasadnienia.

Zarzut nr 2 dotyczący nieprecyzyjnych postanowień dotyczących szczególnego nadzoru nad miejscami gromadzenia odpadów

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV SWU Wykonawca zobowiązany jest do pełnienia szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego miejscami gromadzenia odpadów („MPO”). Zamawiający nie precyzuje dokładnej liczby MPO jaka może

podlegać szczególnemu nadzorowi wskazując jedynie, że przewiduje zlecenie szczególnego nadzoru nad co najmniej 15 MPO, ale nie więcej niż nad 100 MPO na terenie sektora, na którym świadczona jest usługa. Co istotne, postanowienia tej części SWU nie wskazują okresu, w jakim świadczona ma być usługa szczególnego nadzoru. Według rozdziału IV ust. 3 pkt 2 SWU termin rozpoczęcia i zakończenia nadzoru będzie każdorazowo wskazany przez Zamawiającego w zleceniu szczególnego nadzoru. Zamawiający zastrzega sobie również możliwość zmiany tego terminu. Oznacza to, że usługa ta może w skali miesiąca trwać zarówno jeden dzień, jak i 30 dni.

Zgodnie z postanowieniami SWU szczególny nadzór nad MPO obejmuje:

- 1) monitorowanie sposobu segregacji odpadów przez mieszkańców;
- 2) zgniatanie opakowań (kartonów);
- 3) w przypadku braku dojazdu do danego MGO, wystawianie – jeżeli jest taka techniczna możliwość – pojemników w miejsce, z którego odbiór odpadów będzie możliwy oraz odstawianie pojemników na miejsce;
- 4) zgłaszanie do odpowiednich służb pojazdów uniemożliwiających dojazd pojazdu odbierającego odpady;
- 5) przestawianie pojemników na właściwe miejsce;
- 6) zamykanie pozostawionych przez korzystających z pojemników otwartych klap pojemników i blokowanie kół pojemników;
- 7) umieszczanie odpadów komunalnych pozostawionych obok pojemników (luzem), we właściwych pojemnikach;
- 8) zgłaszanie dyspozytorowi potrzeby wywozu odpadów, podstawienia pojemników i ich wymiany.

Zamawiający zastrzegł także, że wykonawca nie może powierzyć pracownikom szczególnego nadzoru nad MGO w taki sposób, że w tym samym czasie jeden pracownik będzie sprawował nadzór nad więcej niż 20 MGO, przy czym czynności nadzoru mają być świadczone w godzinach od 6:00 do 21:00, przez 7 dni w tygodniu, nie wyłączając dni ustawowo wolnych od pracy. Zamawiający wymaga też codziennej dokumentacji fotograficznej (wykonywanej dwa razy dziennie) w celu udokumentowania przez wykonawcę należytego świadczenia przez niego usługi nadzoru specjalnego.

W ocenie Odwołującego tak określone przez Zamawiającego wymagania są zbyt ogólne, jeśli uwzględni się, że wykonawca koszty wykonania tej usługi musi obecnie ująć w cenie za odbiór i zagospodarowanie 1 Mg odpadów. Przy usłudze tego rodzaju wykonawcy muszą przede wszystkim zwrócić szczególną uwagę na koszty pracownicze, ponieważ Zamawiający ogranicza możliwość powierzenia jednemu pracownikowi do 20 MGO,

nad którymi będzie sprawował nadzór, wymagając jednocześnie, aby usługa świadczona była w godzinach od 6:00 do 21:00, czyli 15 godzin na dobę, siedem dni w tygodniu. W praktyce nadzór nad 20 MGO, jeśli zostanie zlecony na dłuższy okres, i tak nie będzie mógł być wykonywany fizycznie przez jednego pracownika – uwzględniając obowiązkowe okresy odpoczynku, wymogi związane z zatrudnieniem pracowników w niedziele i święta – będzie to co najmniej dwie osoby. Zamawiający nie precyzuje dokładnej liczby MGO, jaką przewiduje objąć szczególnym nadzorem, posługując się bardzo szerokim przedziałem od 15 do 100 MGO. Z uwagi na zakres tej usługi wskazany przedział jest zbyt szeroki i nie pozwala na realne skalkulowanie ceny, zwłaszcza że usługa ta nie jest odrębnie wyceniana. Zamawiający zrezygnował z określenia czasu trwania pojedynczego zlecenia szczególnego nadzoru, co czyni niemożliwym skalkulowanie tego kosztu w realny sposób. Wobec braku innego wskazania, Wykonawca powinien przyjmować, że w skrajnej sytuacji będzie musiał objąć takim nadzorem w jednym czasie aż 100 MGO przez okres trwania nawet całej umowy. To oznacza konieczność utrzymywania w gotowości co najmniej 5, a z uwagi na normy czasu pracy raczej 10 pracowników na miesiąc, którzy dedykowani byłiby do świadczenia wyłącznie tej usługi przez cały okres trwania umowy. Takie założenie istotnie podroży koszt oferty, jeśli ostatecznie Zamawiający z usługi tej planuje korzystać sporadycznie, w krótkich okresach. Z drugiej strony, nie można wykluczyć, że niektórzy wykonawcy zdecydują się wycenić ten zakres usługi, właśnie przy założeniu sporadycznego korzystania przez Zamawiającego z tego uprawnienia. Ryzyko, że przy tak nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający otrzyma nieporównywalne oferty jest więc istotne.

Zarzut nr 3 dotyczący braku wskazania w SIWZ maksymalnej ilości worków i pojemników koniecznych do dostarczenia do właścicieli nieruchomości (MGO)

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 i 13 Projektu umowy:

„W ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do:

- 1) wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki wraz z utrzymaniem ich w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym oraz dostarczania worków przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych w ilości niezbędnej do zapewnienia prawidłowej realizacji usługi; [...]
- 13) na odrębny wniosek Zamawiającego, do wydzierżawienia pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maks. 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi”.

Zgodnie z § 11 ust. 4 Projektu umowy:

„W wynagrodzeniu określonym w ust. 1, ust 2, ust 3, ust. 4 mieszczą się wszystkie koszty wykonania przedmiotu umowy, w tym m.in. prac porządkowych, oznakowania pojemników

oraz worków na zasadach określonych w SWU, koszty pracy w godzinach nadliczbowych i dni wolne od pracy, opłaty za transport odpadów i ich zagospodarowanie, koszty dowozu pracowników, koszty zmian lokalizacji pojemników, koszty zakupu pojemników do zbiórki odpadów komunalnych i wkładów na zasadach określonych w umowie oraz w SWU, koszty wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki wraz z utrzymaniem pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, koszty związane z dostarczaniem harmonogramów, materiałów informacyjnych, worków przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych w ilości niezbędnej do zapewnienia prawidłowej realizacji usługi, na zasadach określonych w umowie oraz w SWU, koszty wynagrodzeń, koszty utrzymania mienia Wykonawcy i Zamawiającego w stanie wymaganym niniejszą umową oraz SWU, koszty ubezpieczeń pojemników stanowiących własność Wykonawcy, koszty magazynowania pojemników, koszty transportu, koszty naprawy pojemników, zagospodarowania wymienionych trwale uszkodzonych pojemników, koszty związane ze zorganizowaniem mobilnej zbiórki odpadów problemowych przy pomocy SZOP, koszty związane wdrożeniem szczególnego nadzoru nad wskazanymi miejscami gromadzenia odpadów, koszty związane z udostępnieniem i montażem materiałów reklamowych na powierzchni zabudowy pojazdów, koszty związane z wdrożeniem i funkcjonowaniem systemów informatycznych i systemu wizyjnego opisanych w SWU, rozdział XV, rozdział XVII, koszty przygotowania i przeprowadzenia warsztatów edukacyjnych oraz konkursów, o których mowa w SWU, rozdział XXII, itd.”.

Już samo to wyliczenie sugeruje, że koszty szeroko rozumianego zapewnienia worków i pojemników koniecznych do wykonania zamówienia będą stanowić istotne koszty wykonania zamówienia. Co jednak istotne, Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazuje, jaka ilość worków i pojemników będzie ostatecznie wymagana od wykonawcy. W załączniku nr 4 do SWU podana jest wyłącznie Przewidywana liczba pojemników i worków niezbędna do realizacji zamówienia. Sformułowanie „przewidywana” przesądza, że nie jest to ilość z góry założona, niezmienna w toku wykonywania zamówienia, a wyłącznie pewien niewiążący szacunek Zamawiającego. Ryzyko, że „przewidywana” przez Zamawiającego ilość worków lub pojemników będzie niewystarczająca zostało więc w całości przerzucone na wykonawców skradających ofertę, przy czym ryzyko to, o czym szerzej jest istotne. Okoliczność, że ilości podane w załączniku nr 4 do SWU nie są wiążące znajduje potwierdzenie w pozostałych zapisach SWU.

W zakresie worków, w rozdziale II ust. 2 pkt 3 SWU mowa jest o obowiązku sukcesywnego dostarczania właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przy każdym odbiorze w liczbie worków odebranych, począwszy od dnia rozpoczęcia realizacji usługi, w większej liczbie za zgodą

Zamawiającego. Ilość worków, jaką przy takich wymagach SWU ma dostarczyć wykonawca zależy więc od tego, jaka ilość worków zostanie zużyta przez właścicieli nieruchomości.

Z kolei w zakresie pojemników, Zamawiający podaje w rozdziale 11 SWU wyłącznie ogólne wytyczne odnoszące się do wyposażenia nieruchomości w pojemniki, z góry zaznaczając, że wykonawca po zawarciu umowy przeprowadzi konsultacje z właścicielami nieruchomości odnośnie do ich potrzeb i preferencji w zakresie pojemników. Pełne dane co do liczby i pojemności podstawionych pojemników będą znane dopiero po zawarciu umowy i przeprowadzeniu inwentaryzacji, o której mowa w rozdziale XIV ust. 5 SWU. Dane te będą jednak ulegały zmianie w okresie realizacji zamówienia. Zgodnie bowiem z rozdz. II ust. 7 SWU, ponadto w ramach wynagrodzenia Wykonawca zobowiązany jest do:

- 2) wyposażania nieruchomości obsługiwanych w pojemniki i dostarczania worków do gromadzenia odpadów komunalnych w trakcie realizacji usługi, uwzględniając zmiany w liczbach nieruchomości obsługiwanych objętych systemem oraz powstanie nowych ulic/placów;
- 3) ciągłego monitorowania liczby nieruchomości obsługiwanych tak, aby zapewnić wyposażenie ww. nieruchomości w pojemniki oraz dostarczanie worków w liczbie niezbędnej do zapewnienia prawidłowej realizacji usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych przez cały okres trwania umowy, z zastrzeżeniem sytuacji, gdy właściciel nieruchomości posiada już swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia swojej nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy;
- 4) dostarczania na Zlecenie Zamawiającego worków do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych do BOK Zamawiającego WT terminie i liczbie określonej w Zleceniu, [...]
- 6) wyłączenia i włączenia nieruchomości z/do obsługi, zmiany liczby, pojemności pojemników, zmiany częstotliwości odbioru odpadów komunalnych na podstawie odrębnych Zleceń przesyłanych przez Zamawiającego, w terminie określonym w Zleceniu.

Powyższe postanowienie pokazuje, jak wiele zmiennych odnoszących się do ilości wymaganych pojemników może pojawić się w toku wykonywania zamówienia – zmiennych, których wystąpienia wykonawca nie może przewidzieć, a które przy takich zapisach SIWZ jak obecnie będą mieć wpływ na zakres świadczenia wykonawcy bez prawa do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia.

Podobnie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do „dużych” pojemników dedykowanych do zbiórki odpadów wielkogabarytowych i bioodpadów.

Zgodnie z Rozdziałem V ust. 4 SWU, wykonawca zobowiązany jest do dysponowania pojemnikami w liczbie pozwalającej na realizację Zleceń podstawień pojemników w danym dniu, nie mniej niż 20 sztuk.

Zgodnie z Rozdziałem V ust. 6 SWU Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania pojemnikami w liczbie pozwalającej na realizację Zleceń podstawień pojemników w danym dniu, nie mniej niż 40 sztuk.

Co przy tym istotne w postanowieniach odnoszących się do Zleceń podstawienia pojemników, o których mowa, nie ma informacji o liczbie możliwych Zleceń w tym samym czasie, a co za tym idzie to Zamawiający będzie decydował czy danych zleceń będzie odpowiednio 20 lub 40 w danym okresie (a więc Wykonawcy wystarczy minimalna liczba pojemników wskazanych w SWU) czy dwu lub trzykrotnie więcej (co oznacza konieczność zapewnienia większej liczby pojemników). Jeśli do tego uwzględni się okres, na jaki pojemniki są podstawiane oraz krótki termin na realizację takiego Zlecenia, skalkulowanie kosztów zapewnienia takich pojemników staje się jeszcze trudniejsze, a wręcz niemożliwe.

Uzupełniając Odwołujący dodał, że Zamawiający wprowadził także dodatkowy wymóg odnoszący się do pojemników, a mianowicie Zamawiający przewidział możliwość nałożenia na wykonawcę obowiązku wydzierżawienia pojemników wykorzystywanych do realizacji zamówienia na okres do dwóch miesięcy po zakończeniu wykonywania usługi. Zgodnie przy tym z § 11 ust. 4 Projektu umowy: „Wynagrodzenie Wykonawcy za pozostawienie do dyspozycji Zamawiającego w ramach dzierżawy, na zasadach określonych w SWU, pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych (przez okres maks. 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi) stanowi iloczyn ilości tygodni, dzierżawy przez Zamawiającego pojemników oraz stawki za każdy tydzień”.

Wykonawca składając ofertę musi podać stawkę za dzierżawę za 1 tydzień wszystkich pojemników niezbędnych do wykonania usługi nie wiedząc, jakiej liczby pojemników dzierżawa będzie dotyczyła.

Reasumując, Zamawiający nie wskazuje w SIWZ maksymalnej liczby pojemników danego rodzaju (danej pojemności), jaką Wykonawca ma zabezpieczyć na potrzeby realizacji zamówienia (ile pojemników wykonawca musi dostarczyć samodzielnie). Zamawiający, w załączniku nr 4 do SWU, podaje jedynie informację odnośnie tego, jak przewiduje zapotrzebowanie poszczególnych nieruchomości na pojemniki. Informacja taka jest niewystarczająca dla ustalenia, jaką maksymalną liczbę pojemników poszczególnych rodzajów wykonawcy będą musieli zakupić na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie dla ustalenia jakie koszty z tego tytułu poniosą. Ponadto, ta sama argumentacja znajduje zastosowanie w odniesieniu do dzierżawy tych samych pojemników przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi.

Warto przy tym dodać, że mówiąc o kosztach związanych z pojemnikami należy mieć na uwadze nie tylko koszty ich zakupu, ale również koszty ich mycia i dezynfekcji, koszty ich

napraw, ubezpieczenia, dostarczenia do nieruchomości, oznakowania itp. Wszystkie te koszty są pochodną ilości pojemników, jaka będzie potrzebna do wykonania zamówienia. Ilości, która obecnie jest nieznana.

Dodatkowo stan niepewności pogłębia to, że zgodnie z Rozdziałem II ust. 1 pkt 1 SWU, w zakresie ustalenia MGO wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzania konsultacji z właścicielami nieruchomości obsługiwanych w celu pozyskania informacji dotyczących m.in. niezbędnych liczb pojemników i worków. Jednocześnie z SWU wynika, że przy nieruchomościach jednorodzinnych wykonawca będzie dostarczał pojemniki lub worki – te ostatnie w przypadku, gdy nie będzie możliwości wyposażenia nieruchomości w pojemniki o podanych pojemnościach. W tej sytuacji nasuwa się pytanie, w jaki sposób wykonawca jeszcze przed złożeniem ofert ma ustalić, w których nieruchomościach nie ma możliwości podstawienia pojemników? Zamawiający w SIWZ nie odpowiada na to pytanie, uniemożliwiając prawidłową wycenę oferty. Co oczywiste, koszt zapewnienia dla nieruchomości pojemnika (nieznanej jeszcze pojemności) i worka jest skrajnie różny. Wykonawcy, nie znając preferencji czy też możliwości właścicieli nieruchomości i nadto w sytuacji, gdy możliwości te mogą w toku wykonywania zamówienia ulec zmianie, nie ma możliwości ustalić, jakie pojemniki i w jakiej ilości będzie musiał zakupić na potrzeby realizacji zamówienia.

Przyznać należy, że także sam Zamawiający nie ma wiedzy, w jaki sposób będzie zmieniało się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki i worki. Brak wiedzy, a raczej pewności co do tego, jak będzie kształtować się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na pojemniki i worki, nie może jednak stanowić przyzwolenia na przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego związanego z realizacją zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy ze względu na wielkość Sektora, mowa jest tu o bardzo dużych kosztach i ryzyku. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie przewiduje w SIWZ osobnego rozliczenia z wykonawcą za dostawę pojemników – koszty związane z wykonaniem tego zakresu zamówienia, wykonawca musi ująć w kosztorysowych cenach jednostkowych za odbiór odpadów poszczególnych frakcji, które mają obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami. Zamawiający, w § 19 Projektu umowy, nie przewiduje przy tym możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli w toku umowy zmieni się zapotrzebowanie właścicieli nieruchomości na ilość i rodzaj pojemników na odpady. Co potwierdza tezę, że ryzyko gospodarcze, o którym jest tu mowa w całości zostało przerzucone na wykonawcę, co jest rozwiązaniem niedopuszczalnym.

Zarzut nr 4 odnoszący się do kary umownej za nieosiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów

1. Treść SIWZ mająca istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie zarzutu IV

SWU – Rozdział XX pkt 1 ppkt 2 Osiągnięcie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa:

„1.W zakresie poziomów ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz osiagania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpady budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne oraz recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpady budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, Wykonawca ma obowiązek zagospodarować odebrane i zebrane odpady komunalne w sposób zapewniający osiągnięcie rocznych poziomów: [...]

2) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej 50% wagowo za każdy rok w latach 2020-2022, obliczonego zgodnie z poniższym wzorem:

$$P_{pmts} = (Mr_{pmts}/Mw_{pmts}) \times 100\%$$

gdzie:

P_{pmts} – poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, wyrażony w %,

Mr_{pmts} – łączna masa odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, poddana przygotowaniu do ponownego użycia i recyklingowi w okresie, za który jest przedstawiane wyliczenie, wyrażony w Mg,

Mw_{pmts} – łączna masa odebranych odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w okresie, za który przedstawiane jest wyliczenie, wyrażony w Mg”.

§ 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy

„Strony ustalają kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, z następujących tytułów i w wysokościach:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: [...]

- r. za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XX pkt 1 ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U z 2019 r. poz. 1396 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XX pkt 5 ppkt 2).

SWU – Rozdział XX pkt 5 ppkt 2 Osiągnięcie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa

5. Sposób obliczania kar za nieosiągnięcie poziomów:

- 2) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne:

$$W_{K2} = MB1 \times S$$

gdzie:

W_{K2} – wysokość kary wyrażona w zł

MB1 – brakująca masa odpadów komunalnych wymagana do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 2), wyrażona w Mg,

S – stawka opłaty za umieszczenie zmieszanych odpadów komunalnych na składowisko, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2019 r. poz. 1396 ze zm.)”.

SWU – Rozdział III. Odbieranie odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości Obsługiwanych

Do obowiązków Wykonawcy należy:

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

3) kontrolowania zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych względem zapisów Regulaminu,

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

- a) niezwłocznie sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników (zgodnie z Rozdziałem XIV), zgodnie z załącznikiem nr 18 –

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

- b) oznakować pojemnik, w którym stwierdzono niedopełnienie obowiązku wskazanego w ppkt 4), poprzez umieszczenie w widocznym miejscu na pojemniku naklejki wielokrotnego użytku zgodnej z projektem określonym w załączniku nr 6 – Wzór naklejki i ulotki informującej o niewypełnieniu obowiązku selektywnej zbiórki informującej o zaistniałej nieprawidłowości z zastrzeżeniem, że w przypadku nieruchomości jednorodzinnych, Wykonawca zobowiązany jest także do dostarczenia ulotek (sporządzonymi zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 6) bezpośrednio do skrzynek pocztowych znajdujących się na terenie nieruchomości, a w przypadku ich braku, Wykonawca obowiązany jest pozostawić ulotkę w innym miejscu umożliwiającym jej odbiór,
 - c) odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
 - d) usunąć naklejkę, o której mowa w lit. b) podczas odbioru odpadów jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne,
 - e) sporządzić protokół zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 2 – Wzór protokołu stwierdzającego, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zawierający takie informacje jak: adres nieruchomości, zakres stwierdzonych nieprawidłowości, datę stwierdzenia nieprawidłowości, dokumentację fotograficzną (tożsama z fotografiami załączonymi do notatki, o której mowa w pkt 4 ppkt 4) lit. a)) oraz podpis osoby sporządzającej protokół, a następnie:
 - w przypadku nieruchomości jednorodzinnych oraz nieruchomości niezamieszkałych posiadających indywidualne MGO, niniejszy protokół umieścić na wirtualnym dysku (zgodnie z Rozdziałem XVII), w terminie 3 dni roboczych,
 - w przypadku pozostałych nieruchomości, poprzez przesłanie protokołu drogą elektroniczną lub listowną do właściciela nieruchomości (w ciągu 2 dni roboczych od daty wystąpienia nieprawidłowości) oraz umieszczenie na wirtualnym dysku Zamawiającego (zgodnie z Rozdziałem XVII, w terminie 3 dni roboczych,
- 5) Wykonawca zobowiązany jest do posiadania stałego zapasu naklejek pozwalającej na prawidłową realizację przedmiotu usługi.
- 6) w przypadku przepełnienia pojemników przeznaczonych do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów

znajdujących się na terenie nieruchomości niezamieszkałych i mieszanych, Wykonawca ma obowiązek:

- a) sporządzić notatkę w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników zgodnie z załącznikiem nr 18 – Wzory notatek umieszczanych w systemie monitorowania pojazdów i identyfikacji pojemników, [...]”.

Ponadto, do obowiązków wykonawcy należy zgodnie z Rozdziałem XXI SWU edukacja ekologiczna, przy czym wyłącznie w formie warsztatów edukacyjnych dla uczniów szkół podstawowych (klasy 5-7).

2. Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona od udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów

Na wstępie wymaga wyjaśnienia pojęć „recyklingu” i „przygotowania do ponownego użycia”. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2020 r., poz. 797 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”:

pkt 18) ponowne użycie – to działanie polegające na wykorzystywaniu produktów lub części produktów niebędących odpadami ponownie do tego samego celu, do którego były przeznaczone;

pkt 23) recykling – to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do celów wypełniania wyrobisk.

Do tych pojęć odnosi się wymóg z art. 3b Ucpg, przerzucony przez gminę (Zamawiającego) na wykonawcę odbierającego i zagospodarowującego odpady. Powstaje więc pytanie, od jakich czynników zależy osiągnięcie poziomów recyklingu, jak wygląda system gospodarowania odpadami komunalnymi?

W ramach przedmiotu zamówienia (*vide* pkt I SWU) wykonawca ma odebrać, zebrać, transportować i zagospodarować odpady komunalne o kodach wskazanych w SIWZ. Jednakże odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest tylko jednym z elementów składających na możliwość uzyskania poziomów recyklingu (o czym szerzej poniżej).

Szacunkowe ilości odpadów Zamawiający podał w SIWZ – w Załączniku nr II do Formularza oferty. Wynika z niego, że odpady o kodzie 20 03 01 – zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne – stanowią ponad 60% strumienia odpadów

objętych przedmiotem zamówienia, co ma decydujące znaczenie dla osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.

Zgodnie z art. 29a ust. 1 Ustawy podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4. Wykonawca nie ma więc wyboru co do sposobu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych.

Zgodnie z art. 35 ust. 6 Ustawy „Instalacją komunalną” jest instalacja do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca:

- 1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielenie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub
- 2) (uchylony)
- 3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Instalacje do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (dalej także jako „instalacje MBP”) mają zgodnie z art. 35 ust. 6 pkt 1 Ustawy obowiązek wydzielać z tych odpadów odpady nadające się do odzysku. Przez „odzysk”, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 14 Ustawy, rozumie się jednak jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce. Tym samym recykling, o którym mowa w SIWZ, jest rzecz jasna odzyskiem, ale nie odwrotnie – nie każdy proces odzysku (a ustawodawca mówi szeroko o odzysku w odniesieniu do instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych) jest recyklingiem, w szczególności nie jest recyklingiem odzysk energii i ponowne przetwarzanie odpadów na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa. Podkreślenia więc wymaga, że odzysk należy odróżnić od recyklingu, do którego odnoszą się kwestionowane postanowienia SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że odpady surowcowe trafiają do recyklerów, m.in. papierni, hut, które decydują o parametrach jakościowych surowców nadających się do recyklingu. Surowce wtórne odzyskane ze zmieszanych odpadów komunalnych do recyklingu zasadniczo nie nadają się ze względu na stopień ich zanieczyszczenia. Mało tego, jak wynika z Raportu końcowego III etapu ekspertyzy mającej na celu przeprowadzenie badań odpadów w 20 instalacjach do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów (str. 481; Raport wykonany przez prof. dra hab. A. J. i dr. inż. E. d. B. na zlecenie GDOŚ, dostępny pod linkiem <https://sdr.gdos.gov.pl/Documents/GO/Expertvzy/Expertvza%20MBP%20III%20etap%2022-06-2015%20+%20za%20C5%82aczniki.pdf>) skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych jest zmienny, przy czym w odpadach tych jest najwięcej odpadów organicznych oraz papieru, co determinuje zanieczyszczenia odpadów wydzielonych do odzysku w instalacji MBP i w konsekwencji uniemożliwia ich recykling.

W części mechanicznej instalacji MBP, która składa się z sortowni odpadów wyposażonej w system separatorów i sił, przebiega rozdział zmieszanych odpadów komunalnych na następujące, podstawowe strumienie odpadów:

- tzw. frakcję nadsitową (odpady o wielkości ponad 80 mm) – surowce wtórne, paliwo alternatywne (o kodzie 19 12 10), balast po sortowaniu (o kodzie 19 12 12)

oraz

- tzw. frakcję podsitową o kodzie 19 12 12 (odpady o wielkości 0-80 mm),

W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach MBP to odpad o kodzie 19 12 12. a więc odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach MBP ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyciągnąć kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Jak widać bowiem z załączonego schematu, najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy, jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródła” osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych. Szerzej na ten temat poniżej.

Reasumując, wpływ przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych na poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest marginalny. W konsekwencji poziomy recyklingu można osiągnąć jedynie z odpadów zbieranych selektywnie: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, bioodpady, tj. odpadów wymienionych pod poz. 2-4 Zał. II do Formularza oferty.

Omówione powyżej okoliczności faktyczne i prawne mają kluczowy wpływ na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w Postępowaniu. Odwołujący w załączeniu do odwołania przedstawił dwa opracowania.

W pierwszym pn. „Porównanie procentowe udziału poszczególnych strumieni odpadów w przetargach z 2016 r. i 2020 r. (Fabryczna)”, z którego wynika zły stan systemu zbierania odpadów w przedmiotowym sektorze. Po pierwsze, udział zmieszanych odpadów komunalnych w strumieniu odpadów komunalnych spadł z 72% w 2016 r. zaledwie do 60,5% w 2020 r., tj. tylko o 11,5 punktu procentowego, co świadczy o bardzo wolnym tempie poprawy jakości selektywnej zbiórki, które nie pozwala na przyjęcie, że wskaźnik ten znacząco spadnie w toku wykonywania umowy. Po drugie, w przedmiotowym postępowaniu zmieszane odpady komunalne stanowią aż 60.5% całego strumienia odpadów. Odwołujący wskazuje, że tak wysoki wskaźnik znacząco pogarsza możliwość osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu. Udział pozostałych frakcji odpadów w strumieniu przedstawia się następująco:

- Odpady z papieru i tektury – 8,20%,
- Odpady ze szkła – 7,00%,
- Odpady z metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych – 6,95%,
- Bioodpady – 11,36%,
- Odpady wielkogabarytowe – 5,99%.

Wynika stąd, że recykling odpadów z selektywnej zbiórki, nawet bardzo wydajny, przy takim udziale zmieszanych odpadów komunalnych, nie wystarczy do zapewnienia wymaganych w SIWZ poziomów recyklingu, jak prognozuje Odwołujący.

W drugim opracowaniu pn. „Ilości odpadów z Formularza oferty (Załącznik nr II do Formularza oferty, tj. Załącznika nr 1 do SIWZ)” Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wymaga, aby do recyklingu trafiło przynajmniej 50% odpadów, tj. przy uwzględnieniu ilości podanych w SIWZ – 125.821,65 Mg. Z uwagi na fakt, że Odwołujący nie ma wiedzy, jaki przyjąć sposób obliczania osiąganych poziomów recyklingu (o czym szerzej poniżej), przedstawiono dwie prognozy poziomu recyklingu w Postępowaniu, w których uzależniono uzyskany poziom recyklingu od ewentualnego wliczania do recyklingu odpadów poddanych odzyskowi w procesach R3 (Recykling lub regeneracja substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki – w tym kompostowanie i inne biologiczne procesy przekształcania) i RIO (Obróbka na powierzchni ziemi przynosząca korzyści dla rolnictwa lub poprawę stanu środowiska):

- prognozę dot. poziomu recyklingu odpadów, jeśli do recyklingu będą wliczane odpady z procesu R3 – wówczas poziom recyklingu odpadów wydzielonych z odpadów zmieszanych (niesegregowanych) może wynieść maksymalnie 25%.

Taka analiza prowadzi do wniosku, że poziom recyklingu całego strumienia odpadów wyniesie 41,70%, co przekłada się na 5.640.977,85 zł łącznej kary umownej określonej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2 SWU, omówionej poniżej;

- prognozę dot. poziomu recyklingu odpadów, jeśli do recyklingu nie będą wliczane odpady z procesów R3 i R10 – wówczas poziom recyklingu odpadów wydzielonych z odpadów zmieszanych (niesegregowanych) wyniesie wyłącznie 7,9%. Taka analiza prowadzi do wniosku, że poziom recyklingu całego strumienia odpadów wyniesie 19,46%, co przekłada się na 54.721.541,67 zł łącznej kary umownej określonej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2 SWU, omówionej poniżej.

Prognozy te opierają się na ilości odpadów z pominięciem odpadów zbieranych w SZOP i PSZOK, o których mowa w Formularzu oferty. Po doliczeniu tych odpadów prognozy będą jeszcze bardziej niekorzystne w ujęciu możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, biorąc pod uwagę rodzaje odpadów zbieranych w SZOP i PSZOK, głównie odpady wielkogabarytowe nienadające się do recyklingu.

Wobec powyższych danych, w tym konkretnym zamówieniu, osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu przy tak słabej jakości zbiórki odpadów, przeważającym udziale zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów, jest niewykonalne.

3. Okoliczności decydujące o możliwości osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu odpadów

Kwestię tę analizuje dr inż. E. d. B. (adiunkt w Zakładzie Technologii Odpadów i Remediacji Gruntów Politechniki Wrocławskiej, uznany w Polsce autorytet w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi) w Opinii z dnia 18 listopada 2019 r. wydanej na zlecenie Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami:

„Dotychczasowe poziomy recyklingu (do roku 2020) odnosiły się wyłącznie do frakcji surowcowych. Natomiast w ustawie z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454, ze zm.) wymagania w zakresie poziomu recyklingu odpadów komunalnych po raz pierwszy odnoszą się do całego strumienia odpadów komunalnych. Oznacza to, że w roku 2020 zamiast 15,9% (dla terenów wiejskich), 18,2% (dla miast <50 tys. mieszkańców) i 24,65% (dla miast >50 tys. mieszkańców) strumienia odpadów komunalnych, co wynika z dotychczas wymaganych poziomów recyklingu surowców i ogólnopolskich wskaźników zawartości surowców w odpadach – do recyklingu powinno trafić 50% całego strumienia odpadów komunalnych.

Jest to więc ponad dwukrotny wzrost poziomów, których osiągnięcie już w obecnej postaci jest niemożliwe w wielu gminach. [...]

Gmina jest podstawowym podmiotem odpowiedzialnym za omówienie i sposób prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, co z kolei bezpośrednio przekłada się na osiągnięte efekty selektywnej zbiórki i recyklingu. Tymczasem większość gmin usiłuje scedować odpowiedzialność za osiągnięcie wymaganych poziomów na wykonawców usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, wprowadzając odpowiednie zapisy do dokumentacji przetargowej[...].

Z Opinii wynika, że osiągnięcie poziomów recyklingu odpadów zależy od wielu aspektów organizacyjno-rynkowych, z których „większość znajduje się poza kontrolą wykonawcy usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych”. Do najważniejszych Autorka zalicza:

1. poziom selektywnej zbiórki odpadów oraz jakość selektywnie zebranych surowców - z punktu widzenia recyklerów (nabywców) – który z kolei zależy od dostępnej infrastruktury, edukacji społeczeństwa, zachęt ekonomicznych i skutecznych mechanizmów kontroli – które wszystkie są zależne od gminy;
2. możliwość uzupełnienia selektywnie zbieranych surowców przez surowce wydzielane z odpadów zmieszanych oraz znalezienia rynków zbytu dla tych surowców niższej jakości – decydująca dla możliwości uzyskania wyższego poziomu recyklingu jest jakość odpadów „na wejściu” do instalacji, która jest niezależna od wykonawcy,
3. obecność rynków zbytu dla wszystkich surowców selektywnie zbieranych – wykonawca nie ma wpływu na nadpodaż odpadów (zwłaszcza z tworzyw sztucznych) i w konsekwencji na brak możliwości przekazania odpadów do recyklingu.

Istota problemu dotyczy wpływu dużego udziału zmieszanych odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów na poziomy recyklingu, o czym mowa powyżej. W przypadku, gdyby w strumieniu odpadów znajdowała się znaczna ilość odpadów zebranych selektywnie, z podziałem na frakcje, wówczas odpady te zostałyby łatwiej przyjęte przez recyklera, który ma określone standardy jakości przyjmowanych odpadów. Co oczywiste, recykling odpadów wysortowanych następczo ze strumienia odpadów zmieszanych wiąże się z zanieczyszczeniem odpadów i trudnościami technologicznymi - w przypadku np. papieru recykling jest wręcz niemożliwy. Jak wynika ze standardów jakościowych papieru do recyklingu określonych przez największych recyklerów: Stora Enso Poland S.A. i Schumacher Packaging Zakład Grudziądz sp. z o.o., w ogóle nie przyjmuje się do recyklingu papieru

pochodzącego ze zmieszanych odpadów komunalnych. Papiernie nie przyjmują zanieczyszczonego najczęściej resztkami żywności papieru do recyklingu, a taki właśnie papier znajduje się w zmieszanych odpadach komunalnych.

Taka sytuacja przekłada się na ilość odpadów nadających się do recyklingu ze zmieszanych odpadów komunalnych: są to szczątkowe ilości, nieprzekraczające maksymalnie kilku procent całego strumienia zmieszanych odpadów „na wejściu”. Odwołujący, mając instalację MBP na wysokim poziomie, poddaje recyklingowi obecnie 7,91% odpadów wysortowanych z odpadów zmieszanych (niesegregowanych) i nawet przy założeniu znaczącego wzrostu w tym zakresie nie będzie możliwym osiągnięcie poziomów recyklingu w stopniu oczekiwanym przez Zamawiającego. Poziom recyklingu odpadów wydzielonych ze strumienia odpadów zmieszanych jest Zamawiającemu znany, wynika bowiem ze sprawozdań składanych Zamawiającemu przez Odwołującego i inne podmioty odbierające odpady z Wrocławia.

Faktem notoryjnym jest wpływ chińskiego embarga na odpady na sytuację gospodarki odpadami surowcowymi także w Polsce. Trafnie ujął to A. K. G. z Instytutu Gospodarki o Obiegu Zamkniętym: „Powiedzmy sobie, że to, co się dzieje na tym rynku, nie jest takie proste, że zależy nie tylko od nas i naszych chęci, ale od wielu czynników. Dzisiaj podstawowym problemem jest to, że mamy chińską blokadę na przyjmowanie odpadów z tworzyw sztucznych, a Chiny przejmowały nawet 40 proc. europejskiego rynku. Jak te 40 proc. zostanie w Europie, to zakłady recyklingu się „zatkają” nie będą w stanie tego w całości przetworzyć. Bada więc przyjmować jedynie towar dobry, czysty, posegregowany” (<https://www.portalsamorzadowy.pl/gospodarka-komunalna/gminy-maja-problem-zeby-sprzedac-odzyskane-surowce,102308.html>). Innymi słowy, zakłady recyklingu są co najwyżej zainteresowane odbiorem odpadów surowcowych pochodzących z przetworzenia odpadów z selektywnej zbiórki, tj. odpadami wymienionym pod poz. 2-4 Zał. OO do Formularza oferty.

W konsekwencji, to od jakości systemu zbierania odpadów komunalnych „u źródła” (przede wszystkim u mieszkańców) zależy możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu odpadów – i im większy jest udział odpadów zebranych selektywnie, tym bardziej możliwe jest osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Powstaje zatem pytanie, kto ma kompetencje, narzędzia i wpływ na efektywność w zakresie zbierania odpadów komunalnych?

4. System gospodarowania odpadami w gminie kształtuje Zamawiający

Na podstawie art. 6c ust. 1 UcpG to Zamawiający (gmina) jest zobowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zgodnie z art. 4 UcpG to rada gminy uchwała regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, który jest podstawowym aktem prawnym określającym

sposób gospodarowania odpadami w gminie. Dalej w art. 4 Ucpg ustawodawca wskazuje na elementy określone w regulaminie, m.in.:

- wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmującego co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających selektywnej zbiórce);
- wymagania w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania; odpadów komunalnych (PSZOK), które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych powyżej, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży (określenie „co najmniej” wskazuje, że gmina ma pełną swobodę w ustaleniu większej liczby frakcji podlegających zbieraniu odpadów w PSZOK);
Powyższe (oba punkty) potwierdza art. 4 ust. 2a Ucpg, zgodnie z którym rada gminy może w regulaminie wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b Ucpg (tj. na więcej frakcji) oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów;
- rodzaj i minimalną pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, przy uwzględnieniu: średniej ilości odpadów komunalnych wytwarzanych w gospodarstwach domowych bądź w innych źródłach, liczby osób korzystających z tych pojemników lub worków; innych wymagań wynikających z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami – katalog otwarty.

Zgodnie z art. 9u Ucpg to gmina sprawuje kontrolę przestrzegania i stosowania przepisów ustawy. Na podstawie art. 6k ust. 3 Ucpg to rada gminy określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami komunalnymi, jeżeli właściciel nieruchomości nie wypełnia obowiązku zbierania odpadów komunalnych w sposób selektywny, w wysokości nie

niższej niż dwukrotna wysokość i nie wyższej niż czterokrotna wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Na podstawie art. 6k Ucpg to rada gminy ustala stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym odpadami komunalnymi zbieranymi i odbieranymi w sposób selektywny. Innymi słowy, to wyłącznie w rękach gminy są ekonomiczne zachęty do selektywnej zbiórki odpadów, m.in, poprzez „kary finansowe” dla mieszkańców za brak selektywnej zbiórki (opłata podwyższona za gospodarowanie odpadami).

Z powyższego wynika, że to Zamawiający (gmina) jest podmiotem pierwotnie odpowiedzialnym za gospodarowanie odpadami na terenie gminy, tj. za zasady selektywnej zbiórki odpadów i ich egzekwowanie, i ma w tym zakresie kompetencje prawodawcze. Ponadto, na Zamawiającym ciąży również odpowiedzialność wtórna – związana ze szczegółowym określeniem warunków niniejszego postępowania, w ramach którego wykonawca wykonuje usługę w ściśle określony przez Zamawiającego sposób. Przytoczona argumentacja potwierdza zasadność zarzutów Odwołującego, ponieważ wykonawca ma jedynie ograniczony wpływ na osiągnięcie poziomów odzysku, a decydujące w tym zakresie narzędzia są w rękach Zamawiającego (gminy), m.in. utworzenie odpowiedniego systemu gospodarowania odpadami, sankcje związane z brakiem selektywnej zbiórki, narzędzia ekonomiczne (niższa opłata za gospodarowanie odpadów dla mieszkańców prowadzących selektywną zbiórkę odpadów).

Powyższe stanowisko znajduje wyraźne uzasadnienie w zakresie obowiązków wykonawcy wynikających z SIWZ:

- w razie stwierdzenia przez wykonawcę, że mieszkaniec nienależycie zbiera odpady, naruszając zasady selektywnej zbiórki obowiązujące w gminie, wykonawca poprzez naklejkę daje mieszkańcowi ostrzeżenie i informuje o tym fakcie Zamawiającego! A następnie odbiera przedmiotowe odpady jako odpady zmieszane! Gdy tymczasem odpady zmieszane mają, jak wynika z powyższych rozważań, fatalny wpływ na możliwość osiągnięcia poziomów recyklingu;
- edukacja, jaką ma przeprowadzać wykonawca, dot. zbierania odpadów przez mieszkańców jest ograniczona do uczniów szkół podstawowych.

Jak zatem wykonawca może realnie wpłynąć na poprawę selektywnej zbiórki odpadów „u źródła”, co ma decydujący wpływ na poziomy recyklingu, jeżeli obowiązki (możliwości) wykonawcy w tym zakresie wynikające z SIWZ i przepisów prawa ograniczone są do kierowania mieszkańców odpowiednich ostrzeżeń i informowania Zamawiającego?!

Odwołującemu znana jest linia orzecznicza Izby, zgodnie z którą niewątpliwie Zamawiający ma możliwość nałożenia na wykonawców wyłonionych w toku procedur

o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu. Nie można jednak zgodzić się z sytuacją, gdy na wykonawcę przenosi się cały zakres tej odpowiedzialności. Skład orzekający w tej sprawie powinien zwrócić uwagę na zmiany prawne (nowelizacja art. 3b Ucpg – brak rozporządzenia wykonawczego, o czym poniżej, jak i organizację systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, gdzie to gmina jest wyposażona w narzędzia poprawiające jakość selektywnej zbiórki odpadów komunalnych przez mieszkańców, która ma kluczowe znaczenie dla osiągniętych poziomów odzysku. Stąd tak istotne jest ponowne pochylenie się nad systemowym problemem przerzucenia całego ryzyka z tym związanego na wykonawcę.

Udział gminy w osiągnięciu wymaganych poziomów recyklingu wykracza dalece poza funkcję „pośrednią”, gdzie rola gminy sprawdzałaby się wyłącznie do obowiązku udzielenia zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Faktem jest, że to nie Zamawiający odbiera odpady, ale odbiór odpadów to prosta czynność faktyczna (w uproszczeniu zabranie worka spod drzwi, opróżnienie pojemnika stojącego na nieruchomości), przy czym, jak wynika z odwołania, recykling odpadów zależy w pierwszym rzędzie od jakości odpadów zebranych, zgromadzonych przez mieszkańców. Jak ma to zmienić wykonawca? Jego wpływ w świetle SIWZ ogranicza się wszakże do ostrzegania mieszkańców „źle sortujesz” i informowania Zamawiającego o tym. Jak zatem nawet najbardziej prawidłowy odbiór odpadów przez wykonawcę ma się do poziomów recyklingu? W żaden sposób.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że samo tylko prawidłowe przeprowadzenie odbioru odnosi się do osiągnięcia celu przedmiotowej umowy (poziomów recyklingu). To Zamawiający określa system gospodarowania odpadami w swojej gminie, który stanowi system naczyń połączonych, gdzie od wykonawcy zależy tylko niewielki zakres okoliczności, od których zależą osiągnięte na końcu poziomy recyklingu. Kluczowe dla efektu końcowego są bowiem kształt systemu gospodarowania odpadami ustalony w zgodzie z obowiązującymi przepisami przez Zamawiającego oraz jakość selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez mieszkańców, na którą wykonawca ma znikomy wpływ.

5. Kary umowne za nieosiągnięcie przez Gminę (Zamawiającego) wymaganych poziomów recyklingu określone w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2

Zdaniem Odwołującego, wpływ na poziomy recyklingu odpadów, uzależnione jest przede wszystkim od sposobu zbierania odpadów przez mieszkańców. Jednak Odwołujący nie domaga się zdjęcia z siebie jakiegokolwiek odpowiedzialności z tytułu nałożonego obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, ale wprowadzenia do SIWZ postanowień regulujących

kwestie z podziałem odpowiedzialności z tego tytułu* pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Na tej zasadzie wysokość kary umownej określonej § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r) Projektu umowy oraz Rozdziału XX pkt 1 ppkt 2 SWU nie powinna przekroczyć maksymalnie 50% kary pieniężnej nałożonej na Zamawiającego za ewentualnie nieosiągnięcie poziomów recyklingu na podstawie art. 9z Ucpq.

Z natury stosunku prawnego – umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 Kc, która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy. Taki zapis SIWZ narusza więc, w ocenie Odwołującego, przepis art. 353¹ Kc. Jak wynika bowiem z powyższych rozważań, nie sposób uzyskać poziomów recyklingu przy tak dużej ilości zmieszanych odpadów komunalnych, a w tej sprawie jest ich ponad 60% całego strumienia. To obrazuje, jak fatalna jest we Wrocławiu selektywna zbiórka, a na jej poprawę wpływ ma Zamawiający. Gdyby nawet przyjąć, że zastrzeżenie umowne osiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu jest określeniem jego świadczenia, za niewykonanie którego ponosi odpowiedzialność, nie można pominąć dla określenia poziomu odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie tego świadczenia, obowiązków Zamawiającego w tym zakresie, opisanych powyżej.

Zamawiający jako wierzyciel ma obowiązek lojalnego współdziałania z wykonawcą w celu osiągnięcia celu umowy – tu: wymaganych poziomów recyklingu odpadów. Zatem, Zamawiający nie może scedować całej odpowiedzialności za nieosiągnięcie tego celu na wykonawcę. Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie w zasadach kodeksu cywilnego wyrażonych w art. 354 § 1 i 2 Kc.

Kary umowne nie mogą obejmować całej nałożonej na Zamawiającego kary pieniężnej w trybie art. 9z Ucpq, ponieważ to od współdziałania po stronie wierzyciela (Zamawiającego) zależą osiągnięte poziomy recyklingu odpadów.

6. Opis przedmiotu zamówienia, wobec zmiany przepisów dot. obliczania poziomów recyklingu, narusza art. 29 Pzp w zw. z art. 6d Ucpq

Jak wskazano wcześniej, na podstawie opracowania Odwołującego pn.: „Ilości odpadów z Formularza oferty (Załącznik nr II do Formularza oferty, tj. Załącznika nr 1 do SIWZ)”, prognozowana przez Odwołującego wysokość kar umownych waha się w przedziale od 5.640.977,85 zł do 54.721.541,67 zł, ponieważ Odwołujący nie ma wiedzy, jaki przyjąć sposób obliczania osiąganych poziomów recyklingu, z uwagi na zmiany w przepisach.

W tym miejscu należy krótko odnieść się do stanu prawnego w ujęciu historycznym, tj. sprzed 1 stycznia 2020 r. – obowiązujący wówczas art. 3b Ucpq stanowił:

1. Gminy są obowiązane osiągnąć do dnia 31 grudnia 2020 r.:
 - 1) poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości co najmniej 50% wagowo;
 - 2) poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo.
2. Minister właściwy do spraw środowiska określi, w drodze rozporządzenia:
 - 1) poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, które gmina jest obowiązana osiągnąć w poszczególnych latach, uwzględniając potrzebę osiągnięcia poziomów określonych w ust. 1;
 - 2) sposób obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania ich osiągnięcia przez każdą gminę.

Zatem przed 1 stycznia 2020 r. osiągnięty poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących odpadów komunalnych odnosił się do wskazanych frakcji (papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła). Do tej regulacji ustawowej wciąż obowiązuje rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 26 lipca 2018 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych i zebranych odpadach komunalnych, odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi (Dz.U. z 2018 r., poz. 1627), które określa w § 3: 1. Poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła oblicza się na podstawie wzoru:

$$P_{pmts} = (Mr_{pmts}/Mw_{pmts}) \times 100\%$$

gdzie:

P_{pmts} – poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła wyrażony w %,

Mr_{pmts} – łączna masa odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła 2 poddanych recyklingowi i przygotowanych do ponownego użycia, pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, wyrażona w Mg,

Mw_{pmts} – łączna masa wytworzonych odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła, pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, wyrażona w Mg, obliczana na podstawie wzoru[...].

Powyższe rozporządzenie nie odpowiada już ani nowemu stanowi prawnemu wynikającemu z art. 3b Ucpg ani treści SIWZ w niniejszym postępowaniu. Obecnie bowiem

poziomy recyklingu nie odnoszą się już do czterech frakcji. lecz całego strumienia odpadów. Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1579 ze zm., dalej: „Nowelizacja Ucpg”) nadała nowe brzmienie art. 3b Ucpg:

1. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej:
 - 1) 50% wagowo – za każdy rok w latach 2020-2024;
 - 2) 55% wagowo – za każdy rok w latach 2025-2029;
 - 3) 60% wagowo – za każdy rok w latach 2030-2034;
 - 4) 65% wagowo – za 2035 r. i za każdy kolejny rok.
2. Gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w wysokości co najmniej 70% wagowo rocznie.
3. Minister właściwy do spraw klimatu określi, w drodze rozporządzenia, sposób obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, o których mowa w ust. 1 i 2, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania ich osiągnięcia przez każdą gminę.

Zgodnie z uzasadnieniem projektu Nowelizacji Ucpg (Druk nr 3495, Sejm VIII Kadencji): „Zaproponowano nowe brzmienie art. 3b ust. 1 dotyczące obowiązku osiągnięcia przez gminy odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w latach wymienionych w punktach 1-4. Proponowana modyfikacja ma na celu zmianę sposobu liczenia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych. Dotychczasowe przepisy wymagały, aby poziom ten był liczony w stosunku do 4 frakcji odpadów komunalnych, tj. papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło”. Powyższe stanowi dostosowanie krajowego porządku prawnego do wymogów UE (Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2019/1004 z dnia 7 czerwca 2019 r. określająca zasady obliczania, weryfikacji i zgłaszania danych dotyczących odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE oraz uchylająca decyzję wykonawczą Komisji C (2012) 2384).

Do dnia dzisiejszego Minister właściwy do spraw klimatu nie wydał nowego rozporządzenia wykonawczego (nie jest znany nawet projektu takiego aktu), odpowiadającego nowemu brzmieniu art. 3b Ucpg. Nie jest więc znany sposób obliczenia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, o których mowa w art. 3b

ust. 1 i 2 Ucpq, tj. w odniesieniu do całego strumienia odpadów (a nie tylko do czterech frakcji). Powyższe uniemożliwia wykonawcy m.in. ustalenie, jakie elementy będą uwzględniane przy obliczaniu poziomów. Przykładowo wykonawcy nie jest wiadome, a Zamawiający nie dookreślił tego w SIWZ, czy do poziomów recyklingu będą wliczane odpady zbierane i zagospodarowywane przez właścicieli nieruchomości jednorodzinnych w przydomowych kompostownikach. Wykonawca nie ma także wiedzy, czy do obliczania poziomów recyklingu będą wliczane odpady przetworzone w procesie R3 (Recykling lub regeneracja substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki – w tym kompostowanie i inne biologiczne procesy przekształcania) lub RIO (Obróbka na powierzchni ziemi przynosząca korzyści dla rolnictwa lub poprawę stanu środowiska).

Konsekwencją braku możliwości ustalenia masy odpadów, która zapewni osiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, jest brak możliwości ustalenia wartości ewentualnych kar umownych, a więc i prawidłowego ustalenia ceny oferty. Świadczy to również o niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższa zmiana przepisów jest komentowana w prasie jako budząca wątpliwości: „Obecnie samorządy biorą pod uwagę strumień odpadów zebranych selektywnie: papier, szkło, metal i tworzywa sztuczne. Recykling jest liczony w odniesieniu do tej masy. [...] Po zmianie re cyklinę ma być mierzony od całej masy zebranych odpadów komunalnych, i to wytworzonych w całym roku. Bedzie się do nieco zaliczać materiał. który faktycznie zostanie przetworzony. naprawiony lub przygotowany tak, że możliwe będzie jego ponowne utycie. Sortowanie już nie wystarczy, by uznać, że odpady poddano recyklingowi I chociaż art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. 2 2019 r. poz. 2010) określa, że gminy mają osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia w odniesieniu do całego strumienia odpadów komunalnych już od 1 stycznia 2020 r., to wciąż nie ma rozporządzenia, które określałoby, jak dokładnie mają to robić. — Może się wiec okazać, że choć dyspozycja w ustawie jest, poziomy selektywnej zbiórki będą liczone po staremu. Jeśli rozporządzenie się nie pojawi, zdecydują o tym urzędnicy wojewódzkich inspektoratów ochrony środowiska (WIOS) – tłumaczy dr M. G. z SGH [...] P. G., ekspert Towarzystwa na rzecz Ziemi, podkreśla, że 50-proc. Poziom recyklingu w 2020 r. mógłby być liczony różnymi metodami i wzorami – W przyszłym roku mógłby obowiązywać jeszcze stary wzór. Ewentualne kary nałożą WIOS po przesłaniu decyzji przez marszałka województwa [...] według części ekspertów o osiągnięciu wymaganych poziomów recyklingu i ich obliczaniu według nowego wzoru można myśleć dopiero w 2021 r. Przyszły rok będzie według nich rokiem testów nowych rozwiązań wprowadzonych znowelizowaną ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Gminy muszą zmienić uchwały i wdrożyć rozwiązania, które

mała podnieść jakość selektywnej zbiórki u źródła (K. Nocuń, Obliczenie recyklingu nową metodą realne dopiero w 2021 r., artykuł z dnia 6 listopada 2019 r. <https://serwis.gazetaprawna.pl/ekologia/artykuly/1438262.nowa-metoda-recyklingu-2021r.html>).

Wynika stąd, że wobec obowiązywania nowego brzmienia art. 3b UcpG i w związku z brakiem rozporządzenia wykonawczego, nawet sam Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, jak uregulowany zostanie sposób obliczania poziomów recyklingu. Powoduje to niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który utrudnia wykonawcom złożenie prawidłowo wycenionej oferty. Ale obecna sytuacja prawna tym bardziej uniemożliwia przerzucenie wszystkich ryzyk na wykonawcę związanych z osiągnięciem poziomów recyklingu. Tymczasem, jak wynika z odwołania, przerzucenie na wykonawcę wyłącznej odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów recyklingu nie ma odzwierciedlenia w podziale odpowiedzialności, kompetencji, narzędzi i wpływu wykonawcy i Zamawiającego na uzyskanie poziomu recyklingu, tym bardziej biorąc pod uwagę nieustalony jeszcze sposób jego obliczania.

Wykonawca nie ma możliwości obiektywnego i racjonalnego określenia zakresu i stopnia ryzyk, które powinien wycenić, składając ofertę w niniejszym postępowaniu, jakie powinien uwzględnić, kreując ofertę na potrzeby postępowania. Każdy z wykonawców może inaczej identyfikować i kalkulować te ryzyka kontraktowe, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp. W efekcie złożone oferty będą nieporównywalne. Zamawiający musi liczyć się także z „przeszacowaniem” cen ofertowych, które muszą uwzględnić tak znaczne ryzyko. Nadmierne obarczanie wykonawcy ryzykiem kontaktowym prowadzi do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut nr I z *petitum* odwołania, natomiast Odwołujący na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy cofnął zarzuty nr II i III.

W zakresie zarzutu nr IV Zamawiający przedstawił następujące stanowisko.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że KIO, potwierdzając dotychczasowe i ugruntowane już orzecznictwo, wyrokiem z dnia 3 czerwca 2020 r. w sprawach o sygn. akt KIO 401/20 i KIO 403/20, dotyczącym analogicznego zamówienia udzielanego przez Zamawiającego (Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto), nie uznało zarzutów innego wykonawcy (zbieżnych z argumentacją Odwołującego),

kwestionujących dopuszczalność obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za osiągnięcie określonych poziomów zagospodarowywania odpadów komunalnych.

Następnie Zamawiający podał, że Nowelizacja Ucpg wprowadziła m.in.:

1. bezwzględny obowiązek selektywnego zbierania odpadów przez wszystkich właścicieli nieruchomości (art. 5 ust. 1 pkt 3 Ucpg), co bezsprzecznie wpłynie na jakość odbieranych odpadów oraz zwiększenie strumienia selektywnie zbieranych odpadów, a co z kolei znacząco ułatwi osiągnięcie wymaganych poziomów; wprowadzenie bezwzględnego obowiązku selektywnego zbierania odpadów postawi również w zmienionym świetle dotychczasowe dane i analizy dotyczące jakości i morfologii odbieranych odpadów komunalnych formułowane na gruncie systemu dopuszczającego nieselektywne zbierania odpadów;
2. obowiązek wprowadzenia przez gminy stawki podwyższonej co najmniej w wysokości dwukrotności stawki podstawowej (art. 6k ust. 3 Ucpg) i jej nakładania w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązku selektywnego zbierania odpadów (art. 6ka ust. 3 Ucpg);
3. obowiązek kontroli przez podmioty odbierające odpady komunalne właścicieli nieruchomości w zakresie prawidłowego selektywnego zbierania odpadów i powiadamiania właściwego organu podatkowego o zidentyfikowanych nieprawidłowościach (art. 6ka ust. 1 Ucpg);
4. zniesienie regionalizacji w zakresie zagospodarowywania odpadów, co ułatwi wykonawcom poszukiwanie optymalnych, technologicznie zaawansowanych instalacji zagospodarowujących odpady (zastąpienie RIPOK instalacjami komunalnymi).

W tym kontekście zmiany w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i związana z nimi kampania informacyjna dotycząca obowiązku selektywnego zbierania odpadów oraz kar za jego naruszenia stanowi w świadomości społecznej istotną zmianę w zakresie postrzegania obowiązków dotyczących odpadów, która już wpływa i wpływać będzie w większym stopniu na strukturę i jakość odbieranych odpadów.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących argumentów o tym, że ustawodawca oraz Zamawiający wyznaczyli mu wyłącznie bierną rolę w systemie gospodarowania odpadami komunalnymi, zredukowaną w istocie do prostej czynności „zabrania worka spod drzwi” i „opróżnienia pojemnika stojącego na nieruchomości”. Jest wręcz przeciwnie – to podmiot odbierający odpady komunalne jest najważniejszym strażnikiem prawidłowego zbierania odpadów komunalnych. Żaden przepis ustawy, regulaminu utrzymania czystości i porządku nie ma mocy sprawczej i nie zastąpi niesłusznie

dyskredytowanego przez Odwołującego „działania w terenie” i kontrolowania sposobu zbierania odpadów. Tym samym dotychczasowe orzecznictwo KIO zachowuje pełną aktualność, a ostatecznie zmiany w prawie tylko i wyłącznie potwierdzają i stabilizują jego trafność.

Fundamentalnym wręcz argumentem Odwołującego jest następującego rodzaju twierdzenie: skoro wykonawca nie ma wpływu na organizację, działanie i efektywność gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, nie może odpowiadać za osiągnięcia wymaganych przez Zamawiającego poziomów zagospodarowania odpadów. Twierdzenie to opiera się na dwóch fałszywych założeniach. Otóż:

1. nieprawdą jest, że odpowiedzialność za osiągnięcie określonych poziomów zagospodarowania odpadów komunalnych jest uwarunkowana posiadaniem wpływu na organizację, działanie i efektywność gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi; założenie to w prosty sposób obala ustawodawca; zgodnie z art. 9g Ucpg podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania określonych w art. 3b ust. 1 i 2 oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 3c ust. 2; natomiast zgodnie z art. 9x ust. 2 przedsiębiorca odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, kłóć nie wykonuje obowiązku określonego w art. 9g – podlega karze pieniężnej, obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu: (1) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami; (2) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, a karę pieniężną, o której mowa w ust. 2, oblicza się jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania; przepis ten nakłada na podmiot odbierający odpady komunalne odpowiedzialność ukształtowaną w dokładnie taki sam sposób jak odpowiedzialność gminy, przy czym podmiot taki znajduje się w analogicznej sytuacji, co Odwołujący (tj. nie jest organizatorem systemu zbierania odpadów);

dotychczas, podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości nie może oczekiwać nałożenia na właściciela nieruchomości, który nie jest objęty gminnym systemem, opłaty podwyższonej za nieselektywne zbieranie odpadów; inaczej rzecz ujmując, z Ucpg jasno i wyraźnie wynika: odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów zagospodarowania odpadów komunalnych nie jest uzależniona ani nawet związana z wpływem podmiotu odbierającego odpady komunalne na organizację systemu zbierania odpadów; skoro odpowiedzialność taką może ponosić w stosunku do odebranych przez siebie odpadów podmiot odbierający odpady na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, to tym bardziej odpowiedzialność taką winien ponosić wykonawca realizujący zamówienie kompleksowo w imieniu gminy;

2. nieprawdą jest, że wykonawca nie posiada wpływu na działanie i efektywność gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi; Odwołujący (zapewne celowo, mając na względzie określoną strategię procesową) w radykalnie uproszczony sposób zredukował swoją rolę w procesie odbierania i zagospodarowywania odpadów, sugerując, że jej wyłączną rolą jest wykonywanie prostych czynności technicznych, polegających na załadunku odpadów i ich przekazania innemu podmiotowi; tymczasem na mocy Ucpg podmiot odbierający odpady komunalne obowiązany jest reagować w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów przez właściciela nieruchomości (art. 6ka ust. 1); wykonawca, wiedząc, że naruszenie regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminach stanowi ma również pełne prawo inicjować postępowanie zmierzające do ukarania właściciela nieruchomości; tym samym presja moralno-społeczna związana ze świadomością właściciela nieruchomości, że jest rzeczywiście (a nie tylko potencjalnie) kontrolowany przez podmiot odbierający odpady komunalne oraz ryzyko finansowych i penalnych skutków naruszenia obowiązku selektywnego zbierania odpadów znacząco może wpłynąć na jakość odbieranych odpadów; wbrew twierdzeniom Odwołującego, to właśnie podmiot odbierający odpady komunalne działa na kluczowym odcinku, w którym powinno dochodzić do kontroli właściciela nieruchomości, no bo gdzie indziej i w jaki sposób sprawdzić, czy właściciel nieruchomości prawidłowo zbiera odpady; podmiot odbierający odpady komunalne ma ku temu najlepszą sposobność, możliwości techniczne oraz – na co należy liczyć – specjalistyczną wiedzę; innym kluczowym aspektem możliwości oddziaływania na efektywność gminnego systemu gospodarowania odpadami jest kierowanie poszczególnych części strumienia odpadów komunalnych do wybranych przez Odwołującego instalacji komunalnych; w tym kontekście Odwołujący dysponuje znaczącym wpływem na jakość

i efektywność zagospodarowywania odpadów, albowiem ma prawo kierować odpady do instalacji oferujących optymalne i adekwatne do potrzeb technologie.

Podsumowując, w świetle założeń prawodawcy wystarczającym warunkiem ponoszenia odpowiedzialności za nieosiągnięcie poziomów zagospodarowania odpadów jest bycie podmiotem odbierającym odpady komunalne. Zamawiający ma więc pełne prawo domagać się od Odwołującego ponoszenia takiej odpowiedzialności. Dodatkowo Odwołujący posiada możliwość decydowania o instalacji, do której skierowane zostaną odpady, co stanowi jeden z podstawowych czynników wyznaczających jakość i poziom zagospodarowania odpadów komunalnych. Zamawiający wcale nie przeczy temu, że wpływ na poziom zagospodarowania odpadów komunalnych posiada wiele czynników, takich jak prawodawstwo unijne, krajowe i lokalne, stopień edukacji i respektowania przepisów przez mieszkańców, niemniej jednak nie przesądza to w ogóle o racji Odwołującego. Twierdzenia zaś Odwołującego o sprawczej wręcz roli gminy z jednej i niemocy Odwołującego są nie tylko radykalnie przerysowane, ale kontrfaktyczne.

W zakresie możliwości uzyskania określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że osiągnięcie przedmiotowego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia jest niemożliwe.

Odwołujący koncentruje się przy tym na strumieniu odpadów zmieszanych, tworząc mylne wrażenie, że jej pesymistyczne prognozy dotyczą całego strumienia odpadów komunalnych, gdy tymczasem przedstawiane założenia i prognozy dotyczą wprost jedynie strumienia odpadów zmieszanych. W pozostałym zakresie założenia obliczeniowe są ukryte.

Odwołujący nie przedstawia przy tym wyliczeń i dowodów wskazujących na to, że nie jest możliwe osiągnięcie wymaganych poziomów w odniesieniu do całego strumienia odpadów komunalnych. Inaczej rzecz ujmując Odwołujący wskazując na znaczącą ilość odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów oraz relatywnie niski potencjał odpadów nadających się do recyklingu (według założeń Odwołującego maksymalny poziom to 25%), pomija pozostały i istotny w tym względzie strumień odpadów selektywnie zbieranych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący milcząco zakłada określone poziomy selektywnie zbieranych odpadów. Otóż Odwołujący zakłada, że możliwy do osiągnięcia poziom recyklingu całego strumienia odpadów (przy założeniu, że poziom recyklingu odpadów wydzielonych z odpadów zmieszanych wyniesie 25%) to 41,70% co oznacza 104 935,25 ton odpadów poddany recyklingowi. Prognoza taka zakłada zatem, że z odpadów zmieszanych do recyklingu trafi 38055,45 ton odpadów, zaś ze strumienia odpadów selektywnie zebranych 66879,8 ton odpadów. Prognoza ta zakłada jednocześnie, że poziom recyklingu w odniesieniu do strumienia selektywnego wyniesie 67,26 % (Odwołujący w obliczeniach zakłada, że cały

strumień to 251.643,3 ton, odpady zmieszane to 152.221,8 ton, a odpady selektywnie zebrane to 99.421,5). Odwołujący nie wskazuje jednak już, że nie jest możliwe osiągnięcie wyższego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia w stosunku do odpadów selektywnie zebranych, aniżeli ten milcząco przez Odwołującego założony. Pomija również możliwość osiągnięcia wysokiego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia bioodpadów. Tymczasem rzeczywiste praktyki zagospodarowywania odpadów pochodzących z terenu gminy Wrocław, wskazują, że recyklingowi poddaje się nawet 100% tych odpadów, a ich ilość w całym strumieniu odpadów jest znacząca.

Zamawiający wyjaśnił, że w świetle badań morfologicznych odpadów pochodzących z gminy Wrocław odsetek wysortowanych surowców ze strumienia odpadów zmieszanych może wynosić nawet 26,2% (dowód zostanie przedstawiony na rozprawie). Badania te znajdują odzwierciedlenie w bieżącej działalności wykonawców. Wyniki uzyskiwane przez innych wykonawców odbierających odpady z gminy Wrocław wskazują natomiast, że w 2019 r. odsetek wysortowanych przez nich surowców z odpadów zmieszanych stanowił w niektórych miesiącach ponad 36% (dowód zostanie przedstawiony na rozprawie).

Podsumowując, prognozy i obliczenia przedstawiane przez Odwołującego eksponują poziomy recyklingu odpadów pochodzących ze strumienia odpadów zmieszanych, usuwając w cień potencjał strumienia selektywnie zbieranych odpadów.

W odniesieniu do sposobu obliczania poziomów recyklingu Zamawiający wyjaśnił, że niekwestionowanym prawem gminy, udzielającej zamówienia publicznego w dziedzinie gospodarowania odpadami komunalnymi, jest uzależnienie odpowiedzialności wykonawcy od osiągnięcia określonych poziomów zagospodarowywania odpadów komunalnych. Jest to wymaganie całkowicie racjonalne i uzasadnione nie tylko potrzebami Zamawiającego, ale również jego ustawowymi obowiązkami. Należy przy tym podkreślić, że zakres swobody Zamawiającego rozciąga się również na określenie parametrów mierzących odpowiedzialność wykonawcy. W tym zakresie Zamawiający nie jest jednak obowiązany do ukształtowania odpowiedzialności wykonawcy w dokładnie ten sam sposób, w który kształtuje odpowiedzialność zamawiającego za niewykonanie ustawowych zadań. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający ma prawo kształtować zakres i treść obowiązków wykonawców oraz zasady odpowiedzialności za ich niewykonanie w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą natomiast polegać na osiąganiu celów dalej idących aniżeli minimum definiowane przez ustawodawcę albo osiaganiu celów instrumentalnych względem celów podstawowych. Zasadne jest więc obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością oraz kształtowanie tej odpowiedzialności w sposób tożsamy lub podobny w stosunku do reguł kształtujących zadania gminy w zakresie gospodarowania odpadami

komunalnymi. Zostało to zresztą zaakceptowane przez KIO w odniesieniu do analogicznego zamówienia (wyrok w sprawie KIO 401/20 i KIO 403/20)

Odwołujący wiele miejsca poświęca historii regulowania poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz obecnej sytuacji związanej z brakiem nowego rozporządzenia w tej mierze. Nie wskazuje jednakże na rzeczywiste wady wzoru zastosowanego przez Zamawiającego. Wskazać należy, że wzór ten zasadniczo opiera się na konstrukcji ustawowej, a w jednym tylko zakresie – ze względu na specyfikę udzielanego zamówienia (w tym podział Gminy Wrocław na sektory) – Zamawiający operuje własnym wzorem mierzącym zakres odpowiedzialności wykonawcy. Zamawiający podkreśla również, że sposób obliczania poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest racjonalny i merytorycznie uzasadniony. Po pierwsze, Zamawiający dostosował zakres odpowiedzialności do zmienionego brzmienia aktualnie już obowiązującego art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który nie dotyczy już „recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła” oraz przepisów UE. Tymczasem Odwołujący zwraca uwagę na aktualnie obowiązujące rozporządzenie, ignorując kluczowe postanowienia ustawy. Po drugie, wzór określony przez Zamawiającego współgra z treścią przepisów ustawowych, a jednocześnie odpowiada projektowi rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne dołączonemu do projektu ustawy zmieniającej min. art. 3b Ucpg uchwalonej jako Nowelizacja Ucpg. Wzór ten odpowiada również wymaganiom Decyzji Komisji z dnia 18 listopada 2011 r. ustanawiającej zasady i metody obliczeń w odniesieniu do weryfikacji zgodności z celami określonymi w art. 11 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w sprawie odpadów (Dz. Urz. WE L 310 z 25.11.2011, str. 11-6) i stanowi odzwierciedlenie wymagań stawianych Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów.

Odwołujący wskazuje w istocie na dwie wątpliwości.

Pierwsza dotyczy tego, że Zamawiający nie dookreślił tego w SIWZ, czy do poziomów recyklingu będą wliczane odpady zbierane i zagospodarowywane przez właścicieli nieruchomości jednorodzinnych w przydomowych kompostownikach. Tymczasem zgodnie z rozdziałem XX ust. 1 pkt przedmiotowy poziom oblicza się w stosunku do masy odebranych odpadów (M_{wpmts} – łączna masa odebranych odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne w okresie, za który przedstawiane jest wyliczenie, wyrażony w Mg). Odpady kompostowane

przez właściciela nieruchomości nie są odbierane, więc nie ma jakichkolwiek wątpliwości, co do tego, czy je uwzględniać, czy nie w obliczeniach. Potwierdza to również sposób dokumentowania i obowiązki sprawozdawcze Wykonawcy, które w najmniejszy choćby sposób nie wskazują na to, aby w procesie tym miał wykazywać ilości odpadów kompostowanych przez właścicieli nieruchomości. W ocenie Zamawiającego wątpliwość ta raczej poświadcza, że wzór przedstawiony przez Zamawiającego jest precyzyjny, a Odwołujący doszukuje się nie istniejących w rzeczywistości wątpliwości.

Druga rzekoma wątpliwość dotyczy tego, czy do obliczania poziomów wliczane będą odpady przetworzone w procesie R3 (Recykling lub regeneracja substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki (w tym kompostowanie i inne biologiczne procesy przekształcania)) RIO (Obróbka na powierzchni ziemi przynosząca korzyści dla rolnictwa lub poprawę stanu środowiska). Zamawiający nie wskazał jakim dokładnie procesom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia powinny być poddane odpady objęte przedmiotowym zamówieniem, co jednak nie jest wadą wzoru, a jedynie wskazuje, że akceptuje wszelkie dopuszczalne prawem procesy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia. o ile poddanie odpadów tym procesom nastąpiło zgodnie z prawem, w trybie przewidzianym umową. Jeżeli wykonawca działając zgodnie z postanowieniami umowy i przepisami prawa wykaże Zamawiającemu, że odbierane odpady zostaną poddane zgodnie z przepisami prawa i postanowieniami umowy dopuszczalnemu procesowi recyklingu i w sposób przewidziany przepisami prawa (ustawa o odpadach, rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie procesu odzysku RIO) to Zamawiający nie widzi powodów, aby nie uwzględnić w obliczonych przez wykonawcę poziomach ten proces odzysku.

Zamawiający dodał, że wiarygodność i merytoryczne podstawy argumentacji Odwołującego zostały podważone przez samego Odwołującego, który w świetle formułowanych twierdzeń nie oczekuje uwolnienia go od przedmiotowej odpowiedzialności, ale domaga się obniżenia kar umownych za niewykonanie obowiązku. Trudno bowiem uznać za racjonalne twierdzenie o niemożliwości wykonania zobowiązania do osiągnięcia określonych poziomów zagospodarowania odpadów komunalnych z jego akceptacją co do zasady.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili wykonawcy FBSerwis Wrocław sp. z o.o., SUEZ Zachód sp. z o.o. i Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1016/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp przez ustanowienie w rozdziale IV pkt 1.2.2.3. SIWZ warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania zamówienia polegającego na odbieraniu papieru o kodzie 20 01 01 w ilości co najmniej 5.000Mg w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy, który to wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wykraczający poza poziom niezbędny do wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a eliminujący z Postępowania wykonawców dotychczas świadczących na rzecz Zamawiającego usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Wrocławia, bowiem:
 - a) większość z nich (w tym Odwołujący), w ramach jednego zamówienia nie odebrała samodzielnie takiej masy odpadów komunalnych o kodzie 20 01 01 z terenu Miasta Wrocławia;
 - b) wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy zgodnie z wymaganiami przetargowymi innych podmiotów zamawiających odbierany papier klasyfikowali pod innym kodem według klasyfikacji określonej w rozporządzeniu Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r., poz. 10), w szczególności pod kodem 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury), a ich doświadczenie jest tożsame z doświadczeniem podmiotu odbierającego papier i tekturę sklasyfikowaną pod kodem 20 01 01;
2. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie w rozdziale XIV pkt 10 SIWZ, że w Załączniku nr II „Zestawienie kosztów zadania”:
 - a) cena jednostkowa podana w pozycji nr 11 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5;
 - b) cena jednostkowa podana w pozycji nr 13 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5;
 - c) cena jednostkowa podana w pozycji nr 14 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 6 w kolumnie nr 5;
 - d) cena jednostkowa podana w pozycji nr 19 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5;które to zastrzeżenie uniemożliwia wykonawcom rzetelne oszacowanie ceny ofertowej i skalkulowanie cen jednostkowych w ww. pozycjach, gdyż wymusza zachowanie przewidzianych przez Zamawiającego proporcji zamiast uwzględnienia

rzeczywistych kosztów realizacji usługi, a przy tym przewidziane przez Zamawiającego proporcje cen jednostkowych pozostają w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych, bowiem rzeczywiste koszty usług określonych w pozycji 11, 13, 14 i 19 znacząco odbiegają od 70% kosztów usług ujętych odpowiednio w pozycjach 3, 4 i 6 Załącznika nr II do SIWZ;

3. art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ i art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i niemożliwy do wykonania (przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie świadczy usługę odbioru odpadów w zakresie odpowiadającym zakresowi zamówienia udzielanego w Postępowaniu), tj. przez wymaganie w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki przeznaczone do gromadzenia niesegregowanych odpadów komunalnych oraz w pojemniki do selektywnego gromadzenia odpadów najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 4 ust. 3 Projektu Umowy, że przedmiot umowy będzie realizowany nie wcześniej, niż od dnia wskazanego przez Zamawiającego w dniu zawarcia umowy, przy czym termin rozpoczęcia realizacji usługi rozpocznie się nie wcześniej, niż 30 dni od dnia zawarcia umowy, co oznacza, że Wykonawca może być zobligowany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w ciągu zaledwie 30 dni i to w sytuacji, gdy wykonawca dotychczas realizujący usługę odbioru odpadów nie zabierze własnych pojemników z nieruchomości, co w praktyce będzie niemożliwe do wykonania, przy czym takie naruszenie prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania jednego z wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (tj. tego, który aktualnie świadczy usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Sektora I) przy jednoczesnym dyskryminowania innych potencjalnych wykonawców;
4. art. 29 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, który jednocześnie charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego dostawcę, co może prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców, tj. przez:
 - a) wskazanie w rozdziale XVII pkt 1 ppkt 1 SWU wymogu wyposażenia wszystkich pojazdów bezpylnych realizujących odbiór odpadów oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym oraz nagrywarke cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer spełniający wymagania określone

w Załączniku nr 24 do SWU, który to system aktualnie jest oferowany tylko przez jednego dostawcę na rynku, a przy tym jego wymaganie nie zapewnia Zamawiającemu realnych korzyści w stosunku do rozwiązań oferowanych przez innych dostawców, co tym samym oznacza, że wymaganie Zamawiającego nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza konkurencję w Postępowaniu;

b) wskazanie w rozdziale II pkt 3 ppkt 6) oraz pkt 4 ppkt 3 SWU wymogu wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki od 1,5 do 4 m³:

– których konstrukcja ma zapewniać szczelność zapobiegając w szczególności przedostaniu się do nich gryzoni lub ptaków, przez zastosowanie dźwigni/uchwyty otwierających urządzenie, jedynie w chwili użytkowania,

– wyposażonych w dźwignię nożną,

– których podstawa ma mieć kształt umożliwiający ustawienie zestawu pojemników w równym szeregu, aby osiągnąć wizualny efekt uporządkowania przestrzeni MGO,

w sytuacji, gdy takie pojemniki są oferowane tylko przez jednego producenta działającego na rynku, zaś ich zastosowanie nie przyniesie wymiernych korzyści Zamawiającemu ani mieszkańcom, co oznacza, że wymaganie takich pojemników nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;

5. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest niemożliwy do wykonania w ramach czasowych zakreślonych przez Zamawiającego, tj. przez wymaganie w rozdziale XVI pkt 5 SWU, aby system wizyjnego monitorowania pojazdów zapewniał anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów w sytuacji, gdy obecnie żaden z podmiotów oferujących tego rodzaju systemy na rynku nie zapewnia bieżącej anonimizacji, a stworzenie takiej funkcjonalności musiałoby się wiązać z nakładami nieproporcjonalnie wysokimi do przedmiotu zamówienia nakładami, a nadto byłoby niemożliwe do implementacji w terminie realizacji zamówienia;

6. art. 29 ust. 1-3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia niejednoznacznie, a nadto w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. przez wskazanie w rozdziale II pkt 3 ppkt 1) lit. c), ppkt 2 lit. c) i ppkt 3 lit. c) oraz w pkt 4 ppkt 1) lit. c) i ppkt 2) lit. c) SWU wymogu wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki, które m.in. mają posiadać system jezdny wyposażony w pełne gumowe kółka o średnicy minimum 200mm, który to wymóg na znajduje żadnego uzasadnienia z punktu widzenia użyteczności pojemników czy ich funkcjonalności (w stosunku do kółek o średnicy np. 190mm), a jednocześnie eliminuje możliwość

wyposażenia nieruchomości w inne pojemniki, a nadto może budzić uzasadnione wątpliwości co do jego interpretacji, bowiem kołka „w pełni” gumowe z przyczyn technicznych nie mogą być zastosowane;

7. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353¹ Kc przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, tj. przez:

a) wskazanie w rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU obowiązku mycia i dezynfekcji pojemników nie tylko zgodnie z Harmonogramem mycia i dezynfekcji pojemników, ale dodatkowo również w terminach wynikających z dodatkowych zleceń Zamawiającego, przy jednoczesnym braku określenia maksymalnej ilości czy zakresu takich zleceń oraz braku zdefiniowania okresu, w którym takie zlecenia mogą być składane (w szczególności zaznaczenia, że zlecenia nie będą składane w okresie zimowym), co nie tylko utrudnia, ale wręcz uniemożliwia Odwołującemu kalkulację potencjalnych kosztów mycia i dezynfekcji pojemników w sytuacji, gdy wynagrodzenie za takie świadczenie będzie rozliczane ryczałtowo (w ramach stałych cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów), niezależnie od zakresu faktycznie wykonanego świadczenia mycia i dezynfekcji pojemników, przy czym nakładanie na wykonawcę ryzyka wzrostu kosztów mycia i dezynfekcji pojemników, trudnego lub wręcz niemożliwego do oszacowania, a nadto całkowicie uzależnionego od woli tylko jednej strony umowy (Zamawiającego), musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

b) ustalenie w rozdziale II pkt 8 ppkt 4) SWU obowiązku naprawy albo wymiany (gdy naprawa uszkodzonych pojemników jest niemożliwa lub przekracza wartość rynkową pojemników) bez jednoczesnego określenia przypadków, kiedy takie naprawy lub wymiany miałyby być realizowane, co stwarza daleko idącą niepewność co do zakresu wymiany pojemników w ramach danego zamówienia i uniemożliwia tym samym skalkulowanie kosztów tego świadczenia, które jest rozliczane ryczałtowo (w ramach stałych cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów), niezależnie od zakresu faktycznie dokonywanej wymiany i naprawy pojemników;

8. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353¹ i 387 § 1 Kc przez:

a) ustanowienie w rozdziale III pkt 2 ppkt 2 SWU obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełniania poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia do ich napełniania odpadami powyżej 90%

całkowitej pojemności, bez sprecyzowania sposobu wypełnienia tego obowiązku, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) - r) oraz t) Projektu Umowy kar umownych odpowiednio za każdorazowe stwierdzenie przepełnienia pojemników powyżej 90%, niewykonanie wymiany pojemnika lub niewykonanie odbioru z odpowiednią częstotliwością, który to obowiązek kontroli jest praktycznie niemożliwy do zrealizowania nawet przy zaangażowaniu zasobów niewspółmiernych do charakteru przedmiotu zamówienia (świadczenie niemożliwe), bowiem żaden z wykonawców przy zachowaniu nawet najwyższej staranności nie będzie stanie uniknąć pojawiania się przypadków zapełniania pojemników na odpady, a tym samym wprowadzenie po stronie wykonawcy obowiązku niedopuszczenia do zapełnienia pojemników i karania go, gdy do zapełnienia dojdzie, musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

b) ustanowienie w § 2 ust. 1 pkt 10 lit. b) Projektu Umowy oraz w rozdziale XX pkt 1 ppkt 2) SWU obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, których osiągnięcie zgodnie z postanowieniami rozdziału XX SWU w warunkach realizacji zamówienia jest niemożliwe (świadczenie niemożliwe), przy jednoczesnym przewidzeniu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) kary umownej za nieosiągnięcie tego poziomu, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem *a priori* obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej zawodowej staranności;

9. art. 29 ust. 1 Pzp, art. 353¹ oraz art. 58 § 1 w zw. z art. 556 i art. 638 Kc oraz w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przy tym pozostający w sprzeczności z przepisami Kc o rękojmi i tym samym ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeczny z jego naturą, tj. przez ustalenie w § 18 Projektu Umowy, że wykonawca udziela na przedmiot Umowy rękojmi na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia realizacji umowy, podczas gdy przedmiotem Umowy jest co do zasady świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, do której zgodnie z art. 750 Kc stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, które to świadczenie nie obejmuje wytworzenia rezultatu, który byłby zdalny do poddania się sprawdzianowi na istnienie wad, których dotyczy odpowiedzialność z tytułu rękojmi;

10. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez:

a) ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy rażąco wygórowanych kar umownych, tj. w szczególności:

- i. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niedostarczenia Harmonogramu (lub jego aktualizacji po uprzednim zaakceptowaniu przez Zamawiającego) w formie papierowej przedstawicielowi punktu aptecznego, za każdy Harmonogram, za każdy dzień następujący po upływie terminu,
- ii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu oświadczenia potwierdzającego wypełnienie obowiązku dostarczenia Harmonogramu na teren nieruchomości o charakterze jednorodzinny,
- iii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 1.000 zł w przypadku niedostarczenia i/lub nieudostępnienia Zamawiającemu w tym na Wirtualnym Dysku, któregokolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych określonych w SWU, rozdział XIX, w terminie do 14 kalendarzowego następnego miesiąca za miesiąc poprzedni, za każdy dzień następujący po upływie terminu, za każdy element,
- iv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV, pkt 5, ppkt 1) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- v. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV pkt 5 ppkt 1) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- vi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV pkt 5 ppkt 2) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- vii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie numerów Transponderów

- zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV pkt 5 ppkt 2) i ppkt 4), za każde MGO za każdy dzień po upływie terminu;
- viii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 30.000 zł za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIX, pkt 5, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- ix. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIX pkt 5, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy adres nieruchomości, każdy dzień następujący po upływie terminu;
- x. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za każdy przypadek niedostarczenia wyliczeń określonych w SWU rozdział XX pkt 2, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku, za każdy dzień po upływie terminu;
- xi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2.000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z SWU, rozdział XX, pkt 3, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu;
- xii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2.000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów określonych w SWU, rozdział XX pkt 4, za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu;
- xiii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 150 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności mniejszej niż 1,1 m³ przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90 % całkowitej pojemności danego pojemnika;
- xiv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 600 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego

przepełnienia któregokolwiek z pojemników o pojemności 1,1 m³ i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90 % całkowitej pojemności danego pojemnika;

- xv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregokolwiek z pojemników do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90 % całkowitej pojemności danego pojemnika;
- xvi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego niewykonania przez Wykonawcę obowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych w przypadku jego zapelnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika przez cały okres wskazany w Zleceniu, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- xvii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. u) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 400 zł za każdorazowe niewykonanie obowiązku opróżniania, pojemników do gromadzenia przeterminowanych leków, z częstotliwością gwarantującą niedopuszczenie do wypełnienia pojemników odpadami powyżej 90% ich całkowitej pojemności;
- xviii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. aa) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za brak oznakowania pojazdu SZOP zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 21 do SIWZ w terminie do pierwszego dnia drugiego miesiąca realizacji usługi, za każdy dzień następujący po upływie terminu,);
- xix. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za niezapewnienie Zamawiającemu (w jego siedzibie) w terminie, dostępu do danych z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, o którym mowa w SWU rozdział XV pkt 2 wraz z funkcjonalnościami, opisanymi w SWU rozdział XVI pkt 3-8 i 10, za każdy dzień następujący po upływie terminu;

- xx. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za niezapewnienie Zamawiającemu w ramach dostępu do danych z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, jakiegokolwiek funkcjonalności i/lub danych, o których mowa w SWU rozdział XVI pkt 2-8 za każdy przypadek, za każdy dzień;
 - xxi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za nieprzywrócenie w terminie określonym w SWU dostępu do wizyjnego systemu monitorowania pojazdów w przypadku zaistnienia awarii, za każdy przypadek, za każdy dzień;
 - xxii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek, braku czytelności rejestrowanego przez zainstalowane na pojazdach kamery (zgodnie z opisem w SWU rozdział XVI pkt 1), zapisu materiału video, za każdą kamerę, za każdy dzień;
 - xxiii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązku dotyczącego wyposażenia pojazdów realizujących odbiór odpadów w system, o którym mowa w SWU rozdział XVI pkt 16, za każdą niezgodność w stosunku do wymagań określonych w SWU, za każdy dzień, za każdy pojazd;
 - xxiv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za każdy dzień niedziałania monitoringu wizyjnego bazy, za każdy przypadek;
 - xxv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. k) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej selektywnie odebranych odpadów dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to wykonawca zobowiązany jest dostosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji, za każdy dzień, za każdą frakcję;
 - xxvi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za uniemożliwianie/utrudnianie przeprowadzenia Zamawiającemu kontroli, za każdy przypadek;
- które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość

świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane, a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353¹ Kc są nieważne; przy czym wysokość wszystkich kary przewidzianych w Projekcie Umowy określona została w takiej wysokości w taki sposób, że w przypadku częściowej ich kumulacji i wystąpienia okoliczności uzasadniających ich nałożenie w dłuższym okresie czasu (np. przez kilka miesięcy) sumaryczna ich wartość może przekroczyć wartość całej umowy (wynagrodzenia Wykonawcy), co powoduje, że wszystkie te kary mogą być uznane za kary rażąco wygórowane,

- b) ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p)-s) oraz u) Projektu Umowy kar umownych naliczanych w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego wypełnienia się pojemników na odpady komunalne w określonej proporcji (90%), co należy uznać za działanie sprzeczne z naturą świadczeni polegającego na odbiorze odpadów komunalnych i co wiąże się z obciążeniem Wykonawcy niemożliwym do uniknięcia ryzykiem ponoszenia kosztów kar umownych, bowiem przepelnianie się pojemników jest okolicznością, która często jest niemożliwa do przewidzenia i zapobieżenia mimo zapewnienia przez Wykonawcę odpowiedniej częstotliwości odbioru odpadów i należytej staranności, co oznacza, że obciążanie wykonawcy taką karą winno być uznane za niezgodne z zasadami współżycia społecznego;
 - c) ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. ff) Projektu Umowy kary umownej za niewykonanie obowiązku dotyczącego niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru w sytuacji, gdy wcześniejszy odbiór był utrudniony (np. z uwagi na brak dojazdu, niewystawiony pojemnik itp.), która to kara nakłada na wykonawcę konieczność wielokrotnego wykonywania usługi w przypadku zaniedbań właścicieli nieruchomości, przy czym zakres takiego obowiązku i potencjalnej wysokości kar umownych wynikających z jego niezrealizowania jest niemożliwy do oszacowania na etapie kalkulowania oferty;
11. art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ w zw. z art. 483 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy kar umownych naliczanych za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań bądź za każdy dzień trwania określonej sytuacji, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej niekreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 Kc wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym

wykonaniem zobowiązania pieniężnego, a nadto skutkuje tym, że wszystkie takie kary winny być uznane za rażąco wygórowane (bowiem ich ostateczna wysokość, w przypadku trwania opóźnień bądź naruszeń w dłuższym okresie czasu, może się okazać niezmiernie wysoka i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego);

12. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za każdy inny niż wymieniony w § 15 ust. 2 pkt 1-14) Projektu Umowy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, za każdy dzień, które to postanowienie nie określa zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i jako takie jest sprzeczne z art. 483 § 1 Kc, a jednocześnie nie pozwala Odwołującemu na wyczerpującą identyfikację wszystkich zindywidualizowanych postaci nienależytego wykonania czy niewykonania zobowiązania, których zaistnienie uzasadniałoby powstanie obowiązku zapłaty przez wykonawcę kar umownych, a tym samym nie umożliwia Odwołującego oszacowania ryzyka związanego z zapłatą takich kar, przy czym obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania na etapie składania oferty stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za naruszenie zasady swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego;
13. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 58 oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez:
 - a) nieprawidłowe określenie przez Zamawiającego rodzaju danych osobowych, które Zamawiający planuje powierzyć wykonawcy; w Załączniku nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych Zamawiający wskazał, że planuje powierzyć wykonawcy następujący zakres danych: imię i nazwisko, adres poczty elektronicznej (e-mail), numer telefonu, adres korespondencyjny, adres zamieszkania, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu, fotografii; w ocenie Odwołującego zakres powierzonych danych osobowych powinien być jednak następujący: imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/zastrzeżenie, dane kontaktowe, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii oraz nagrania z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów;
 - b) nałożenie na wykonawcę zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia przetwarzania danych podczas gdy jest ono zbędne i nadmiarowe;

- c) wskazanie w rozdziale XVI pkt 5 SWU, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest wykonawca, podczas gdy – zgodnie z art. 4 pkt 7 RODO – administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykreślenia pkt 10 w rozdziale XIV SIWZ;
2. modyfikacji w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU przez określenie zmodyfikowanie zasad i terminów wyposażenia nieruchomości w pojemniki w taki sposób, że wykonawca:
 - a) będzie miał zapewniony okres minimum 60 dni od dnia zawarcia Umowy na wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady;
 - b) przy zawarciu Umowy wykonawca otrzyma harmonogram usuwania z nieruchomości pojemników przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę odbioru odpadów z terenu Sektora I;
 - c) termin wyposażenia poszczególnych nieruchomości w pojemniki na odpadu w żadnym wypadku nie będzie krótszy, niż 14 dni od dnia przewidzianego w ww. harmonogramie terminu usunięcia pojemników przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę lub od faktycznego usunięcia tych pojemników – w przypadku, gdy faktyczne ich usunięcie nastąpi później;
3. wykreślenia z treści rozdziału XVI SWU oraz Załącznika nr 24 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym;
4. zmiany rozdziału II pkt 3 ppkt 6 oraz pkt 4 ppkt 3 SWU przez zastąpienie na końcu wprowadzenia do wyliczenia dwukropka kropką i wykreślenie pozostałej treści, tj. ppkt lit. od a) do d);
5. wykreślenia w rozdziale III pkt 2 postanowienia ppkt 2;
6. doprecyzowania przewidzianego w rozdziale II pkt 8 ppkt 4) SWU obowiązku naprawy lub wymiany pojemników poprzez wskazanie przypadków, w których taka wymiana lub naprawa miałaby być realizowana, w szczególności poprzez wyraźne zaznaczenie, że nie będą podlegały naprawie ani wymianie pojemniki sprawne technicznie, szczelne i funkcjonalne, a posiadające jedynie zadrapania, zarysowania lub zabrudzenia;
7. zmiany w rozdziale II SWU:

- a) pkt 3 ppkt 1) lit. c) przez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 2 kółka oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
 - b) pkt 3 ppkt 2) lit. c) przez nadanie mu treści; „mają posiadać system jezdny wyposażony w 4 skrętne kółka z możliwością pełnego obrotu; w tym 2 kółka z hamulcem oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
 - c) pkt 3 ppkt 3) lit. c) poprzez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 4 skrętne kółka z możliwością pełnego obrotu, w tym 2 kółka z hamulcem oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
 - d) pkt 4 ppkt 1) lit. c) przez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 2 kółka oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
 - e) pkt 4 ppkt 2) lit. c) przez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 4 skrętne kółka z możliwością pełnego obrotu, w tym 2 kółka z hamulcem oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
8. zmiany rozdziału II pkt 8 ppkt 1 SWU przez:
- a) wskazanie maksymalnego zakresu dodatkowych Zleceń w zakresie mycia i dezynfekcji pojemników (wskazanie maksymalnej częstotliwości lub liczby takich zleceń);
 - b) zastrzeżenie, że Zlecenia nie będą kierowane w sezonie zimowym (gdy temperatura będzie zbliżona do 0°C);
 - c) przewidzenie, że z tytułu realizacji dodatkowych Zleceń mycia i dezynfekcji pojazdów wykonawca będzie uprawniony do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia obmiarowego;
9. wykreślenia w § 2 ust. 1 pkt 10) postanowienia lit. b) bądź zastąpienia go innymi obowiązkiem, możliwym do zrealizowania przez wykonawcę;
10. wykreślenia pkt 5 z rozdziału XVI SWU;
11. wykreślenia § 18 z treści Projektu Umowy oraz nadanie postanowieniu § 17 ust. 5 Projektu Umowy następującego brzmienia: „100 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należycie wykonane”;
12. obniżenia kar przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) i f), § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a), c) i e), § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) i b), § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p)-s) oraz lit. u) i aa), § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) i r), § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy do wysokości odpowiednio dla kary:
- a) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) Projektu Umowy – do wysokości 100 zł;

- b) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy – do wysokości 100 zł;
- c) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy – do wysokości 50 zł;
- d) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy – do wysokości 1.000 zł;
- e) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy – do wysokości 10 zł;
- f) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy – do wysokości 1.000 zł;
- g) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy – do wysokości 10 zł;
- h) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy – do wysokości 5.000 zł;
- i) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy – do wysokości 10 zł;
- j) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy – do wysokości 500 zł;
- k) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 200 zł;
- l) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 150 zł;
- m) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. aa) Projektu Umowy – do wysokości 1.000 zł;
- n) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
- o) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
- p) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
- q) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł;
- r) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł;
- s) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 1.000 zł;

13. wykreślenia kar umownych przewidzianych w:

- a) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy;
- b) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. q) Projektu Umowy;
- c) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. r) Projektu Umowy;
- d) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. s) Projektu Umowy;
- e) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. u) Projektu Umowy;
- f) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy;
- g) § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy;

względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 1 powyżej

14. obniżenia wysokości kar wskazanych w pkt 13 powyżej do 20% ich pierwotnej wysokości;
15. zmiany polegającej na dookreśleniu, że każda z kar określonych w § 15 ust. 2 Umowy jako iloczyn określonej kwoty i liczby dni będzie naliczana za okres nie dłuższy niż 30 dni lub do oznaczonej sumy (np. 30 000 zł) oraz o określenie maksymalnego limitu wszystkich kar za nienależyte wykonanie umowy na poziomie odpowiadającym: karze za jej niewykonanie, tj. na poziomie kary za odstąpienie od umowy (10% wynagrodzenia wykonawcy netto);
16. zmiany treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez usunięcie obecnego rodzaju danych osobowych i zastąpienie go poniższym: imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/zastrzeżenie, dane kontaktowe, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii oraz nagrania z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów oraz zamian w treści dokumentacji przetargowej w której znajdują się odwołania do rodzaju powierzonych danych osobowych;
17. zmiany treści projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez wykreślenie zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia przetwarzania danych, a także wykreślenie odwołań w treści projektu umowy powierzenia do § 8 ust. 2;
18. zmiany treści rozdziału XVI pkt 5 SWU poprzez wskazanie, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający, a w konsekwencji zamianę treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podniósł co następuje.

Zarzut dotyczący warunków udziału w Postępowaniu

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp obowiązkiem zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powyższy przepis wyznacza granice dopuszczalności ustanawiania warunku udziału w postępowaniu, wskazując zamawiającemu dwie dyrektywy, którymi powinien się kierować przy ustalaniu, tj.: cel instytucji warunku udziału w postępowaniu, którym jest wybór takiego wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania zamówienia oraz zasadę proporcjonalności warunku do osiągnięcia ww. celu.

Zamawiający niewątpliwie ma prawo opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie takim podmiotom, co do których wątpliwe jest, aby były one w stanie prawidłowo wykonać zamówienie. Z drugiej jednak strony nie może on ustalać warunków udziału na takim poziomie, który by wykluczał możliwość ubiegania się o zamówienie dla podmiotów, co do których oczywistym jest, że zamówienie zrealizować zdołają. Wspomniana zasada proporcjonalności wymaga bowiem aby działanie polegające na ustaleniu warunku udziału w postępowaniu było adekwatne i konieczne dla osiągnięcia celu, któremu ten warunek służy.

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający opisał warunek udziału w Postępowaniu w taki sposób, że jego spełnienie będzie możliwe jedynie przez nieliczne podmioty działające na rynku. Wymaga on mianowicie, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu m.in. zamówienia, w ramach którego obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100.000 mieszkańców, polegającego na odbieraniu papieru o kodzie 20 01 01, w ilości co najmniej 5.000 Mg, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

Przywołana powyżej ilość 5.000 Mg odpadów została ustalona na tak wysokim poziomie, że nie będzie ich w stanie spełnić większość wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz Zamawiającego. W szczególności warunku tego nie spełni Odwołujący, który odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu sektora II (Krzyki) świadczy na rzecz Zamawiającego od blisko 7 lat. Odwołujący, jako lider konsorcjum składającego się z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, dwukrotnie uzyskiwał zamówienie na usługę tożsamą z usługą, której dotyczy Postępowanie i realizował ją w sposób, który co do zasady nie budził ze strony Zamawiającego zastrzeżeń co do jakości jej wykonania.

Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika, że w podobnej sytuacji jak Odwołujący jest większość wykonawców aktualnie odbierających odpady z terenu Miasta Wrocławia. Tylko część z nich (w istocie zaś tylko jeden wykonawca) miała zapewnioną możliwość odebrania 5.000 Mg papieru w ramach jednego zamówienia. Wynika to z porównania ww. ilości z ilościami faktycznie odbieranych odpadów z tereny Gminy Wrocław w ubiegłym roku. Mianowicie, 5.000 Mg papieru i tektury to:

- trochę mniej, niż całkowita ilość papieru i tektury odebranych w roku ubiegłym z sektora I (Stare Miasto i Śródmieście) i sektora III (Fabryczna) – w obu tych sektorach odebrane zostało ponad 7.000 Mg odpadów, przy czym usługa w ramach sektora III była realizowana przez konsorcjum, z których żaden samodzielnie nie odebrał wymaganej przez Zamawiającego ilości papieru i tektury;

- niemal tyle, co całkowita ilość papieru i tektury odebranych w roku ubiegłym z Sektora II – Krzyki (odebranych zostało nieco ponad 5.000 Mg takich odpadów) – zamówienie to było jednak realizowane przez konsorcjum, w ramach którego żaden z wykonawców nie odebrał samodzielnie ilości 5.000 Mg papieru i tektury);
- więcej, niż całkowita ilość papieru i tektury odebranych w roku ubiegłym z sektora IV – Psie Pole (odebranych zostało nieco ponad 4.000 Mg).

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

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

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

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

Ponadto wymaga podkreślenia, że odpady komunalne – papier i tektura – w praktyce mogą być odbierane jako odpady klasyfikowane zarówno pod wskazanym w pkt 1.2.2.3. rozdziału IV SIWZ kodem 20 01 01, jak i pod kodem 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury). Wielu zamawiających wymaga odbierania przez wykonawców odpadów, które Zamawiający

uznaje za odpady klasyfikowane pod kodem 20 01 01, jako odpadów o kodzie 15 01 01. Odpady te w istocie są takie same, mają tożsame pochodzenie oraz morfologię (skład). W związku z powyższym, doświadczenie związane z odbieraniem odpadów o kodzie 15 01 01 jest w istocie takie samo, jak doświadczenie wynikające z odbierania odpadów o kodzie 20 01 01. Za nieuzasadnione należy zatem uznać ograniczenie możliwości spełnienia przewidzianego w pkt 1.2.2.3. rozdziału IV SIWZ warunku udziału w Postępowaniu do wykazanie się doświadczenie w odbieraniu wyłącznie odpadów sklasyfikowanych pod kodem 20 03 01. Takie opisanie warunku udziału w Postępowaniu niewątpliwie w sposób nieuprawniony ogranicza konkurencję w postępowaniu, bowiem zamyka drogę do ubiegania się o zamówienie dla podmiotów, które posiadają adekwatne z punktu realizacji zamówienia doświadczenie w odbieraniu odpadów o kodzie 15 01 01 (a które wyłącznie z uwagi na decyzję innego podmiotu zamawiającego zostały sklasyfikowane pod innym kodem, niż kod wymagany przez Zamawiającego).

Mając na uwadze powyższe celowe jest nakazanie Zamawiającemu obniżenie wymagań stanowiących warunek udziału w Postępowaniu przez wskazanie w pkt 1.2.2.3. rozdziału IV SIWZ, że wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej, jeśli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie, w ramach którego obsługiwał obszar zamieszkały przez co najmniej 100.000 mieszkańców (według danych Głównego Urzędu Statystycznego za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), polegające na odbieraniu papieru o kodzie 20 01 01 lub opakowań z papieru i tektury o kodzie 15 01 01, w ilości co najmniej 4.000 Mg, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia maksymalnych proporcji cen jednostkowych oferowanych przez wykonawcę

W rozdziale XIV pkt 10 SIWZ Zamawiający wprowadził ograniczenie dotyczące szacowania przez wykonawców cen jednostkowych wskazując, iż niektóre z nich nie mogą stanowić więcej, niż 70% innych cen jednostkowych. Określił on mianowicie, że:

- d) cena jednostkowa podana w pozycji nr 11 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5;
- e) cena jednostkowa podana w pozycji nr 13 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5;
- f) cena jednostkowa podana w pozycji nr 14 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 6 w kolumnie nr 5;

g) cena jednostkowa podana w pozycji nr 19 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5.

Powyższe ograniczenie jest dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałe. Powoduje ono, że wykonawca nie ma zapewnionej możliwości wskazania w formularzu cenowym (Załączniku nr II do SIWZ – Zestawieniu kosztów zadania) takich cen jednostkowych, które odzwierciedlałyby rzeczywiste koszty realizacji usługi. Kwestionowane postanowienie wymusza na Odwołującym *de facto* manipulowanie cenami jednostkowymi w taki sposób, aby w sztuczny sposób dostosować ceny jednostkowe do wymagań określonych przez Zamawiającego. Wykonawca jest zmuszony:

- sztucznie zawyżać ceny jednostkowe zawarte w poz. 3, 5 bądź 6 Zestawienia Cen jednostkowych, narażając tym samym Zamawiającego na konieczność poniesienia dodatkowych i nieuzasadnionych kosztów realizacji zamówienia, lub też
- sztucznie zaniżać ceny jednostkowe zawarte w poz. 11, 13, 14 i 19 w stopniu nie pozwalającym na pokrycie wszystkich kosztów realizacji usług w ww. pozycjach wskazanych, oferując tym samym Zamawiającemu zaniżoną ceną ofertową bądź też przenosząc koszty tychże usług do innych pozycji Zestawienia kosztów zadania – co w świetle obowiązującego prawa i orzecznictwa Izby jest uznawane za niedopuszczalne.

Tego rodzaju ograniczenie wysokości cen jednostkowych stanowi daleko idącą ingerencję w swobodę wykonawcy w ustalaniu i szacowaniu cen jednostkowych. Ingerencja ta jest zupełnie nieuzasadniona potrzebami Zamawiającego, a biorąc pod uwagę, że oczekiwania Zamawiającego co do poszczególnych cen jednostkowych są nieuzasadnione realiami rynkowymi, musi być ona uznana za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego – w tym przede wszystkim z prawem wykonawcy do otrzymania godziwej zapłaty za wykonaną usługę, obejmującej wszystkie koszty jej realizacji i zapewniającej możliwość otrzymania odpowiedniego zysku.

W szczególności nieracjonalne jest wymaganie przez Zamawiającego, aby ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK (poz. 11-21 Zestawienia kosztów zadania) były niższe niż ceny odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów spoza PSZOK. Koszty samej logistyki odbierania odpadów z PSZOK są bowiem wyższe, aniżeli koszty odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości – gdzie odpowiednia optymalizacja tras przejazdów śmieciarki pozwala na obniżenie kosztów transportu odpadów w przeliczeniu na ich masę (Mg).

Biorąc pod uwagę powyższe, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie pkt 10 z rozdziału XIV SIWZ.

Zarzut dotyczący zbyt krótkiego terminu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki

Jednym z najistotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest oznaczenie przez podmiot zamawiający terminów na realizację obowiązków wykonawcy. Ustanowienie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki jego przedmiotu oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może bezpośrednio prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp i tym samym prowadzić do naruszenia powyższej normy prawnej. Takie działanie narusza również przepis art. 29 ust. 2 Pzp, ponieważ stanowi przejaw opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Jak wynika z treści § 4 ust. 3 Projektu Umowy, przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU (z zastrzeżeniem części obowiązków dotyczących monitorowania pojazdów i sprawozdawczości) będzie świadczony od dnia wskazanego przez Zamawiającego, przy czym termin ten (zgodnie z przypisem 1 do wskazanego postanowienia) rozpocznie się nie wcześniej, niż 30 dni od dnia zawarcia umowy. Stosownie zaś do § 4 ust. 2 Projektu Umowy, z dniem zawarcia Umowy wykonawca zobowiązany będzie podjąć działania niezbędne do prawidłowego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem II pkt 2 ppk 1 i 2 SWU (str. 6 SWU) wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów niesegregowanych (zmieszanych) oraz pojemniki do gromadzenia odpadów zbieranych selektywnie.

Z powyższego wynika, że Zamawiający gwarantuje wykonawcy jedynie 30 dni „okresu przygotowawczego”, w ramach którego wykonawca będzie zobowiązany podjąć wszystkie czynności związane z zakupem wielu tysięcy pojemników (przewidywaną liczbę pojemników określa Załącznik nr 4 do SWU), dostosowaniem ich do wymagań Zamawiającego (w tym odpowiedniego ich oznakowania oraz wyposażenia w system identyfikacji pojemników określony w rozdziale XV SWU), a nadto rozmieszczenia ich na nieruchomościach zlokalizowanych na obszarze Sektora I (Śródmieście i Stare Miasto).

Tak krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie realizuje przedmiot umowy, jest nawet nie tyle trudne, co wręcz niemożliwe do wykonania. W tym zakresie świadczenie wykonawcy wynikające z umowy winno być uznane za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 Kc.

Okoliczność powyższa świadczy o nieprawidłowym, tj. naruszającym przepisy art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp opisanemu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, gdyż dotrzymanie terminów określonych przez Zamawiającego jest niemożliwe przez żaden

z podmiotów działających na rynku. Prawidłowa realizacja obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki (kilkadziesiąt tysięcy takich pojemników) wymaga przeznaczenia istotnych nakładów pracy oraz poświęcenia czasu znacząco przekraczającego przyjęte przez Zamawiającego terminy. Ponadto wiąże się z poniesieniem istotnych kosztów przez danego wykonawcę, przez co zasadniczo może być wykonana dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Rozmieszczenie pojemników na odpady na nieruchomościach jest długotrwałym i skomplikowanym logistycznie procesem. Pojemniki w pierwszej kolejności muszą zostać zakupione w ilościach i rodzajach dostosowanych do specyfiki zamówienia oraz wymagań Zamawiającego wynikających obowiązującego we Wrocławiu systemu gospodarowania odpadami, w tym co do ich odpowiedniego oznaczenia. Ponadto pojemniki muszą zostać wyposażone w elementy systemu identyfikacji pojemników (w tym transpondery RFID), a po ich rozmieszczeniu na nieruchomościach ich szczegółowe lokalizacje muszą zostać wprowadzone do systemu, o którym mowa w rozdziale XV SWU.

Samo rozmieszczanie pojemników musi być dokonywane w ściśle usystematyzowany sposób – właściwe pojemniki (różniące się od siebie co do rodzaju, koloru i pojemności) muszą być dostarczone w odpowiednie miejsca docelowe). Operacja ta musi zostać poprzedzona inwentaryzacją oraz aktualizacją danych o Miejscach Gromadzenia Odpadów („MGO”) w oparciu o dane, które dopiero zostaną przekazane przez Zamawiającego po zawarciu umowy (zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale XV SWU).

Sama operacja rozstawiania pojemników w skali całej gminy wymaga, w ocenie Odwołującego, przeznaczenia minimum 60 dni.

Ponadto zwrócić należy uwagę, że obszar, na którym będzie realizowane zamówienie udzielane w Postępowaniu (tj. Śródmieście i Stare Miasto) jest specyficzny. Charakteryzuje się on gęstą zabudową i trudną dostępnością i ograniczoną powierzchnią miejsc gromadzenia odpadów (lokalizacji, w których są usytuowane pojemniki na odpady). Powoduje to, że znacznej części takich lokalizacji niemożliwe jest podstawienie pojemników w czasie, gdy znajdują się tam jeszcze pojemniki wykorzystywane przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę odbioru. W praktyce zatem podstawienie pojemników w tych lokalizacjach będzie możliwe dopiero wówczas, gdy ów wykonawca zabierze swoje pojemniki.

Powyższe powoduje, że operacja rozstawiania pojemników w takich lokalizacjach przez „nowego” (wyłonionego w Postępowaniu) wykonawcę powinna być realizowana we współpracy z wykonawcą, który swoje pojemniki usuwa. Z uwagi na fakt, iż ów drugi wykonawca nie jest w żaden sposób ww. współpracą ekonomicznie zainteresowany (musiałby bowiem pomagać swojemu konkurentowi), celowym jest podjęcie działań

koordynujących przez samego Zamawiającego. Przejawem takiego działania mogłoby być przykładowo przygotowanie i udostępnienie wybranemu w Postępowaniu wykonawcy harmonogramu usuwania pojemników przez dotychczasowego usługodawcę i zapewnienie „nowemu” wykonawcy czasu na podstawienie pojemników w wymierza co najmniej 14 dni od usunięcia pojemników zgodnie z tym harmonogramem.

Należy przy tym stanowczo zaznaczyć, że w stanie faktycznym sprawy jedynie wykonawca aktualnie świadczący usługę odbioru odpadów z obszaru Śródmieścia i Starego Miasta ma zapewnioną możliwość dotrzymania terminu przyjętego przez Zamawiającego. Wspomniany wykonawca dysponuje już bowiem pojemnikami na odpady znajdującymi się na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia, co oznacza, że nie będzie on już musiał – w przeciwieństwie do Odwołującego i innych wykonawców – wyposażać nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów ani ryzykować zapłaty wysokich kar umownych w przypadku, gdy obowiązek ten w jakimkolwiek zakresie nie zostałby terminowo wykonany.

Celowe jest zatem zniwelowanie ww. uprzywilejowania w stopniu umożliwiającym innym wykonawcom złożenie oferty w Postępowaniu przez wydłużenie czasu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki do co najmniej 60 dni oraz zapewnienie współpracy z wykonawcą usuwającym pojemniki, w szczególności przez dostarczenie „nowemu” wykonawcy harmonogramu usuwania pojemników i zagwarantowania minimalnego terminu na dostarczenie pojemników liczonego od terminów wskazanych w tym harmonogramie (lub od dnia faktycznego usunięcia pojemników – w przypadku, gdyby takie usunięcie nastąpiło z przekroczeniem terminów wskazanych w harmonogramie).

Zarzuty dotyczące systemu monitoringu wizyjnego pojazdów

W rozdziale XVI pkt 1 ppkt 1 SWU Zamawiający wskazał na obowiązek wyposażenia pojazdów realizujących przedmiot umowy (pojazdy bezpylne oraz myjki) w system monitorowania bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez stref martwych (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym, oraz nagrywarkę cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer zgodnie z załącznikiem nr 28 – Wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów:

- a) widok bez martwych stref (360 stopni) – cztery szerokokątne kamery rejestrujące obraz z każdej strony pojazdu (w tym ze stref martwego pola);
- b) widok „z lotu ptaka” – dostępny dla kierowcy w czasie rzeczywistym na ekranie znajdującym się w kabinie widok z każdej kamery osobno oraz w formie widoku z lotu ptaka.

System ten musi spełniać wymagania szczegółowo określone w rozdziale XVI SWU oraz w Załączniku nr 24 do SWU.

Tak opisany przez Zamawiającego system jest oferowany tylko przez jednego dostawcę systemu monitorowania, tj. BRIGADE ELECTRONICS – spółki z siedzibą w Wielkiej Brytanii, producenta systemu Backeye 360 (dalej: „BACKEYE 360”). Tylko ww. dostawca posiada w swojej ofercie system wykorzystujący kamery działające w trybie 360° oraz zapewniające tzw. „widok z lotu ptaka”.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na system tego dostawcy pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 29 ust. 3 Pzp, a nadto utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu bowiem:

- w uprzywilejowanej sytuacji stawia podmioty korzystające z systemu BACKEYE 360 lub posiadające z ww. podmiotem lepsze kontakty gospodarcze;
- uzależnia wykonawców od dostawcy systemu BACKEYE 360, który mając w istocie monopol na dostarczenie systemu opisanego w SIWZ może od wykonawców żądać wynagrodzenia znacząco przekraczającego wartość przedmiotowego systemu, a także może potencjalnie odmówić dostarczenia i zainstalowania tego systemu w terminach określonych w SIWZ, eliminując *de facto* wykonawcę z możliwości prawidłowej realizacji zamówienia.

Jednocześnie wskazać należy, że wskazane funkcjonalności, dostępne jedynie w systemie BACKEYE 360 nie zapewniają Zamawiającemu realnych korzyści. W szczególności, nie gwarantuje on zapewnienia odpowiednio szczegółowego obrazu z każdej strefy. Zastosowanie w tym systemie obiektywów ultra szerokokątnych (tzw. „rybie oko”) sprawia, że przekazywany z kamer obraz jest rozciągnięty, zagięty i mało wyraźny. Ponadto materiał video na łączeniach obrazu z kamer – w przypadku, gdy pojawi się tam jakiś obiekt – staje się zaburzony (pojawiający się obiekt zostaje rozciągnięty na materiał video z dwóch kamer), a tym samym nieczytelny. Ponadto taki model zapisu video wiąże się ze znacznym zwiększeniem jego objętości (blisko czterokrotnym) co znacznie podwyższa koszty obsługi systemu.

Bardziej czytelny byłby obraz rejestrowany przez standardowy system monitoringu, oparty o 4 kamery, które byłyby zamontowane z przodu, tyłu oraz na obu bokach pojazdu. Dzięki wykorzystaniu takiego systemu uzyskiwany jest czytelny materiał video z każdej części pojazdu – i taki materiał może stanowić realny materiał dowodowy na potrzeby kontroli świadczenia usługi odbioru odpadów. Tego typu rozwiązanie jest oferowane na rynku przez wielu dostawców i jego zastosowanie pozwoli uniknąć utrudnienia konkurencji w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że aktualnie nie jest możliwe zaoferowanie systemu spełniającego wymóg określony w rozdziale XVI pkt 5 SWU,

dotyczący umożliwienia przez system anonimizacji zarejestrowanych w materiale video osób i pojazdów. Aktualnie nie istnieje na rynku system, który by zapewniał taką anonimizację. Anonimizacja obrazu udostępnianego w trybie rzeczywistym (rozdział XVII pkt 2 SWU) wiązałaby się z koniecznością zapewnienia specjalistycznego oprogramowania oraz sprzętu komputerowego dysponującego ogromną mocą obliczeniową – a żaden z dostawców systemów monitorowania takimi zasobami nie dysponuje.

Ewentualna anonimizacja obrazu mogłaby być dokonywana – zgodnie z informacją uzyskana od dostawców systemów monitorujących – już po zarejestrowaniu materiału w trybie doraźnego jego przetworzenia w oznaczonym przez użytkownika zakresie. Tego rodzaju przetwarzanie obrazu nie zapewniałoby jednak pełnej anonimizacji nagrania przed jego udostępnieniem Zamawiającemu, a nadto wiązałoby się z ingerencją w zapisany obraz, co zgodnie z treścią pkt 10 w rozdziale XVII SWU jest niedopuszczalne.

Mając na uwadze powyższe, celowe jest nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 5 z rozdziału XVI SWU, względnie jednoznaczne przyznanie, że anonimizacja miałaby być dokonywana już po zarejestrowaniu materiału i wyłącznie na odrębne żądanie Zamawiającego, zgłaszane jedynie w uzasadnionych przypadkach.

Zarzut dotyczący opisanego pojemników w sposób wskazujący na jednego producenta i utrudniającego uczciwą konkurencję

Za nieuzasadnione należy również uznać określone w rozdziale II pkt 3 ppkt 6 SWU wymaganie dotyczące wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki o pojemności od 1,5 do 4m³:

- których konstrukcja ma zapewnić szczelność zapobiegając w szczególności przedostaniu się do nich gryzoni lub ptaków, poprzez zastosowanie dźwigni/uchwyty otwierających urządzenie, jedynie w chwili użytkowania;
- wyposażonych w dźwignię nożną;
- których podstawa ma mieć kształt umożliwiający ustawienie zestawu pojemników w równym szeregu, aby osiągnąć wizualny efekt uporządkowania przestrzeni MGO.

Takie wymagania wskazują na tylko jednego producenta, tj. HEWEA sp. z o.o. z siedzibą w Bykowie, będącego dystrybutorem pojemników z systemem PRESKO, który będzie zdolny dostarczyć pojemniki (z którym Odwołujący nie współpracuje) i jako taki pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 29 ust. 3 Pzp i utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu bowiem:

- w uprzywilejowanej sytuacji stawia podmioty korzystające z pojemników PRESKO lub posiadające z ww. podmiotem lepsze kontakty gospodarcze;

- uzależnia wykonawców od dostawcy pojemników PRESKO, który mając w istocie monopol na dostarczenie systemu opisanego w SIWZ może od wykonawców żądać wynagrodzenia znacząco przekraczającego ich wartość, a także może potencjalnie odmówić dostarczenia i zainstalowania tego systemu w terminach określonych w SIWZ, eliminując *de facto* wykonawcę z możliwości prawidłowej realizacji zamówienia;
- co więcej, obsługa takich pojemników (opróżnienie ich z odpadów) wymaga posłużenia się przez wykonawcę specjalnym pojazdem (o specyficznej konstrukcji), zatem generować będzie dodatkowe koszty po stronie takich wykonawców, którzy podobnie jak Odwołujący w swojej działalności korzystają z innych konstrukcyjnie pojemników, stawiając w korzystniejszej sytuacji te podmioty, które posiadają i korzystają z pojemników PRESKO.

Jednocześnie wskazać należy, że pojemniki PRESKO nie posiadają żadnego tak innowacyjnego rozwiązania, które by je czyniło bardziej funkcjonalnymi od innych dostępnych na rynku pojemników. Inne pojemniki, np.: te stosowane przez Odwołującego, posiadają równie skuteczne zabezpieczenia przed przedostawaniem się gryzoni czy ptaków, jednak oparte na innej technologii, bez stosowania wymaganych przez Zamawiającego dźwigni czy uchwytów umożliwiających otwieranie pojemnika.

Podobnie nieuzasadnione jest wymaganie przez Zamawiającego, aby pojemniki na odpady miały posiadać system jezdny wyposażony w pełne gumowe kółka o średnicy minimum 200 mm. Po pierwsze bowiem, nie istnieją na rynku pojemniki posiadające pełne gumowe koła – z przyczyn technicznych koła te muszą mieć elementy z innego materiału (w szczególności z metalu), a gumowa może być najwyżej ich część zewnętrzna (rodzaj oponki). Po wtóre, zupełnie nieuzasadnione jest wymaganie, aby ww. koła miały minimum 200 mm średnicy istnieją bowiem na rynku (i występują powszechnie) pojemniki wyposażone w koła o nieco mniejszej średnicy, które jednak w żadnym stopniu nie tracą przez to na swej funkcjonalności. Większa średnica w niczym nie poprawia jakości pojemnika, a jednocześnie ogranicza konkurencję i może wskazywać na konkretnego dostawcę pojemników (który w swej ofercie posiada pojemnik wyposażony w takie właśnie koła).

W związku z powyższym, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie przywołanych wymogów dotyczących pojemników o pojemności od 1,5 do 4m³ (pkt 3 ppkt 6 w rozdziale II SWU) oraz wykreślenie wymogów dotyczących posiadania przez pojemniki pełnych gumowych kół o średnicy minimum 200 mm.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia obowiązku wymiany lub naprawy pojemników

W rozdziale II pkt 8 ppkt 4 SWU Zamawiający wprowadził obowiązek naprawy albo wymiany pojemników na odpady, nie określając jednocześnie przypadków, w których takie naprawy (bądź alternatywnie wymiana) pojemników miałyby być realizowane. W praktyce zatem nie jest wiadome, czy naprawie/wymianie będą podlegały wyłącznie pojemniki niesprawne technicznie, uszkodzone w stopniu wpływającym na ich użyteczność, czy też posiadające jakiegokolwiek wady czy skazy, chociażby były one czysto „kosmetyczne” (takie jak np. zarysowania i rysy, drobne pęknięcia niepowodujące utraty szczelności czy zabrudzenia powierzchni).

W praktyce ww. nieprecyzyjność SIWZ może mieć istotne konsekwencje finansowe dla wykonawcy. Jak bowiem wynika z doświadczenia Odwołującego, mieszkańcy nieruchomości bardzo często domagają się wymiany pojemników na nowe w sytuacji gdy dotychczasowe są w pełni sprawne, szczelne i funkcjonalne i w generalnym ujęciu wizualnie estetyczne. Brak jednoznacznej dyrektywy ze strony Zamawiającego, czy obowiązek wymiany pojemników dotyczy również ww. sytuacji oznacza dla wykonawcy niepewność co do kosztów jakie będzie ponosił w związku z wymianą czy naprawą pojemników. Tymczasem zapewnienie pojemników stanowi dla wykonawcy istotny koszt realizacyjny i tym samym znacząco wpływa na kalkulację ceny ofertowej.

W tej sytuacji konieczne jest nakazanie Zamawiającemu doprecyzowanie SIWZ poprzez wskazanie przypadków, gdy naprawy lub wymiany pojemników będą miały być dokonywane, w szczególności przez wskazanie, że wykonawca nie będzie zobligowany do dokonywania naprawy pojemników w sytuacji, gdy będą one posiadały drobne wady, zarysowania czy zabrudzenia, które nie rzutują na ich sprawność techniczną i funkcjonalność.

Zarzut dotyczący niedookreślenia możliwości dodatkowego zlecenia mycia i dezynfekcji pojemników

W rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość dodatkowego wykonania prac w zakresie mycia i dezynfekcji pojemników, poza terminami wynikającymi z harmonogramów, których termin i miejsce będzie sam określał. Z tytułu realizacji takich prac dodatkowych wykonawca nie będzie uprawniony do otrzymania żadnego dodatkowego wynagrodzenia, co oznacza, że koszty takich prac musi on ująć w jednostkowych stawkach ryczałtowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Jednocześnie żadne z postanowień SWU nie wskazuje zakresu czy maksymalnej liczby takich dodatkowych prac w zakresie mycia i dezynfekcji pojemników. Powyższe sprawia, że dokonanie rzetelnej wyceny kosztów z tym związanych nie jest możliwe, a na wykonawcę

zostaje przeniesione trudne do oszacowania ryzyko związane z możliwością powstania dodatkowych kosztów mycia i dezynfekcji.

Podkreślenia przy tym wymaga, że sytuacja, w której jedna ze stron stosunku umownego (Zamawiający) może dowolnie i jednostronnie kształtować zakres zobowiązania drugiej strony (w tym przypadku zobowiązania wykonawcy do mycia i dezynfekcji pojemników), które miałyby być realizowane bez dodatkowego wynagrodzenia (w ramach wynagrodzenia za odbiór odpadów, niezależnie od ponoszonych kosztów) powinna zostać oceniona jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Stanowi to bowiem rażące naruszenie równowagi ekonomicznej, które nie może być uzasadnione względami ochrony interesu publicznego.

Dodatkowo, przedmiotowe postanowienie nie wskazuje okresu, w których Zlecenia takich dodatkowych prac mogłyby być przez Zamawiającego składane. Oznacza to, że takie Zlecenia potencjalnie będą mogły być kierowane w ciągu całego roku, zarówno w sezonach letnich, jaki w okresie zimowym. Tymczasem urządzenia służące do mycia i dezynfekcji pojemników nie powinny być użytkowane w okresie zimy (w czasie, gdy temperatura otoczenia oscyluje wokół 0°C). Ich użytkowanie w tym okresie byłoby sprzeczne z zaleceniami producenta i co do zasady wymagałoby podjęcia dodatkowych szczególnych czynności celem zabezpieczenia urządzeń przed uszkodzeniem (co wiązałoby się dla wykonawcy z dodatkowymi kosztami, a przy tym nie wyeliminowałoby całkowicie ryzyka uszkodzenia urządzeń myjących).

Dlatego z punktu widzenia wykonawcy prawidłowa wycena wszystkich kosztów i ryzyka związanego z wykonywaniem dodatkowych Zleceń mycia u dezynfekcji pojemników wymagała będzie nie tylko podania maksymalnego zakresu (ilości lub częstotliwości) takich zleceń, ale również jednoznacznego wskazania, w jakim okresie (w których miesiącach) zlecenia takie będą kierowane.

Celowe jest zatem nakazanie Zamawiającemu dokonania takiego doprecyzowania, względnie wskazania, że z tytułu realizacji dodatkowych Zleceń w zakresie mycia i dezynfekcji pojemników wykonawca będzie uprawniony do dodatkowego wynagrodzenia, w wysokości ustalonej w oparciu o prace rzeczywiście w tym zakresie przez wykonawcę wykonane oraz stawkę, którą wykonawca powinien podać w swojej ofercie.

Zarzut dotyczący niemożliwego do wykonania obowiązku niedopuszczania do napełnienia pojemników

W rozdziale III pkt 2 ppkt 2 SWU Zamawiający przewidział obowiązek systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników w celu niedopuszczenia do ich napełnienia powyżej 90% całkowitej pojemności. Z obowiązkiem tym

Zamawiający skorelował postanowienia § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o)-r) oraz t) Projektu umowy, w których przewidział możliwość naliczenia wobec wykonawcy wysokich kar umownych w przypadkach, gdy do takiego napełnienia powyżej 90% pojemności dojdzie.

W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że takie „niedopuszczenie” do napełnienia pojemników nie będzie możliwe do zrealizowania. Efektywne monitorowanie pojemników i niedopuszczenie do ich napełnienia wymagałoby zaangażowania ogromnej liczby pracowników, których jedynym zadaniem byłaby obserwacja kilku (spośród tysięcy) miejsc gromadzenia odpadów i podejmowania reakcji (spowodowanie odebrania odpadów) w przypadku, gdy tylko powstanie ryzyko takiego napełnienia. Takie rozwiązanie byłoby oczywiście absurdalne, bowiem drastycznie zwiększyłoby koszty realizacji zamówienia, wymagając zaangażowania środków absolutnie niewspółmiernych do przedmiotu zamówienia. Ponadto wymagałoby to pozostawienia w stałej gotowości znacznej liczby pojazdów odbierających odpady, które mogłyby się pojawić odpowiednio szybko w miejscu potencjalnego „napełnienia”, gdy tylko takie ryzyko zostanie dostrzeżone.

Nawet wówczas nie gwarantowałyby to jednak, że do napełnienia pojemników nie dojdzie. Do napełnienia pojemnika może bowiem dojść w każdej chwili, przykładowo gdy jeden mieszkaniec umieści w nim jednorazowo większą ilość odpadów (kilka worków, znaczną ilość opakowań, np. kartonów po meblach) bądź też gdy kilku mieszkańców umieści swoje odpady w jednym spośród grupy pojemników (np. tym usytuowanym najbliżej wejścia). Wykonawca nie może zatem całkowicie wyeliminować przypadków napełnienia pojemników.

W tej sytuacji obowiązek „niedopuszczenia” do napełnienia pojemników winien być oceniony jako świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 Kc i jako taki uznany za nieważny.

Zaznaczyć przy tym należy, że w praktyce do napełnienia pojemników może dojść (i dochodzi) przy zachowaniu najwyższej staranności przez wykonawcę, nawet krótko po odbiorze odpadów przez śmieciarkę. Zupełnie niezrozumiałe jest to, dlaczego wykonawca miałby za takie napełnienie odpowiadać w sytuacji, gdy do napełnienia pojemnika dochodzi pomimo starannego wywiązywania się przez wykonawcę z obowiązków. Obciążanie wykonawcy odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w tym przypadku oraz narażanie go na ryzyko zapłaty w związku z tym kary umownej, musi być ocenione jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego

Zarzut dotyczący ustanowienia obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, których osiągnięcie jest niemożliwe

W § 12 ust. 1 pkt 12 lit. b) Projektu Umowy Zamawiający zobowiązuje do osiągnięcia poziomów: recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych,

z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Poziom ten i sposób jego obliczenia został określony w rozdziale XX pkt 1 SWU – został on ustalony na poziomie 50 % łącznej masy odpadów (z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne). Oznacza to, że wykonawca zobowiązany będzie wykazać się przed Zamawiającym, że 50% wszystkich odebranych odpadów (z wyłączeniem odpadów budowlanych i rozbiórkowych) zostanie poddane przygotowaniu do ponownego użycia i recyklingu.

Osiągnięcie takiego wskaźnika, ustalanego w odniesieniu do wszystkich frakcji odbieranych odpadów z wyjątkiem odpadów budowlanych i rozbiórkowych, a z uwzględnieniem odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) o kodzie 20 03 01, jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania. Takie odpady w niewielkim tylko zakresie mogą być poddane przygotowaniu do ponownego użycia i recyklingu (w istocie zaledwie w około 3% - jest to ograniczenie technologiczne i obiektywne, całkowicie niezależne od wykonawcy), a jednocześnie stanowią większość całego strumienia odpadów odbieranych w ramach realizacji zamówienia. W roku 2016 odpady komunalne zmieszane (20 03 01) stanowiły aż blisko 70% wszystkich odebranych odpadów. Oznacza to, że osiągnięcie poziomu 50% przygotowania do ponownego liczonego w odniesieniu do całego strumienia odpadów, nawet gdyby pozostałe frakcje odpadów (zbierane selektywnie) zostały przygotowane do ponownego użycia i recyklingu w 100% (co technologicznie też nie jest możliwe) wymagałoby, aby odpady zmieszane zostały przygotowane do ponownego użycia i recyklingu w co najmniej 28%.

Pokazuje to poniższe działanie matematyczne: $(30\% \times 100\%) + (70\% \times 28,5714\%) = 30\% + 20\% = 50\%$

Osiągnięcie takich poziomów jest absolutnie nieosiągalne.

Jedynym sposobem doprowadzenia do osiągnięcia poziomu 50% przygotowania do ponownego użycia i recyklingu wszystkich odpadów komunalnych (z wyłączeniem odpadów budowlanych i rozbiórkowych) byłoby doprowadzenie do znaczącej poprawy zachowań mieszkańców w zakresie prawidłowej segregacji odpadów, tj. doprowadzenie do tego, aby znacząco zmniejszyć strumień odpadów zmieszanych (niesegregowanych) oraz poprawić jakość segregacji odpadów zbieranych w sposób selektywny (obecnie takie odpady odbierane z obszaru Miasta Wrocławia są w znacznej mierze zanieczyszczone, co znacząco utrudnia poddanie ich procesom przygotowania do ponownego użytku i recyklingu i skutkuje znacznym obniżeniem poziomu przygotowania odpadów do ww. procesu.

Jednocześnie postanowienia Projektu Umowy nie dają wykonawcy instrumentów pozwalających na egzekwowanie od mieszkańców nieruchomości prowadzenia prawidłowej segregacji odpadów. W istocie możliwości wykonawcy ograniczają się do informowania mieszkańców i promowania prawidłowych zachowań w zakresie segregacji oraz zgłaszania Zamawiającemu przypadków, gdy segregacja jest prowadzona w sposób nieprawidłowy. Działania takie nie skutkują jednak (zgodnie z dotychczasową praktyką Odwołującego oraz innych wykonawców odbierających odpady komunalne) dostateczną zmianą zachowań mieszkańców i nie pozwalają na doprowadzenie do takiej segregacji odpadów komunalnych, aby co najmniej 50% z nich mogło być przygotowane do ponownego użycia i odzysku. Oznacza to, że nawet przy najbardziej starannym wykonywaniu obowiązków wynikających z umowy, przy dołożeniu staranności daleko wykraczające poza staranność wymaganą od profesjonalisty odbierającego odpady, osiągnięcie takich poziomów (lub nawet poziomów niższych, lecz zbliżonych do progu 50%) będzie absolutnie niemożliwe.

W tym kontekście, przewidziany w § 12 ust. 1 pkt 12 lit. b) Projektu Umowy obowiązek osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu 50% łącznej masy odpadów (z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne) ma charakter świadczenia niemożliwego i jako taki jest na mocy art. 387 § 1 Kc nieważny.

Podkreślenia w tym zakresie wymaga, że to gmina, nie zaś wykonawca, może skutecznie wpływać na zachowania mieszkańców. To gmina, której mieszkańcy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową (art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz. U. z 2020 r. poz. 713 j.t.), jest odpowiedzialna za segregację odpadów komunalnych i osiągnięcie odpowiednich poziomów odzysku. Przenoszenie na wykonawcę tej odpowiedzialności – bez przekazania mu całokształtu instrumentów, które mogłyby doprowadzić do zapewnienia prawidłowej segregacji – musi być ocenione jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Co więcej, w stanie faktycznym sprawy Zamawiający oczekuje zawarcia przez wykonawcę umowy w zakresie świadczenia, które jak z góry wiadomo nie zostanie wykonane. Oznacza to, że wykonawca (każdy wykonawca działający na rynku) *a priori* musi zakładać, że będzie mógł zostać obciążony odpowiedzialnością za niewykonanie obowiązków umownych i obciążony wysokimi karami umownymi przewidzianymi w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p)-t) oraz u) Projektu Umowy. Takie rozwiązanie nie może być uznane za zgodne z zasadami współżycia społecznego.

Zarzut dotyczący zapisów o rękojmi

Za niezgodne z prawem winno zostać uznać zawarte w § 18 Projektu Umowy postanowienie, zgodnie z którym wykonawca zawierający Umowę miałby udzielić Zamawiającemu rękojmi na jej przedmiot na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia jej realizacji.

Wskazać należy, że świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia jest usługą, do której zastosowanie będą miały przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu (art. 750 Kc). Przepisy Kc nie przewidują stosowania rękojmi przy umowie zlecenia, co jest uzasadnione przede wszystkim specyfiką stosunku zlecenia. Przy tego rodzaju świadczeniu usługodawca nie jest zobowiązany do osiągnięcia z góry określonego i zindywidualizowanego rezultatu (wykonania dzieła). Tym samym, nie jest możliwe stosowanie do umowy zlecenia (umowy o świadczenie usług) odpowiedzialności z tytułu rękojmi, skoro brak jest w takiej umowie elementu, który mógłby pod kątem istnienia wad (czy to wad fizycznych, czy też prawnych) być oceniany,

W tej okoliczności § 18 Projektu Umowy dotyczący udzielenia przez wykonawcę rękojmi na przedmiot umowy jest nieprawidłowy, skoro przedmiot Umowy nie poddaje się ocenie w zakresie istnienia ewentualnych wad fizycznych lub prawnych. Celowe jest zatem nakazanie Zamawiającemu wykreślenie przedmiotowego zapisu z Projektu Umowy, aby usunąć wszelkie wątpliwości co do zasad odpowiedzialności wykonawcy z tytułu wykonywania przedmiotu zamówienia.

Konsekwentnie, modyfikacji powinien ulec zapis § 17 ust. 5 Projektu Umowy w taki sposób, aby przewidywał on zwrot 100 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go za należyte wykonane (bez zatrzymywania jakiegokolwiek części na zabezpieczenie nieistniejących roszczeń z tytułu „rękojmi”).

Zarzuty dotyczące kar umownych

W przedmiotowej sprawie Zamawiający przewidział niezwykle szeroki katalog okoliczności skutkujących możliwością naliczenia kar umownych. Katalog ten składa się w sumie aż z blisko 180 przesłanek, których znaczna część swym zakresem obejmuje cały szereg okoliczności faktycznych, w wielu przypadkach określonych nieprecyzyjnie. W praktyce każde naruszenie przez wykonawcę któregośkolwiek z postanowień umowy w sprawie zamówienia oraz każde naruszenie zapisów SWU stwarzać będzie po stronie wykonawcy ryzyko poniesienia wysokich kosztów kar umownych.

Nie kwestionując – co do zasady – uprawnienia Zamawiającego do określenia tak szerokiego katalogu kar umownych naliczanych wobec wykonawcy (przy jednoczesnym braku

przewidzenia chociażby jednego przypadku, w którym karę umowną mógłby naliczyć Wykonawca) wskazać należy, że w okolicznościach niniejszego Postępowania ów katalog kar umownych został określony w taki sposób, że obciąża wykonawcę ogromnym ryzykiem (niewspółmiernym do charakteru prowadzonego postępowania), którego rzeczywisty zakres oraz rozmiar jest na etapie sporządzania oferty niemożliwy do przewidzenia. Powyższe wynika co najmniej z trzech powodów:

- po pierwsze, z określenia wysokości kar umownych na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody Zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone, co przy jednoczesnym określeniu niezwykle szerokiego ich katalogu stwarza po stronie wykonawcy ryzyko poniesienia straty niewspółmiernej do ewentualnych uchybień w realizacji Umowy oraz szkody, która mogłaby być przez Zamawiającego poniesiona;
- po wtóre, z przewidzenia kar umownych naliczanych w przypadkach, które mogą zaistnieć pomimo dołożenia przez wykonawcę należytej staranności;
- po trzecie, z braku oznaczenia maksymalnej wysokości, w jakiej kary mogą zostać na wykonawcę nałożone.

W ocenie wykonawcy, wobec takiego ukształtowania treści umowy potencjalna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający jest uprawniony obciążyć wykonawcę, może przekroczyć wysokość całego wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy i to nawet w przypadku, jeśli świadczenie wykonawcy w znacznej części zostanie wykonane należycie.

1. Ustanowienie kar umownych rażąco wygórowanych

Kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej

Z powyższych względów wysokość zastrzeżonej w umowie kary umownej nie może być kształtowana dowolnie (w szczególności na dowolnie wskazanym wysokim poziomie). Kara umowna nie może być ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, co wprost wynika z treści art. 484 § 2 Kc.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że w świetle przedstawionego kryterium kary zapisane przez Zamawiającego w postanowieniach:

- a) § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) Projektu Umowy;
- b) § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy;
- c) § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy;
- d) § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a)-f) Projektu Umowy;
- e) § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy;
- f) § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy;
- g) § 15 ust. 2 pkt 6 lit. c) Projektu Umowy;
- h) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. aa) Projektu Umowy;
- i) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy;
- j) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p-s) Projektu Umowy;
- k) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy;

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

I tak:

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) i f) Projektu Umowy dotyczy przypadku niedostarczenia oświadczenia potwierdzającego wypełnienie obowiązku dostarczenia harmonogramów na teren nieruchomości jednorodzinnych, za każdy przypadek i za każdy dzień – co oznacza, biorąc pod uwagę dużą liczbę nieruchomości, do których harmonogramy muszą zostać doręczone, że potencjalna kara w przypadku opóźnienia w przekazaniu harmonogramu wynoszącego zaledwie jeden dzień może być bardzo wysoka – niewspółmiernie wyższa od potencjalnej szkody, jaką może ponieść w tym przypadku Zamawiający (w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że możliwa jest sytuacja, w której wykonawca przekaże harmonogram do nieruchomości, a jedynie nie dostarczy oświadczenia Zamawiającemu (dostarczy go z opóźnieniem);
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy w wysokości 1.000 zł za w przypadku niedostarczenia i/lub nieudostępnienia Zamawiającemu w tym na Wirtualnym Dysku, któregośkolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych określonych w SWU, za każdy element i za każdy dzień – kara ta potencjalnie, w zależności od liczby nieprzekazanych dokumentów bądź niezawartych elementów, może kumulować się

do ogromnej wysokości (biorąc pod uwagę liczbę elementów zwartych w rozdziale XIX SWU), zupełnie nieproporcjonalnej do poniesionej przez Zamawiającego szkody;

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów ID do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką) a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy, co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery ID nie zostały przypisane do MGO;
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów ID do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 100 zł za każdy dzień opóźnienia za każde MGO co przy liczbie MGO ok. 9 300 powoduje, że nawet krótkie opóźnienie w czynności wprowadzenia numerów ID dla wszystkich MGO (co może być związane z opóźnieniem we wdrożeniu systemu) będzie się wiązało z obowiązkiem zapłaty niebotycznie wysokiej kary sięgającej 930.000 zł za każdy dzień opóźnienia a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy – co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery ID nie zostały przypisane do MGO;
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów Transponderów zamontowanych w pojemnikach do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 10.000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką) a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy – co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery transponderów nie zostały przypisane do MGO;
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów Transponderów zamontowanych w pojemnikach do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 100 zł za każdy dzień opóźnienia za każde MGO co przy liczbie MGO ok. 9.300 powoduje, że nawet krótkie opóźnienie w czynności wprowadzenia numerów ID dla wszystkich MGO (co może być związane z opóźnieniem we wdrożeniu systemu) będzie się wiązało z obowiązkiem zapłaty niebotycznie wysokiej kary sięgającej 930.000 zł za każdy dzień opóźnienia a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara

- określona w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. c) Projektu Umowy – co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery ID nie zostały przypisane do MGO;
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania do wykazu adresów nieruchomości informacji o MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 30.000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką) a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy – co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że do wykazu adresów nieruchomości nie zostały przypisane informacje o MGO;
 - kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania do wykazu adresów nieruchomości informacji o MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 100 zł za każdy adres, co powoduje, że nawet krótkie opóźnienie w czynności dla wszystkich adresów (przy liczbie adresów przekraczającej liczbę MGO) będzie się wiązało z ryzykiem zapłaty kary przekraczającej 1 mln dziennie);
 - sumarycznie kary przewidziane w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a-f) – w przypadku opóźnienia w przypisaniu w systemie danych dotyczących zarówno numerów ID MGO, Transponderów i adresów nieruchomości (co często może być powiązane) mogą wynieść kilka milionów złotych za każdy dzień opóźnienia, co w przypadku trwania opóźnienia w okresie jednego miesiąca może skutkować naliczeniem kary na poziomie wartości całego zamówienia. Tak wysoką karę trudno uznać za uzasadnioną możliwością wystąpienia jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego (w szczególności w przypadku, gdy pomimo zaistnienia tego rodzaju opóźnienia usługa odbioru odpadów będzie realizowana należycie, a jedynym powodem opóźnień będą względy techniczne, leżące przykładowo po stronie dostawcy systemu);
 - przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy kara za niedostarczenie wyliczeń chociażby w jednej z form przewidzianych przez Zamawiającego jest karą bardzo wysoką (5.000 zł) i całkowicie oderwaną od potencjalnej szkody Zamawiającego – Zamawiający nie poniesie żadnej szkody w przypadku niewielkiego opóźnienia w przekazaniu ww. wyliczeń, a naliczona kara będzie prowadziła wyłącznie do jego wzbogacenia; jak wynika z literalnego brzmienia kwestionowanego zapisu kara ta – co należy podkreślić może być naliczona nawet wówczas, gdy Wykonawca przedstawi wyliczenia, ale tylko w jednej formie (elektronicznej albo pisemnej) – a wówczas trudno będzie mówić o powstaniu jakiegokolwiek uszczerbku po stronie Zamawiającego;

- analogiczne względy przemawiają za uznaniem za rażąco wygórowaną kary umownej określonej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy (2.000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z rozdziałem XXI pkt 3 SWU) – dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nie jest jasne, do jakich dokumentów referuje przedmiotowe postanowienie – bowiem pkt 3 w rozdziale XXI wspomina o sprawozdaniach oraz „dokumentach dotyczących poziomów ograniczania masy odpadów, poziomów recyklingu przygotowania do ponownego użycia i odzysku” – bez jednoznacznego precyzowania (w tym punkcie), jakie są to dokumenty, co biorąc pod uwagę naliczanie kary „za każdy przypadek” otwiera pole do interpretacji zapisu, narażając wykonawcę na zwielokrotnienie ww. kary w zależności od tego, ile dokumentów w danym przypadku wykonawca przekaże z opóźnieniem);
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. aa) Projektu Umowy ustalona została w oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego – trudno bowiem mówić o szkodzie wynikającej z tego, że dany pojazd nie został oznaczony dokładnie tak, jak tego w danym przypadku wymagał Zamawiający; w szczególności należy mieć na uwadze fakt, że ewentualne niezgodności w oznakowaniu takiego pojazdu, jeśli będą trwały przez okres jednego miesiąca, będą uprawniały do naliczenia przez Zamawiającego kary na poziomie 300.000 zł – a więc potencjalnie nawet więcej, niż wynosi wartość takiego pojazdu;
- kara umowna przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy dotyczy nieprzywrócenia dostępu do systemu wizyjnego monitorowania pojazdów i wynosi 5.000 zł za każdy przypadek i za każdy dzień – co daje podstawę przypuszczać, że w przypadku odmiennych jakościowo awarii tego systemu, w szczególności awarii w różnych pojazdach kara ta będzie zwielokrotniana i potencjalnie może być okazać się bardzo wysoka; nadto kara ta pozostaje w całkowitym oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego (trudno jest stwierdzić, aby taka szkoda po stronie Zamawiającego w związku z czasowym brakiem dostępu do sygnału wizyjnego z jednego pojazdu odbierającego odpady zbliżyła się choć trochę do poziomu 5.000 zł dziennie; podkreślenia również wymaga, że zupełnie niezrozumiała jest sytuacja, w której Zamawiający z jednej strony wymaga dostarczenia konkretnego systemu monitoringu BACKEYE 360 (nie dając wykonawcy nawet możliwości wyboru dostawcy), z drugiej strony za błędy w jego działaniu obciąża wykonawcę i to w wysokości tak wysokiej, jak przewidział to Zamawiający;
- kary przewidziane § 15 ust. 2 pkt 12 lit. n)-s) Projektu Umowy za nienależyte wykonanie obowiązków związanych z systemem monitoringu wizyjnego (5.000 zł za

- każdy przypadek, za każdy dzień) lub za nieprzywrócenie – kara ta również pozostają w całkowitym oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego (trudno jest stwierdzić, aby taka szkoda po stronie Zamawiającego w związku z czasowym brakiem dostępu do sygnału wizyjnego z jednego pojazdu odbierającego odpady zbliżyła się choć trochę do poziomu 5 000,00 zł dziennie; podkreślenia również wymaga, że zupełnie niezrozumiała jest sytuacja, w której Zamawiający z jednej strony wymaga dostarczenia konkretnego systemu monitoringu BACKEYE 360 (nie dając wykonawcy nawet możliwości wyboru dostawcy), z drugiej strony za błędy w jego działaniu obciąża wykonawcę i to w wysokości tak wysokiej, jak przewidział to Zamawiający, dodatkowo kary te mogą w wielu przypadkach wynikać z tożsamyh okoliczności (awarii, braków wyposażenia), co może prowadzić do ich zwielokrotniania lub kumulowania;
- przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kara umowna za każdy przypadek braku czytelności zapisu (500 zł) może być naliczana za każdą kamerą i za każdy dzień, co oznacza, że brak czytelności zapisu z jednego pojazdu wiąże się z potencjalną karą w wysokości 2 500 zł (5 kamer); kara podobnie jak uprzednio wymienione, abstrahuje od wysokości szkody Zamawiającego, ponadto zdaniem Wykonawcy obraz z systemu wymaganego przez Zamawiającego (BACKEYE) co do zasady może być nieczytelny (jak zostało wskazane we wcześniejszej części odwołania), co stwarza ryzyko częstego naliczania tego rodzaju kary przez Zamawiającego,

W związku z powyższym przedmiotowe kary winny zostać obniżone zgodnie z wnioskiem Odwołującego zawartym w *petitum* odwołania.

2. Ustalenie kar, naliczanych za przepełnienie pojemników oraz za brak ponowienia usługi w przypadku niewystawienia pojemnika przez właściciela

Sprzeczne z naturą stosunku prawnego i obciążające wykonawcę nadmiernym oraz niemożliwym do skalkulowania ryzykiem są kary umowne przewidziane za dopuszczenie do przepełnienia się pojemników.

Wskazać bowiem należy, że usługa odbioru odpadów jest umową starannego działania, w której wykonawca jest zobowiązany dołożyć należytej staranności i odbierać odpady zgodnie z wcześniej ustalonym harmonogramem. Świadczenie wykonawcy nie polega na stałym monitorowaniu każdego z tysięcy pojemników na odpady (technicznie nie byłoby to wykonalne) oraz wysyłaniu pojazdu odbierającego odpady w przypadku jego zapelnienia w określonym stosunku, lecz regularny odbiór odpadów (połączony oczywiście z możliwością

stosownego zwiększenia częstotliwości odbioru w sytuacji, gdy pojemniki regularnie się przepełniają).

Wykonawca nie jest w stanie w wielu przypadkach przewidzieć zapełnienia się pojemników, bowiem owo zapełnianie często następuje w sposób nieliniowy i nie dający się przewidzieć (i tym samym nie dający podstawy do zaplanowania przez wykonawcę z odpowiednim wyprzedzeniem dodatkowego kursu pojazdu odbierającego odpady). Często zdarzają się sytuacje, w której mieszkańcy (np. w związku z remontem, wymianą mebli bądź urządzeń bądź otrzymaniem dostawy wyposażenia mieszkania) jednorazowo wyrzucają większą ilość odpadów do jednego pojemnika, co może prowadzić do jego szybkiego zapełnienia. Bardzo często przepełniany jest tylko jeden z wielu pojemników (np. ten położony najbliżej wejścia), podczas gdy inne pozostają puste – bowiem mieszkańcom najłatwiej jest pozostawiać odpady w tym właśnie pojemniku.

Karanie wykonawcy za wystąpienie takiej sytuacji musi być uznane za sprzeczne z naturą zobowiązania wykonawcy oraz z zasadami współżycia społecznego, bowiem taka sytuacja może nastąpić nawet pomimo dochowania przez wykonawcę należytej staranności (w tym staranności najwyższej).

W związku z powyższym, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ww. kar z Projektu Umowy.

Za nieuzasadnione należy uznać również karanie wykonawcy za niedokonanie ponownego odbioru w przypadku np. niewystawienia pojemnika przez właściciela lub zarządcę nieruchomości. Sytuacje tego rodzaju nie są możliwe do przewidzenia i oznaczają obciążenie wykonawcy kosztami dodatkowego odbioru i przeorganizowania sposobu świadczenia usługi (często przez wysłanie dodatkowego pojazdu bądź zmianę tras odbioru odpadów).

Z tej przyczyny zasadne będzie nakazanie Zamawiającemu wykreślenie również kary przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. ff Projektu Umowy.

3. Brak określenia maksymalnego poziomu, do jakiego mogą być naliczane kary ustalone kumulatywnie za każdy dzień trwania naruszenia

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że w § 15 ust 2 Projektu Umowy Zamawiający ustanowił cały szereg kar umownych, których wysokość będzie ustalana jako iloczyn oznaczonej sumy (wskazanej kwotowo) liczby dni, w których trwało opóźnienie lub stan „naruszenia” obowiązków umownych. Dla żadnego z tych przypadków Zamawiający nie określił końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy karą umowną w nieokreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 Kc

wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w; związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego.

Dostrzeżenia w tym zakresie wymaga, że w przypadku naliczania przedmiotowych kar umownych w dłuższym okresie czasu znaczna ich część może w konsekwencji okazać się karami rażąco wygórowanymi. W sytuacji np. braku zwrócenia przez Zamawiającego uwagi wykonawcy na określone uchybienia (np. wyposażeniu pojazdów odbierających odpady czy w działaniu systemów bądź oznakowaniu pojemników lub pojazdów), które istniały od początku realizacji zamówienia, Zamawiający mógłby po upływie np. kilkunastu miesięcy naliczyć kary sięgające kilku milionów złotych.

W konsekwencji, w stanie faktycznym sprawy brak oznaczenia przez Zamawiającego kwoty bądź terminu, do których przewidziane w § 15 ust 2 Projektu Umowy kary umowne naliczane jako iloczyn określonej kwoty i jednostki czasu (liczby dni) miałyby być naliczane, musi być uznany za sprzeczne z art. 483 Kc (z uwagi na brak wskazania „określonej sumy”), a nadto jako naruszający zasady współżycia społecznego oraz sprzeczny z naturą zobowiązania.

4. Nieprecyzyjne określenie podstawy naliczania kary za „inne przypadki naruszenia”

Postanowieniem § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy Zamawiający zastrzegł obowiązek zapłaty przez Wykonawcę kary umownej „za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania/wykonywania niniejszej umowy, za każdy dzień, z wyłączeniem przypadków określonych powyżej”.

Przypadki, które w myśl powołanego postanowienia § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy miałyby uprawniać Zamawiającego do naliczenia kary umownej zostały określone w sposób niezwykle szeroki – powodujący, że w istocie każde, nawet najdrobniejsze odstępstwo od zapisów umowy bądź SWU mogłoby powodować naliczenie kary. Postanowienie to oznacza, że naruszenie każdego, nawet najbardziej błahego wymagania, będzie skutkowało naliczeniem kary umownej wysokości 100 zł za każdy dzień i każdy przypadek naruszenia.

Tak szerokie zakreślenie podstaw naliczania kar umownych powoduje, że Odwołujący, w ramach czasowych zakreślonych terminem składania ofert, nie ma możliwości ustalenia wyczerpującego katalogu tych wszystkich przypadków, w których kary umowne mogą zostać naliczone. Powyższe oznacza, że przywołane postanowienia w sposób dostatecznych nie identyfikują przypadków (postaci) niewykonania lub nienależytego wykonania, które są obwarowane sankcją kary umownej.

W świetle powyższego, postanowienie § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy, jako wprowadzające *de facto* ogólny obowiązek zapłaty kary umownej (za uchybienie któremukolwiek wymaganiu czy postanowieniu umowy w sprawie zamówienia),

jako sprzeczne z art. 483 Kc oraz sprzeciwiające się naturze zobowiązania do zapłaty kary umownej należy uznać za niedopuszczalne i nieważne na mocy art. 58 § 1 Kc.

Niezależnie od tego wskazać należy, że przedmiotowe postanowienia należy oceniać również w świetle uregulowań art. 353¹ Kc i w tym zakresie należy je uznać za naruszające wyrażoną w tym przepisie zasadę swobody umów.

Niewątpliwie postanowienie § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nakłada bowiem na wykonawcę ryzyko związane z ewentualną koniecznością zapłaty kar umownych; które to ryzyko na etapie kalkulacji oferty jest nie tylko trudne, ale wręcz niemożliwe do oszacowania. Objęcia zakresem kar umownych naruszenia wszystkich postanowień umowy powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie ustalić wszystkich przypadków, w których kary mogą być naliczone. Nie znając tych przypadków nie może tym samym rzetelnie oszacować, kiedy i w jakiej wysokości przedmiotowe kary mogą zostać na niego nałożone.

Obciążanie wykonawcy ryzykiem zapłaty kary umownej – bez zapewnienia mu możliwości jego oszacowania i odpowiedniego skalkulowania ceny ofertowej, musi być ocenione nie tylko jako naruszenie zasad współżycia społecznego, ale również winno być zakwalifikowane jako nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego (art. 5 Kc). Takie ukształtowanie postanowień umowy nie może być usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego ani też ochroną interesu publicznego. Nie mieści się w granicach takiego interesu karanie wykonawcy za każdy, nawet najdrobniejszy przejaw niezgodności jego zachowań z treścią stosunku umownego czy też obciążanie go ryzykiem niemożliwym do skalkulowania.

Brak możliwości przewidzenia wszystkich potencjalnych przypadków tego rodzaju naruszeń nie tylko uniemożliwia rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej (uwzględnienia w niej ryzyka zapłaty kar umownych), ale również znacząco utrudnia odpowiednie przygotowanie i organizację pracy wykonawcy celem zminimalizowania ryzyka powstania sytuacji skutkujących możliwością naliczenia kar umownych. Skoro Zamawiający uznaje, że wszystkie obowiązki umowne są bardzo istotne i mogą – w przypadku nienależytego ich wykonania – skutkować naliczeniem kary, to tym samym Wykonawca nie może dokonać odpowiedniej priorytetyzacji podejmowanych zadań, lecz celem ochrony swego interesu finansowego musi w równym stopniu dbać o dotrzymanie wszystkich wymagań określonych w umowie.

Zaznaczyć należy, że przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu ma charakter bardzo złożony, o czym świadczy w szczególności obszerność dokumentu opisującego przedmiot zamówienia (SWU). Przedmiot zamówienia będzie wykonywany przez osoby posiadające różne kwalifikacje – tj. zarówno przez osoby posiadające uprawnienia oraz

doświadczenie, jak i przez pracowników niewykwalifikowanych. W tych okolicznościach zaistnienie ewentualnych niedociągnięć (w szczególności tych niewielkich) w świadczeniu wykonawcy będzie niezwykle trudne do uniknięcia.

Biorąc pod uwagę powyższe, postanowienie § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy jako sprzeczne z istotą kary umownej wynikającą z treści art. 483 Kc, naruszające zasady współżycia społecznego i stanowiące przejaw nadużycia prawa podmiotowego Zamawiającego do ukształtowania treści stosunku prawnego w sposób zabezpieczający interes publiczny winno zostać wykreślone.

Zarzuty dotyczące ochrony danych osobowych

1. Rodzaj danych osobowych, które Zamawiający planuje powierzyć wykonawcy

Projekt umowy powierzenia przetwarzania zakłada powierzenie wykonawcy przetwarzania danych osobowych osób zgłaszających reklamacje/wnioski/uwagi/zastrzeżenia obejmujących następujący rodzaj danych osobowych: imię i nazwisko, adres poczty elektronicznej (e-mail), numer telefonu, adres korespondencyjny, adres zamieszkania, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu, fotografii.

W ocenie Odwołującego – do prawidłowej realizacji umowy – w tym odpowiadania na reklamacje/ wnioski/ uwagi/ zastrzeżenia mieszkańców wystarczające jest imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/zastrzeżenie, dane kontaktowe, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii oraz nagrania z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów. Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. c Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), zwanego dalej „RODO”, dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane – przekazanie zatem Odwołującemu nadmiarowych danych, które nie są mu niezbędne do rozpoznania reklamacji/wniosków/uwag/zastrzeżeń będzie stanowiło naruszenie ww. przepisu.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, Zamawiający jest administratorem danych osobowych osób ujętych na nagraniach z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów – i ten rodzaj danych również powinien zostać powierzony Wykonawcy. W myśl art. 4 ust. 7 RODO Administratorem jest osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych

osobowych. Jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa, członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania.

Odwołujący stoi na stanowisku, że samo faktyczne posiadanie przez wykonawcę danych w postaci nagrań z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów nie przesądza o jego tożsamości jako administratora. Uzasadniając stanowisko, należy odnieść się do konstytutywnych elementów wskazanych w definicji pojęcia administratora – ustalania celów przetwarzania danych osobowych oraz ustalania sposobów przetwarzania danych. Intencją prawodawcy było rozróżnienie administratora danych osobowych od innych podmiotów przetwarzających na podstawie faktycznej kontroli nad przetwarzaniem danych, w której zakres bezspornie należy zaliczyć decydowanie o celach i sposobach przetwarzania, nie zaś faktyczne przetwarzanie, które może być powierzone innemu podmiotowi.

Postanowienia dokumentacji przetargowej szczegółowo określają warunki, jakie musi spełniać system wizyjnego monitorowania pojazdów.

Konkludując, to Zamawiający decyduje o celach (weryfikacja sposobu i prawidłowości realizacji umowy przez Wykonawcę) i środkach (przykładowo ilość i rozmieszczenie kamer) przetwarzania danych, narzucając na Wykonawcę obowiązek wprowadzenia systemu wizyjnego monitorowania pojazdów. Intencją Odwołującego nie jest samodzielne wprowadzenie systemu wizyjnego monitorowania pojazdów. Gdyby nie wymogi narzucane przez Zamawiających, to Odwołujący nie realizowałby w ogóle takiego procesu.

Efektom zmiany w dokumentacji przetargowej i przyjęcia, że to Zamawiający jest administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest konieczność powierzenia ww. danych osobowych Wykonawcy, a co za tym idzie zamiana treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych oraz zmiana w rozdziale XV pkt 5 Szczegółowych Warunków Umowy,

2. Nałożenie na wykonawcę nadmiarowego wymogu w umowie powierzenia przetwarzania danych osobowych

W ocenie Odwołującego przepis § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia wprowadza zbędny i nadmiarowy wymóg zgodnie z którym Przetwarzający, na żądanie Powierzającego lub administratora danych, udostępni niezwłocznie pełną dokumentację dotyczącą zasad bezpieczeństwa oraz technicznych i organizacyjnych środków mających na celu ochronę danych osobowych w poszczególnych CPDO – jest zbędne i nadmiarowe.

Odwołujący opracował oraz wdrożył w swojej organizacji dokumentację związaną z ochroną danych osobowych. Ponadto - zgodnie z art. 32 RODO – Odwołujący wdrożył odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, aby zapewnić odpowiedni stopień bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych. Dokumentacja ta jest jednak dokumentacją wewnętrzną Odwołującego, zawierającą także *know-how* dotyczące zasad przetwarzania danych osobowych. Dodatkowo postanowienia projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zobowiązują Wykonawcę do spełnienia wymagań określonych w art. 32 RODO. Wobec powyższego, nałożenie na Wykonawcę obowiązku określonego w § 8 ust. 2 jest zbędne i nadmierowe. Odwołujący podziela stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, w którym wskazano, że „(...) „Polityka bezpieczeństwa” służy wskazaniu środków bezpieczeństwa i procedur bezpiecznego przetwarzania informacji, w tym danych osobowych. Jest opracowywany w związku z koniecznością wypełnienia obowiązku w zakresie udokumentowania stosowanych przez administratora danych osobowych środków technicznych i organizacyjnych, mających na celu zapewnienie ochrony przetwarzanym danym przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabranieniem przez osobę nieuprawnioną, przetwarzaniem z naruszeniem ustawy oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem. Zgodnie z przepisami wykonawczymi do ustawy o ochronie danych osobowych, w Polityce bezpieczeństwa należy zamieścić m.in. wykaz zabezpieczeń fizycznych i technicznych, miejsc, gdzie dane są przetwarzane oraz programów zastosowanych do przetwarzania danych osobowych. Udostępnianie na zewnątrz takich informacji może osłabić ich skuteczność przez co zagraża właściwej ochronie danych osobowych. Zapoznanie osób trzecich ze szczegółami rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa danych i architekturą systemów zastosowanych do ich przetwarzania może ułatwić przestępcom komputerowym ingerencję w te systemy (np. zatrzymania pracy lub niekontrolowaną modyfikację systemu, przejęcie, zniekształcenie lub usunięcie danych w nim zawartych) poprzez ominięcie zastosowanych zabezpieczeń lub ich „złamanie”. Polityka bezpieczeństwa powinna być zatem dokumentem o charakterze wewnętrznym, a osoby, które dysponują wiedzą dotyczącą sposobów zabezpieczenia danych, są zobowiązane te informacje zachować w tajemnicy – zgodnie z art. 39 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych (...).Powyższe stanowisko – pomimo że wydane na gruncie poprzednich przepisów – w ocenie Odwołującego wciąż zachowuje aktualność (<https://archiwum.giodo.gov.pl/pl/222/9906>).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty opisane w *petitum* odwołania numerami 1, 2, 6, 7 (w części), 9, 10 (w części), 11 (w części), 12 i 13 (w części), natomiast Odwołujący na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy cofnął zarzuty nr 3-5, 8 lit. a, 7 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), 10 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego), 11 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego).

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w powołaniu na następującą argumentację.

W zakresie zarzutu dotyczącego ustanowienia obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, których osiągnięcie jest niemożliwe Zamawiający w pierwszej kolejności obliczenia przedstawione przez Odwołującego, jako nie wskazujących na przyjęte przezeń założeń.

Zamawiający podał, że:

1. Odwołujący założył, że odpady zmieszane stanowią 70% strumienia odpadów, tymczasem zgodnie z uzasadnionymi prognozami i formularzem ofertowym jest to 60% odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości (te zaś należy brać pod uwagę w obliczaniu uzyskiwanych poziomów); Odwołujący powołał się przy tym na nieokreślone co do źródła dane z 2016 r., podczas gdy udział odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów komunalnych systematycznie spada; założenia co do ilości odpadów zmieszanych przyjmowane przez Zamawiającego oparte są na rzeczywistych i aktualnych danych, nie zaś jak czyni to Odwołujący na bliżej nieokreślonych danych historycznych;
2. Z SIWZ jednoznacznie wynika, że planowana łączna ilość odpadów do odebrania z Sektora III (łącznie z odpadami wielkogabarytowymi) to 251.616,6 ton, z czego zmieszane to 152.221,8 ton (co stanowi w przybliżeniu 60% odpadów przewidzianych do odebrania), a selektywnie zbierane to 99.394,8 ton (co stanowi w przybliżeniu 40% odpadów przewidzianych do odebrania); Odwołujący założył natomiast błędną i nie znajdującą pokrycia w faktach ani jakichkolwiek prognozach proporcję 70:30; ilość odpadów zmieszanych w strumieniu odpadów komunalnych ulega stopniowemu zmniejszaniu i wprowadzone zmiany systemowe wskazują na to, że będzie on kontynuowany; nie można wcale wykluczyć, że ilość odpadów zmieszanych faktycznie odbieranych przez wykonawców znacząco spadnie poniżej 60%, co zdecydowanie ułatwi osiągnięcie zakładanych poziomów, bez obaw związanych z karami umownymi;

3. W świetle SIWZ osiągnięcie zakładanego poziomu zakłada poddanie recyklingowi i przygotowaniu do ponownego użycia 125808,3 ton odpadów (50%);
4. zgodnie z założeniami Odwołującego przy poziomie recyklingu 100% w przypadku odpadów segregowanych do wymaganego poziomu brakuje 26413,5 ton (125.808,3-99.394,8), co wymagałoby uzyskania poziomu w odniesieniu do odpadów zmieszanych w wysokości 17%, a nie jak wskazuje Odwołujący 28%;
5. Zamawiający przygotował SIWZ w oparciu o miarodajne, nie zaś spekulatywne obliczenia; przyjąwszy rozsądną i uzasadnioną analizami morfologicznymi prognozę (dowód zostanie przedstawiony na rozprawie), że poziom recyklingu w odniesieniu do odpadów zmieszanych może wynosić 25 %; uzyskana masa odpadów poddanych recyklingowi pochodząca z odpadów zmieszanych wyniesie 380.55,45 ton; do osiągnięcia wymaganego poziomu brakować będzie 87.752,85 ton, co wymagać będzie osiągnięcia 88% poziomu recyklingu z odpadów segregowanych; rzeczywiste praktyki zagospodarowywania bioodpadów pochodzących z terenu gminy Wrocław, wskazują, że recyklingowi poddaje się 100% tych odpadów, a ich ilość w całym strumieniu odpadów jest znacząca (w sektorze III zakłada się, że będzie to co najmniej 11% odpadów).

W pozostałym zakresie Zamawiający powołał się na argumentację jak w przypadku zarzutu nr IV z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1015/20.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący § 8 ust. 2 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych Zamawiający stwierdził, że przekazanie wskazanej tam dokumentacji jest niezbędne w procesie kontroli i zabezpieczenie przetwarzanych danych osobowych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że z jednej strony Odwołujący uważa, że to Zamawiający powinien być administratorem danych z systemu monitoringu pojazdów, natomiast z drugiej strony oczekuje usunięcia z umowy powierzenia przetwarzania danych, które również musiałaby być zawarta w zakresie monitoringu gdyby Zamawiający miał być administratorem danych, obowiązków przedkładania dokumentacji dotyczącej zasad bezpieczeństwa oraz technicznych i organizacyjnych środków mających na celu ochrony danych osobowych w poszczególnych centrach przetwarzania danych osobowych. W konsekwencji realizacja obu tych wniosków Odwołującego się prowadziłaby do sytuacji, że Zamawiający, jako administrator danych z monitoringu nie może zweryfikować ww. dokumentacji dotyczącej zasad bezpieczeństwa.

Nadto, zarzut w tym brzmieniu wraz z argumentacją wskazaną w uzasadnieniu, był już przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w sprawie dotyczącej sektora I, o sygnaturze akt KIO 401/20, która wyrokiem z dnia 3 czerwca br. oddaliła odwołanie w zakresie tego zarzutu.

Zamawiający zakwestionował również zasadność uznania go za administratora danych osobowych zarejestrowanych przy wykorzystaniu monitoringu wizyjnego. Zamawiający podkreślił, że w SWU wymaga aby wykonawca prowadził BOK określając szczegółowo zasady jego działania. Odwołujący wskazuje, że wymóg wprowadzenia monitoringu pojazdów wynika wprost z dokumentacji przetargowej, tak samo jest w przypadku prowadzenia BOK, którego Odwołujący się nie kwestionuje. W analogicznym postępowaniu (Sektor I) Odwołujący nie podnosił tego zarzutu, nie kwestionował swojej roli administratora danych osobowych zarejestrowanych przy wykorzystaniu monitoringu wizyjnego, a zatem argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest niespójna.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili wykonawcy SUEZ Zachód sp. z o.o. i Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1024/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4, art. 41 pkt 6 i art. 7 ust. 1 Pzp przez niewskazanie w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji zamówienia;
2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z przepisami Ucpg i art. 9 ust. 1 Nowelizacji Ucpg oraz art. 7 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, tj. uchwałą nr XXVI111/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. (dalej „Regulamin”) oraz w sposób nieuwzględniający konieczności dostosowania Regulaminu do przepisów Ucpg, która powinna nastąpić na początkowym etapie realizacji zamówienia, tj. do dnia 6 września 2020 r., a więc w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
3. art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3b Ucpg przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągania i dokumentowania poziomów recyklingu oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy postanowień niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę

stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w sytuacji gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Jednocześnie działanie takie narusza art. 7 Pzp, gdyż utrudnia konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;

4. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 Pzp przez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wysortu odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań tworzyw sztucznych;
5. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należyłą wycenę usługi;
6. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, zakładających realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że częstotliwość odbioru odpadów dostosowana ma zostać do wymogu niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników na odpady komunalne powyżej 90% ich całkowitej pojemności oraz wprowadzenie obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 90% całkowitej pojemności i zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za naruszenie tego obowiązku;
7. art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 387 i art. 487 § 2 Kc przez wprowadzenie do wzoru umowy

oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy, zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców w związku z obowiązkiem wydzierżawienia pojemników, co utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;

8. art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie podstawy wykluczenia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
9. art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c Pzp przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności i przejrzystości przy formułowaniu SIWZ;
10. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów stawianych systemowi wizyjnego monitorowania pojazdów;
11. art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1, i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 483 § 1, art. 484 § 2, art. 487 § 2 Kc oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie do wzoru umowy postanowień dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, przez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, przez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i naturą łączącego je stosunku; jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;
12. art. 353¹ i art. 5 Kc w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób

sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców przez przyjęcie w projekcie umowy, że możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 projektu umowy aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 Pzp;

13. art. 29 ust. 1 i 4 i 30 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, gdyż nie określono wymagań środowiskowych ani nie wskazano norm emisji spalin pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi;
14. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności przy formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie obowiązku każdorazowego ręcznego zatwierdzania odbioru odpadów gromadzonych w workach w systemie;
15. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę danej usługi z uwagi na nieuwzględnienie w formularzu cenowym ceny za usługę szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego MGO;
16. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, wobec niejasnych postanowień co do ilości podstawowych i pojazdów rezerwowych służących do prawidłowej obsługi sektora;
17. art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jako że Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu

- w sposób niedostateczny w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej;
18. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy postanowień w sposób nieproporcjonalny określających obowiązki w zakresie sprawozdawczość i polegające na obowiązku przekazania Zamawiającemu dokumentów KPO, KPOK lub oświadczeń do momentu ostatecznego zagospodarowania odpadów pochodzących z sektora;
 19. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń;
 20. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, w zakresie wymogów, jakie mają spełniać pojemniki do zbiórki bioodpadów;
 21. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego w zakresie obowiązków informacyjnych;
 22. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego;
 23. art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust., a także art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez wadliwe sporządzenie SIWZ w części dotyczącej opisu sposobu

przygotowania ofert poprzez zamieszczenie w rozdziale XIV pkt 10 i 11 SIWZ postanowień sprzecznych z istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozwalających Zamawiającemu na ingerencję w cenę ofertową wykonawcy;

24. art. 36aa ust. 1 Pzp przez zaniechanie podziału zamówienia na części;
25. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń w zakresie w jakim termin zakończenia realizacji usługi określany jest wyłącznie przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia przez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w szczególności postanowień projektu umowy i szczegółowych warunków umowy zgodnie z propozycją Odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu odwołania;
2. dokonania modyfikacji SIWZ, w szczególności postanowień projektu umowy i szczegółowych warunków umowy w sposób, który pozwoli na oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wejściem w życie nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia i należyte skalkulowanie oferty, względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia;
3. zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp, względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zarzut nr 1 – naruszenie przepisu art 29 ust. 1, art 36 ust. 1 pkt 4, art. 41 pkt 6 i art 7 ust. 1 Pzp przez niewskazanie w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji zamówienia.

W rozdziale II pkt 2 ppkt 7 ogłoszenia o zamówieniu nie wskazano daty początkowej terminu realizacji zamówienia, podając jedynie datę końcową, tj. 28.02.2023 r. W rozdziale III pkt 4 SIWZ określono natomiast, że czas trwania zamówienia to okres od dnia zawarcia umowy do dnia 28.02.2023 r. Z kolei w § 4 ust. 3 projektu umowy Zamawiający wskazuje, że wskaże termin rozpoczęcia świadczenia usługi w dniu zawarcia umowy, przy czym termin ten rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy. Sam Zamawiający nie jest więc konsekwentny w określeniu terminu rozpoczęcia realizacji usługi.

Odwołujący podniósł, że obiektywnie niemożliwym jest rozpoczęcie realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z dniem podpisania umowy. Rozpoczęcie realizacji usługi wymaga podjęcia przez wykonawcę szeregu prac organizacyjnych i przygotowawczych umożliwiających mu realizację świadczenia. Przykładowo, zgodnie z rozdziałem II pkt 2 SWU wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki i worki najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi. Interpretacja pojęcia terminu realizacji zamówienia zgodnie z informacją podaną w rozdziale III pkt 4 SIWZ oznaczałaby, że Zamawiający wymaga, by wykonawca podstawił pojemniki jeszcze przed podpisaniem umowy kreującej zobowiązanie stron. Ponadto, w myśl rozdziału II pkt 1 SWU Zamawiający wymaga od wykonawcy przeprowadzenia konsultacji z właścicielami nieruchomości w celu pozyskania informacji dotyczących miejsc ustawienia pojemników i gromadzenia odpadów, niezbędnych liczb pojemników i worków, częstotliwości odbioru odpadów, rodzajów pojemników i worków, pojemności pojemników. Przeprowadzenie tych konsultacji również wymaga czasu. W rozdziale III pkt 6 ppkt 1 lit. a SWU Zamawiający wskazuje z kolei, że obowiązkiem wykonawcy związanym z harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków jest opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu w terminie do 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia um o wy, jednakże nie później niż do dnia rozpoczęcia realizacji usługi rocznego Harmonogramu opróżnień pojemników i odbioru worków od właścicieli nieruchomości zgodnie z załącznikiem nr 7.

Odwołujący wniósł o precyzyjne określenie przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia, w szczególności terminu rozpoczęcia realizacji usługi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Informacja w tym zakresie jest niezwykle istotna dla wykonawców, którzy muszą dysponować w określonych ramach czasowych zasobami ludzkimi i technicznymi umożliwiającymi realizację zamówienia. Z treści dokumentacji przetargowej nie sposób jednoznacznie wywnioskować, na jaki okres Zamawiający zamierza udzielić zamówienia, nie wskazano w niej bowiem ani liczby miesięcy, na jaką planuje się udzielić zamówienia,

ani szacunkowej daty podpisania umowy. Nie jest jasne, czy wykonawca będzie dysponował, a jeżeli tak, to jakim czasem na podjęcie szeregu niezbędnych czynności organizacyjno-technicznych, które muszą być podjęte przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi. Niewskazanie początkowego okresu realizacji zamówienia uniemożliwia wykonawcom oszacowanie oferty i jej przygotowanie. Nie jest bowiem wiadome, na jaki okres rozłożyć koszty świadczenia usługi. Znajomość dokładnych terminów realizacji zamówienia jest kluczowa dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego przy podejmowaniu decyzji, czy w ogóle przystępować do danego postępowania. Takie działanie Zamawiającego, uniemożliwiający przygotowanie się do realizacji zamówienia z należytym wyprzedzeniem, godzi w zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu precyzyjnego wskazania w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu czasu na jaki ma być udzielone zamówienie, w szczególności wskazanie okresu początkowego realizacji usługi w przedmiotowym postępowaniu przez określenie okresu pomiędzy podpisaniem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług przez wykonawcę, przy czym okres ten powinien być nie krótszy niż 30 dni. Odwołujący zawniósł także o nakazanie Zamawiającemu podania w SIWZ przewidywanego terminu podpisania umowy.

Zarzut nr 2 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z przepisami Ucpq i art. 9 ust. 1 Nowelizacji Ucpq oraz art. 7 Pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z Regulaminem oraz w sposób nieuwzględniający konieczności dostosowania Regulaminu do przepisów Ucpq, która powinna nastąpić na początkowym etapie realizacji zamówienia, tj. do dnia 6 września 2020 r., a więc w sposób nieuwzględniający wymagali i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 projektu umowy, ilekroć w treści umowy i SWU używa się określenia Regulamin należy przez to rozumieć obowiązujący w czasie wykonywania umowy Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Obecnie w Gminie Wrocław obowiązuje regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia przyjęty uchwałą nr XXVIU/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. Z uwagi na Nowelizację Ucpq, tj. na podstawie art. 9 ust. 1 tej ustawy Rada gminy jest obowiązana dostosować uchwały wydane przed dniem wejścia w życie Nowelizacji Ucpq w terminie 12 miesięcy od dnia jej wejścia w życie. Nowelizacja Ucpq weszła w życie 6 września 2019 r., więc Zamawiający winien dostosować Regulamin do dnia 6 września 2020 r.

Zgodnie z § 8 ust. 1 projektu umowy obowiązkiem wykonawcy jest wykonywanie prac objętych przedmiotem umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym prawa

miejscowego. Przedmiotowe zamówienie ma być realizowane na przestrzeni kilku lat, a mianowicie do dnia 28.02.2023 r. Z tego względu zasadnym jest, by Zamawiający określił w SIWZ, w jakim zakresie planuje wprowadzić zmiany w Regulaminie. Informacja w tym przedmiocie ma istotne znaczenie dla należytej kalkulacji oferty wykonawcy. Zmiany są bowiem nieuniknione, a ich wprowadzenie stanowi realizację ustawowego obowiązku spoczywającego na Zamawiającym. O ile część zmian postanowień Regulaminu będzie miała charakter obligatoryjny i wykonawca jest w stanie w tym zakresie należycie skalkulować cenę, opierając się na obowiązujących już przepisach ustawowych, o tyle możliwość wprowadzenia szeregu rozwiązań mających istotny wpływ na realizację przedmiotu umowy i treść świadczenia wykonawcy ustawodawca pozostawił w wyłącznej gestii poszczególnych gmin. W sytuacji gdy jest wiadome, że zasady świadczenia usługi zostaną zmienione w początkowej fazie realizacji zamówienia, konieczne jest, by Zamawiający wskazał w SIWZ najistotniejsze kwestie związane z wprowadzeniem nowego Regulaminu.

Odwołujący wniósł o to, aby Zamawiający określił, czy w związku z koniecznością wprowadzenia zmian w obowiązującym Regulaminie:

- a) planowane są zmiany w zakresie częstotliwości odbioru poszczególnych frakcji odpadów;
- b) planowane jest wprowadzenie obowiązku selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b Ucpg, w szczególności odrębnej zbiórki odpadów kuchennych i odpadów zielonych;
- c) planowane są zmiany w zakresie: rodzaju i minimalnej pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, w tym na terenach przeznaczonych do użytku publicznego oraz na drogach publicznych, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym;
- d) planowane jest określenie warunków uznania, że odpady, o których mowa w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b. oraz ust. 2a pkt 1 Ucpg są zbierane w sposób selektywny;
- e) planowane są zmiany w zakresie innych postanowień Regulaminu mających wpływ na zakres lub sposób realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem.

Wprawdzie w § 19 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sytuacji zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia stron, to jednak dla Odwołującego nie jest jasne, na jakich zasadach zmiany te będą przeprowadzane. W szczególności wątpliwości Odwołującego rodzi problematyka dopuszczalności zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku z wprowadzeniem zmiany

powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia strony, w tym wprowadzenia zmian w Regulaminie. Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 8 SIWZ Zamawiający przewiduje możliwości zmian ceny ofertowej brutto w sytuacjach wymienionych w § 19 projektu umowy, przy czym wprost przewidziano w nim możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 jedynie w przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 Pzp i to wyłącznie po uprzednio przeprowadzonych negocjacjach (zob. § 19 ust. 3 projektu umowy). Odwołujący chciałby mieć jasność, że określenie „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. W innym przypadku bowiem w cenie ofertowej wykonawca – wobec niepewności związanej z zakresem zmian w Regulaminie – obowiązany jest skalkulować ryzyko związane z uchwaleniem nowego Regulaminu w sposób zakładający pokrycie wszelkich możliwych kosztów realizacji usługi zgodnie z nowym, nieznanym jeszcze stanem prawnym, co w znaczący sposób zawyży cenę ofertową w stosunku do sytuacji, gdyby ryzyka związane z realizacją zamówienia wynikające z uchwalenia nowego Regulaminu były znane wykonawcy na etapie składania ofert. Jest to działanie stanowiące przejaw arbitralnego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszające zasadę uczciwej konkurencji. Nie jest bowiem dopuszczalne, by Zamawiający kształtował postanowienia przyszłej umowy w sposób, który narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia praw podmiotowych przysługujących Zamawiającemu.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z Regulaminem, w sytuacji gdy zgodnie z § 1 ust. 2 projektu umowy przedmiot umowy obejmuje świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, a w myśl § 8 ust. 1 projektu umowy do obowiązków wykonawcy należy wykonanie prac objętych przedmiotem umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Odwołujący zaznaczył, że nie ma pewności, czy te różnice wynikają z tego, że Zamawiający uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia planowane zmiany Regulaminu, czy też wynikają one z braku należytej staranności Zamawiającego podczas dokonywania opisu przedmiotu zamówienia,

Sprzeczności te przedstawiają się następująco:

1) rozdział II pkt 5 ppkt 1 i 2 SWU oraz rozdział III pkt 1 ppkt 5 SWU

Zgodnie z postanowieniami rozdziału II pkt 5 ppkt 1 SWU worki przeznaczone do gromadzenia odpadów mają zawierać nazwę zbieranej frakcji odpadów zgodnie z obowiązującym Regulaminem, opis zbieranych odpadów z określeniem tego, co należy, a czego nie należy gromadzić w poszczególnych rodzajach worków oraz nazwę, adres, logo wykonawcy, telefon kontaktowy i adres mailowy do BOK wykonawcy, a także adres strony internetowej, z zastrzeżeniem, że w przypadku bioodpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy ma zawierać nazwę „Bio-Zielone”, Wymóg ten stoi w sprzeczności z przepisami Regulaminu, który w § 6 pkt 4 posługuje się określeniem „odpady zielone” a nie „Bio-Zielone”. Tym samym również zapis w rozdziale III pkt 1 ppkt 5 SWU, przewidujący, że odpadami wymagającymi odbierania, transportu i zagospodarowania są bioodpady, jest niezgodny z obowiązującym Regulaminem, zgodnie z którym nie zbiera się bioodpadów, lecz odpady zielone. W tym względzie spodziewana jest nowelizacja Regulaminu, wynikająca z konieczności dostosowania Regulaminu do nowego brzmienia przepisów UcpG. Prace nad nowym regulaminem są w toku i jak wynika z informacji uzyskanych z Wydziału Środowiska i Rolnictwa Urzędu Miasta Wrocławia zostanie on uchwalony w ustawowym terminie, tj. do dnia 6 września 2020 r. Niemniej jednak w żadnym stopniu okoliczność ta nie umniejsza uchybienia Zamawiającego, który w żadnym punkcie SIWZ nie określił, jakie bioodpady i w jaki sposób mają być zbierane. Istotnym naruszeniem Zamawiającego jest brak określenia w SIWZ rodzaju bioodpadów, które stanowią przedmiot zamówienia. Jako że bioodpady stanowią drugi co do wielkości strumień odpadów komunalnych precyzyjna i jednoznaczna informacja w tym zakresie jest niezbędna, by wykonawca mógł w należyty sposób przygotować ofertę.

Postanowienia SIWZ rodzą wątpliwości co do tego, jakiego rodzaju odpady mają być zbierane przez mieszkańców w workach, które mają zostać oznakowane jako „Bio-Zielone”, a jakie w pojemnikach koloru brązowego na bioodpady, które w myśl postanowienia zawartego w rozdziale II pkt 5 ppkt 2 lit. b SWU oznakowane mają zostać przez wskazanie nazwy zbieranej frakcji odpadów zgodnie z Regulaminem. Wątpliwości w tym zakresie wynikają z przepisów Ustawy, UcpG oraz interpretacji Ministerstwa Środowiska z dnia 28 września 2017 r. W przepisach powszechnie obowiązujących nie zostało zdefiniowane pojęcie „odpadów bio-zielonych”, którym posługuje się Zamawiający. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 Ustawy przez bioodpady rozumie się ulegające biodegradacji odpady z ogrodów i parków, odpady spożywcze i kuchenne z gospodarstw domowych, gastronomii, zakładów zbiorowego żywienia, jednostek handlu detalicznego, a także porównywalne odpady z zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 12 Ustawy odpady zielone to odpady komunalne stanowiące części roślin

pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy, a także z targowisk, z wyłączeniem odpadów z czyszczenia ulic i placów. Najszerszą grupą, zawierającą w sobie bioodpady, w tym odpady kuchenne i odpady zielone, jest kategoria odpadów ulegających biodegradacji, którymi w świetle art. 3 ust. 1 pkt 10 Ustawy są odpady, które ulegają rozkładowi tlenowemu lub beztlenowemu przy udziale mikroorganizmów.

W świetle przepisu art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a Ucpg obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmuje co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomaterialowe oraz bioodpady. Zgodnie zaś z art. 4 ust. 2a pkt 1,2 i 5 Ucpg Rada gminy może w regulaminie:

- 1) wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania/odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w ust. 2 pkt 1 lit. a i b oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów;
- 2) postanowić o zbieraniu odpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy odrębnie od innych bioodpadów stanowiących odpady komunalne;

(...)

- 5) określić warunki uznania, te odpady, o których mowa w pkt 1 oraz w ust. 2 pkt 1 lit. a i b, są zbierane w sposób selektywny.

Oznaczenie brązowych pojemników i worków w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ uzasadnia interpretację, że Zamawiający przewiduje zbieranie w workach wyłącznie odpadów z ogrodów, parków i cmentarzy (liście, drobne gałęzie, skoszona trawa, kwiaty) i nie dopuszcza zbierania w nich odpadów kuchennych, podczas gdy przewiduje łączne zbieranie tych kategorii odpadów w pojemnikach. Sugeruje to także wzór ulotki zawierającej informacje kierowane do mieszkańców w zakresie rocznego harmonogramu odbioru odpadów, gdyż ulotka ta określa także sposób zbierania odpadów (zob. załącznik nr 8). Określony przez Zamawiającego w SIWZ sposób odbioru bioodpadów jest niezgodny z Ucpg. Stosownie do dyspozycji przepisu art. 4 ust. 2a pkt 2 tej ustawy gmina ma ustanowić zbieranie odpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy odrębnie od innych bioodpadów stanowiących odpady komunalne albo łączne ich zbieranie. W takim rozumieniu funkcjonują 2 systemy odbioru bioodpadów równocześnie w jednym gospodarstwie domowym, ponieważ powstają 2 frakcje bioodpadów – bioodpady zmieszane i bioodpady tylko zielone. Wykonawca nie może odbierać łącznie tych dwóch kategorii odpadów ze względu na zakaz mieszania selektywnie zebranych odpadów. Równocześnie, ze względu na specyfikę obszaru objętego zamówieniem, część właścicieli nieruchomości zamieszkująca w zabudowie

wielorodzinnej nie będzie generować odpadów zielonych (z uwagi na brak terenów zielonych, ogródków, itp.), więc w pojemnikach na odpady będą gromadzone z bardzo dużym prawdopodobieństwem tylko odpady kuchenne. Tym samym powstaje 3 frakcja bioodpadów – odpady kuchenne. Taki system, tj. odbiór 3 frakcji odpadów w ramach „bioodpadów” (tj. odpadów zielonych, kuchennych i „zmieszanych bioodpadów”, czyli zbieranych łącznie kuchennych i zielonych) jest nie tylko bardzo trudny do prawidłowej obsługi, lecz równocześnie bardzo drogi i nieprzejrzysty dla mieszkańców. Jednakże Odwołujący po wnikliwej lekturze opisu przedmiotu zamówienia, nie ma pewności co do tego, czy jego interpretacja opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu prowadzenia zbiórki bioodpadów pokrywa się z wymogami rzeczywiście stawianymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pismem Ministerstwa Środowiska – Departamentu Gospodarki Odpadami z dnia 28 września 2017 r. ze względu na budowę prawidłowego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi za zasadne uznać należy oddzielne zbieranie odpadów zielonych i kuchennych. Zalecane jest zbieranie poszczególnych kategorii bioodpadów oddzielnie ze względu na większe możliwości ich zagospodarowania. Odpady kuchenne mogą być przekazane do biogazowni i wykorzystane do produkcji energii elektrycznej, a odpady zielone do kompostowni. „Bioodpady zmieszane” (zbierane łącznie kuchenne i zielone) nie mogą być przekazane do biogazowni, a ich kompostowanie może być niemożliwe ze względu na potencjalną zawartość odpadów zwierzęcych w odpadach kuchennych („resztki jedzenia”). Potwierdzają to także przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, zgodnie z którym odpady kuchenne ulegające biodegradacji zbierane są pod kodem 20 01 08, zaś ulegające biodegradacji odpady z ogrodów i parków (w tym z cmentarzy) pod kodem 20 02 01. Podkreślić należy, że oddzielne zbieranie tych kategorii odpadów jest istotne także z uwagi na konieczność osiągnięcia poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, które gmina jest obowiązana osiągnąć w poszczególnych latach, które zostały określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

Informacja o sposobie zbierania bioodpadów ma istotne znaczenie dla wykonawcy w kontekście prawidłowego sporządzenia oferty, gdyż wyłączenie do osobnego zbierania frakcji odpadów kuchennych w istotny sposób wpłynie na kształtowanie się strumienia odpadów zmieszanych, powodując jego zmniejszenie. Zgodnie z Raportem Politechniki Wrocławskiej „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław” odpadów kuchennych w odpadach zmieszanych jest

około 28%. Jednakże istotne znaczenie w tym względzie w kontekście należytego skalkulowania oferty ma także efektywność prowadzonej selektywnej zbiórki odpadów.

Precyzyjna i wyczerpująca informacja co do określonego przez Zamawiającego sposobu odbioru bioodpadów jest niezwykle istotna dla wykonawcy dla celów sporządzenia oferty także dlatego, że zgodnie z przepisem art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji, do których wykonawca przekazywać będzie odebrane odpady do zagospodarowania. Informacja o planowanym sposobie zbierania bioodpadów ma niezwykle istotny wpływ na wybór instalacji do zagospodarowania odpadów. Wskazać należy, że instalacja Zamawiającego przetwarzająca odpady zielone (Kompostownia Odpadów Zielonych, ul. Janowska 51, 54-067 Wrocław) nie przyjmuje do zagospodarowania odpadów zielonych w workach.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący systemu zbierania bioodpadów zgodnego z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym przepisami Regulaminu, co oznacza w obowiązującym stanie prawnym, że selektywna zbiórka obejmuje jedynie odpady zielone o kodzie 20 02 01. Odwołujący wniósł także o zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia obowiązku rozpoczęcia zbiórki bioodpadów po uchwaleniu nowego Regulaminu, nakładającego na właścicieli nieruchomości obowiązek zbiórki takich odpadów i wskazującego w sposób nie budzący wątpliwości zasady ich zbierania.

2) rozdział II pkt 8 ppkt 1 SWU

W rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU Zamawiający stawia wymóg w zakresie utrzymania pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym (z wyłączeniem pojemników stanowiących własność właściciela nieruchomości). „Wykonawca zobowiązany jest do: 1) mycia i dezynfekcji pojemników wewnątrz i na zewnątrz ciepłą wodą, zgodnie z wymaganiami określonymi w Regulaminie oraz zgodnie z Harmonogramem mycia i dezynfekcji pojemników. Zamawiający dopuszcza również możliwość zlecenia dodatkowego wykonania przedmiotowych prac poza terminami wynikającymi z Harmonogramów mycia i dezynfekcji pojemników. Termin i miejsce realizacji Zleceń określi Zamawiający. Wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji pojemników przeznaczonych do zbierania bioodpadów 4 razy w roku, w określonych miesiącach, tj. w kwietniu, w czerwcu, w sierpniu i w październiku”. W obowiązującym obecnie Regulaminie brak jest jakichkolwiek wymagań dotyczących sposobu mycia i dezynfekcji pojemników, oprócz wskazania, że powinno ono następować nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy (§ 11 Regulaminu). Informacja podana przez Zamawiającego w SIWZ co do częstotliwości mycia i dezynfekcji pojemników odnosi się wyłącznie do

pojemników na bioodpady i nie określa, w jaki sposób odbywać ma się mycie i dezynfekcja pojemników. Odwołujący podnosi, że sformułowanie użyte w rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU uzasadnia twierdzenie, że w znowelizowanym regulaminie znajdują się zapisy dotyczące mycia i dezynfekcji pojemników (np. co do środków chemicznych, które mogą być wykorzystywane w tym celu), które obecnie pozostają wykonawcom nieznane, co utrudnia należyte skalkulowanie oferty.

3) rozdział III pkt 4 pkt 3 SWU

W rozdziale III pkt 4 ppkt 3 SWU Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek kontrolowania zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych względem zapisów Regulaminu. Odwołujący wskazał, że w obecnie obowiązującym Regulaminie nie zostały określone wymagania dotyczące sposobu kontrolowania zawartości pojemników i worków co do zgodności zbieranych w nich odpadów. W tym zakresie wykonawca nie jest więc w stanie należyście skalkulować oferty, gdyż nie wie, jakich czynności w zakresie tej kontroli będzie wymagał Zamawiający. Wykonawca nie jest w stanie oszacować czasu, jaki pracownikom wykonawcy zajmie kontrola zawartości pojemników i worków w jednym MGO w sytuacji gdy przez Zamawiającego nie zostały określone żadne kryteria, według których kontrola ta ma się odbywać. Przede wszystkim Odwołujący nie wie, czy tylko frakcje odpadów zbierane selektywnie będą podlegały kontroli, czy też obejmie ona także odpady zmieszane.

4) rozdział III pkt 4 ppkt 4 SWU

W rozdziale III pkt 4 pkt 4 SWU Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek weryfikacji, czy właściciel nieruchomości wywiązał się z obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem. Odwołujący podał, że w obecnie obowiązującym Regulaminie brak regulacji pozwalających na uznanie, kiedy obowiązek selektywnego zbierania odpadów uważa się za spełniony, a kiedy nie. Postanowienia SIWZ w tym zakresie są niejasne, nieprecyzyjne i nie pozwalają na właściwe skalkulowanie oferty. Istotne znaczenie dla osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu ma jednak brak odpadów opakowaniowych i bioodpadów (zebranych u źródła) w odpadach zmieszanych.

Wobec zarzutów z pkt 2)-4) powyżej Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- określenia w SIWZ w sposób jednoznaczny i precyzyjny obowiązków właścicieli nieruchomości w zakresie spełnienia obowiązków selektywnego zbierania odpadów, umożliwiającego kontrolowanie zawartości pojemników na odpady komunalne, w tym także pojemników na odpady zmieszane;

- wskazania w SIWZ jakie odpady mają być zbierane w poszczególnych pojemnikach/workach na dane frakcje, a jakich nie można wrzucać wraz z uwzględnieniem tzw. zmieszanych odpadów komunalnych;
- wskazania w SIWZ że oprócz odpadów selektywnie zbieranych, kontroli podlegać mają również pojemniki na odpady zmieszane;
- wskazania w SIWZ. że na naklejkach na pojemnikach na odpady zmieszane określony będzie w sposób czytelny dla mieszkańców wyraźny zakaz gromadzenia tam odpadów surowcowych, takich jak: papier, szkło, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, metal, itd.;
- wskazania w SIWZ postępowania wykonawcy, w przypadku kiedy w pojemnikach na odpady zmieszane znajdować się będą odpady surowcowe i inne odpady, które powinny być selektywnie zbierane, np. brak odbioru odpadów zmieszanych do czasu posegregowania ich przez właściciela nieruchomości; obecnie bowiem w SWU Zamawiający określił jedynie sposób postępowania w przypadku niedopełnienia obowiązku selektywnego zbierania w odniesieniu do pojemników na frakcje selektywnie zbierane: nie tu jednak leży istota zaniechań mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów

5) rozdział III pkt 2 ppkt 1 lit. d SWU

Wymagane przez Zamawiającego w III pkt 2 ppkt 1 lit. d SWU częstotliwości odbioru szkła są niezgodne z aktualnie obowiązującym Regulaminem. W SWU Zamawiający wymaga, by odpady ze szkła odbierane były co najmniej jeden raz w miesiącu, podczas gdy zgodnie z § 12 ust. 1 Regulaminu odpady komunalne przeznaczone do odbierania z terenu nieruchomości przekazuje się podmiotowi odbierającemu odpady komunalne w sposób i w czasie umożliwiającym ich odbiór z terenu nieruchomości z częstotliwością nie mniejszą niż co najmniej 1 raz na 2 tygodnie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia tych rozbieżności i jednoznacznego określenie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych ww. frakcji. Jednocześnie Odwołujący wniósł o wskazanie, czy Zamawiający w związku z koniecznością wprowadzenia zmian w Regulaminie planuje wprowadzenie zmian w zakresie częstotliwości odbierania odpadów komunalnych poszczególnych frakcji, co ma niezwykle istotne znaczenie dla należytej kalkulacji oferty wykonawcy.

6) rozdział XI SWU – SZOP

W rozdziale XI SWU Zamawiający określił przedmiot zamówienia w zakresie usługi SZOP, czyli obowiązku zorganizowania na terenie Sektora III mobilnej zbiórki odpadów problemowych, która będzie odbywała się przy użyciu pojazdu dostawczego o masie

nieprzekraczającej 3,5 Mg i długości co najmniej 4,8 m. Usługa ta obejmować ma odbiór odpadów komunalnych, w tym odpadów niebezpiecznych, takich jak: mały ZSEiE, rozpuszczalniki, środki ochrony roślin, lampy fluorescencyjne, świetlówki, lampy energooszczędne, termometry rtęciowe, oleje i tłuszcze jadalne, przepracowane lub przeterminowane oleje silników samochodowych, farby, opakowania po farbach, tusze, tonery do drukarek, kleje, opakowania po klejach, lepiszczce i żywice, detergenty, baterie, akumulatory, przeterminowane leki.

W rozdziale XI pkt 8 ppkt 5 SWU Zamawiający zobowiązał wykonawcę do sporządzenia regulaminu korzystania z SZOP zawierającego co najmniej takie informacje jak: rodzaje odbieranych odpadów, warunki dotyczące przyjmowanych odpadów, przypadki, w których wykonawca może odmówić przyjęcia odpadów. Wymaganie to stoi w sprzeczności z przepisami Ucpg, gdyż wszelkie regulacje dotyczące odbioru odpadów komunalnych, w tym odpadów niebezpiecznych, powinny być zawarte w Regulaminie. Regulacje te powinny mieć charakter powszechnie obowiązującego prawa. Odwołujący wskazał, że warunki postępowania z odpadami powinny być jednakowe na terenie całej gminy. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że taki opis sposobu zamówienia jest wadliwy z uwagi na przerzucanie ryzyka kontraktowego, w tym ryzyka związanego ze zmianą przepisów Regulaminu, na wykonawcę. Odwołujący zwrócił uwagę, że w myśl art. 4 ust. 2 i 2a Ucpg to regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy określa wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych i frakcji objętych selektywną zbiórką. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 4 ust. 2a pkt 1 Ucpg Rada gminy może w regulaminie wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w ust. 2 pkt 1 lit. a i b oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów. Niemożliwym jest sporządzenie regulaminu usługi SZOP, gdy zasady te nie są znane.

Skoro zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 projektu umowy ilekroć w treści umowy i SWU używa się określenia Regulamin, należy przez to rozumieć obowiązujący w czasie wykonywania umowy Regulamin, być może nieścisłości między SIWZ a obowiązującymi przepisami prawa miejscowego wynikają z planowanych przez Zamawiającego zmian w obowiązującym Regulaminie, o których wykonawca nie ma jeszcze wiedzy. Niemniej jednak Odwołujący wskazał, że Zamawiający obowiązany jest do sporządzania SIWZ w sposób zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

Z tego względu, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian w SIWZ, w szczególności w postanowieniach projektu umowy i szczegółowych warunków umowy, które likwidowałyby wszelkie sprzeczności i nieścisłości między SIWZ a powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności przepisami

Ucpg oraz Regulaminu, w sposób który pozwoli na oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wprowadzeniem zmian do Regulaminu i należyte skalkulowanie oferty, względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego Regulaminu. To drugie rozwiązanie pozwoliłoby na uniknięcie konieczności wprowadzania szeregu niezwykle istotnych i obszernych zmian w umowie w przedmiocie zamówienia publicznego i realizację usługi w zgodzie z ustawowymi wymaganiami.

Zarzut nr 3 – naruszenie przepisu art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 3b Ucpg przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągania i dokumentowania poziomów recyklingu oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 Kc przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w sytuacji gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Jednocześnie działanie takie narusza art. 7 Pzp, gdyż utrudnia konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

W § 2 ust. 1 pkt 11 projektu umowy Zamawiający przewidział, że w ramach realizacji przedmiotu umowy wykonawca jest zobowiązany do: „osiągania rocznych poziomów:

- a) masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,
- b) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne,
- c) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne. ”

Szczegółowe regulacje dotyczące osiągania rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa określone zostały przez Zamawiającego w rozdziale XX SWU.

W § 15 ust. 2 pkt. 6 projektu umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane kary umowne w zakresie dokumentacji potwierdzającej osiagane rocznych poziomów recyklingu:

- a) w wysokości 5.000 zł – za każdy przypadek niedostarczenia wyliczeń określonych w SWU rozdział XIX, pkt 2, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku, za każdy dzień po upływie terminu;
- b) w wysokości 2.000zł – za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z SWU, rozdział XIX, pkt 3, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu;
- c) w wysokości 1.000,00 zł – za każdorazowe niedostarczenie dokumentów określonych w SWU, rozdział XIX, pkt 4, za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu.

Z kolei w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q, r, s projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość nałożenia na wykonawcę rażąco wygórowanych kar za:

- q) za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XX, pkt 1, ppkt 1), w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg wymaganej do osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania, o którym mowa w SWU rozdział XX, pkt 1, ppkt 1) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XX pkt 5 ppkt 1);
- r) za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XX pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XX pkt 5, ppkt 2);
- s) za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XX, pkt 1 ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska i brakującej masy innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XX pkt 5 ppkt 3).

Odwołujący wyjaśnił, że określenie poziomów recyklingu w rozdziale XX SWU jest niezgodne z obowiązującym rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych. Różnica polega na tym, że zgodnie z § 3 ww. rozporządzenia poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła liczy się jako stosunek łącznej masy odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła poddanych recyklingowi i przygotowanych do ponownego użycia do łącznej masy wytworzonych odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła. Zgodnie z SWU poziom recyklingu liczy się jako stosunek wszystkich odpadów poddanych recyklingowi z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych do masy wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych. Wzór ten odnosi dotychczasowy poziom 50% do wszystkich frakcji odpadów, w tym do frakcji, co do których aktualnie nie stawia się wymogów osiągnięcia poziomów recyklingu. Dla niektórych frakcji odpadów osiągnięcie tych poziomów jest obecnie niemożliwe z uwagi na warunki technologiczne. Tak jest w przypadku frakcji odpadów zmieszanych, stanowiących około 60% całego strumienia odpadów, czy odpadów wielkogabarytowych.

Poziomy recyklingu wg. wzoru wskazanego w SWU są niemożliwe do osiągnięcia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji przetargowej, tj. w stosunku do ilości i rodzajów odpadów wskazanych do odbioru i zagospodarowania w Załączniku nr II do Formularza oferty, czyli w Zestawieniu kosztów zadania. Osiągnięcie 50% recyklingu wagowo w stosunku do wszystkich odebranych odpadów, w przypadku gdy prawie 60% strumienia odpadów odbieranych w Sektorze III to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągnane przez instalacje komunalne oscylują około 3% jest niemożliwe do zanalizowania nawet przy założeniu, że odpady surowcowe, bioodpady zostaną poddane w 100% recyklingowi (choć osiągnięcie takiego poziomu recyklingu w odniesieniu do tych frakcji odpadów również jest niemożliwe do osiągnięcia).

Wskazanie przez Zamawiającego wzoru obliczania poziomów recyklingu odpadów niezgodnego z obowiązującym rozporządzeniem z 2016 r. przy równoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku złożenia sprawozdania z realizacji poziomów recyklingu zgodnie ze wzorem określonym w rozdziale XX SWU, jest niemożliwe do pogodzenia z obowiązkiem wykonywania prac objętych przedmiotem umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (§ 8 ust. 1 projektu umowy). Sam Zamawiający zdawałoby się wymaga, jak wynika chociażby z tytułu XX rozdziału SWU – Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa, czy wprost z zapisu rozdziału XX pkt 2 SWU, postępowania zgodnego z powszechnie obowiązującymi przepisami w tym zakresie, dlatego też co najmniej dziwi sprzeczność wzoru

wskazanego w SWU przez Zamawiającego z wzorem określonym w obowiązującym rozporządzeniu. W związku z przywoływanymi już istotnymi zmianami stanu prawnego dotyczącego gospodarowania odpadami komunalnymi planowane jest także wejście w życie nowego rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne. Niemniej jednak okoliczność procedowania zmian w powszechnie obowiązujących przepisach nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z aktualnie obowiązującymi regulacjami prawnymi w tym zakresie. Odwołujący podnosi, że w odniesieniu do kwestii wymaganych poziomów recyklingu, opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wynikającego z art. 29 ust. 1 Pzp wymogu jednoznaczności i nie pozwala na określenie, jak w tym zakresie kształtują się obowiązki wykonawcy, co nie pozwala na rzetelne skalkulowanie oferty, gdyż oczekiwania Zamawiającego są obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

Zamawiający wadliwie dokonał opisu przedmiotu zamówienia także w zakresie obowiązków związanych z dokumentowaniem przez wykonawcę osiągniętych poziomów recyklingu. Zgodnie z rozdziałem XX pkt 3 ppkt 2 SWU wykonawca obowiązany jest do przedkładania Zamawiającemu w terminie do ostatniego dnia miesiąca następującego po zakończeniu danego kwartału kwartalnych sprawozdań dotyczących osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, wraz z przedłożeniem:

- a) informacji o ilości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przekazanych do instalacji komunalnych,
- b) informacji o ilościach i frakcjach odpadów przekazanych do ponownego użycia lub recyklingu,

Do sprawozdania należy dołączyć, w myśl rozdziału XX pkt 4, kserokopie:

1. Dokumentów Potwierdzających Recykling (DPR) zgodnie z Rozporządzeniem Ministra środowiska z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wzorów dokumentów DPO i DPR (Dz. U. poz. 1859) wydanym na podstawie art. 23 ust. 13 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (Dz. U. 2019 poz. 542 ze zm.);
2. Dokumentów Potwierdzających eksport odpadów opakowaniowych albo wewnątrzwspólnotową dostawę odpadów opakowaniowych w celu poddania ich

recyklingowi (EDPR), na podstawie Rozporządzenia z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wzorów dokumentów EDPO i EDPR (Dz.U, poz. 1803);

3. DPR i/lub EDPR w terminie do ostatniego dnia miesiąca następującego po zakończeniu danego kwartału, lub nie później niż 3 dni robocze od dnia otrzymania ich przez Wykonawcę od przedsiębiorców prowadzących recykling lub inny niż recykling proces odzysku. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wnioski o wydanie ww. dokumentów do przedsiębiorców prowadzących recykling lub inny niż recykling proces odzysku nie później niż w terminie 30 dni od upływu kwartału, w którym przekazał odpady opakowaniowe do recyklingu.

Odwołujący wskazał, że DPR i EDPR dotyczą tylko odpadów opakowaniowych. W dokumentacji przetargowej nie określono, jakimi dokumentami należy potwierdzić, że wskazane przez wykonawcę ilości odpadów pozostałych frakcji zostały poddane recyklingowi.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu aby określił, czy w zakresie odpadów opakowaniowych tylko ilości, które potwierdzane są dokumentami DPR/EDPR będą uwzględniane do obliczania poziomów recyklingu, a także by sprecyzował, na jakiej podstawie będą uznawane za poddane recyklingowi odpady pozostałych frakcji odpadów (innych niż opakowaniowe), np. bioodpady, odpady wielkogabarytowe, odpady o kodach 19 12 12 powstałe z poddania odpadów zmieszanych procesowi R12? Ponadto Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu aby określił: czy Zamawiający będzie uwzględniał odpady przekazane do recyklingu czy poddane recyklingowi: czy Zamawiający będzie uwzględniał recykling organiczny lub termiczny, w jaki sposób wykonawca będzie potwierdzał, że odpady powstałe ze zmieszanych odpadów komunalnych, zostały poddane recyklingowi – czy również dokumentami DPR/EDPR, jak w przypadku instalacji przetwarzających odpady surowcowe bez statusu instalacji komunalnych?

Opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy również ze względu na to, że brak w nim jakichkolwiek postanowień odnoszących się do działań Zamawiającego mających na celu osiągnięcie poziomów recyklingu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, mimo że nakłada na wykonawcę obowiązek prowadzenia kontroli, czy odpady są zbierane w sposób selektywny, to nie wskazał w SIWZ warunków uznania, że obowiązek ten został przez mieszkańców spełniony. Nie zostały one także określone w obecnie obowiązującym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Odwołujący zaznaczył także, że osiągnięcie przez gminy zakreślonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 Ucp. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie

posiada natomiast wykonawca. Zachowania mieszkańców w zakresie spełniania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów w istotny sposób odbiegają od zachowań pożądaných przez Zamawiającego i ustawodawcę. W uzasadnieniu do projektu Nowelizacji UcpG wskazano, że „niedopełnienie obowiązku selektywnego zbierania odpadów dotyczy tych właścicieli nieruchomości, którzy nie chcą selektywnie zbierać odpadów i np. notorycznie w pojemnikach na odpady zmieszane umieszczają odpady, które powinny być gromadzone selektywnie w pojemnikach na papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło oraz odpady ulegające biodegradacji. Nie dotyczy to natomiast sytuacji, kiedy w wyniku pomyłki o charakterze incydentalnym dany odpad zostanie zdeponowany do nieodpowiedniego pojemnika”. Konieczne jest więc określenie skali dopuszczalnych „pomyłek” przez określenie przez Zamawiającego szczegółowych warunków dokonywania oceny, że odpady są zbierane w sposób selektywny. Kontroli powinna być poddawana w szczególności frakcja odpadów zmieszanych. Tymczasem z zapisów SWU wynika, że wykonawca ma kontrolować wyłącznie zawartość pojemników na odpady gromadzone selektywnie, a w razie kiedy właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (ma to stwierdzić wykonawca wg subiektywnej oceny, bo w opisie przedmiotu zamówienia ani Regulaminie nie ma na ten temat żadnych informacji) odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (zobacz rozdział III pkt 4 ppkt 3 i 4 lit. c SWU). Dodatkowo wykonawca ma pozostawić naklejkę według wzoru określonego w załączniku do SIWZ z informacją dla właściciela nieruchomości, że nie dopełnił on obowiązku selektywnej zbiórki, pomimo że brak jest zapisów SIWZ dotyczących tego, kiedy taki obowiązek należy uznać za spełniony. Treść informacji zwrotnej dla mieszkańca nie wskazuje, jakie błędy popełnił, wręcz odwrotnie zachęca do wrzucania odpadów surowcowych do odpadów zmieszanych, niepodlegających kontroli. Taki opis przedmiotu zamówienia jest nieadekwatny do rzeczywistych wymagań w tym zakresie.

Zgodnie z treścią Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego dla miast pow. 50.000 mieszkańców – ponad 70% odpadów to odpady surowcowe i bioodpady – odpady zmieszane powinny natomiast stanowić wartość mniejszą niż 30%, a wg danych ilościowych przedstawionych przez Zamawiającego w SIWZ odpady zmieszane to około 60%. Dane te potwierdzają, że w odpadach zmieszanych więcej niż połowa odpadów to odpady surowcowe i bioodpady, więc największy ciężar działań po stronie Zamawiającego powinien być ukierunkowany na zmniejszenie ilości odpadów zmieszanych.

Naliczenie przez Zamawiającego kar umownych za każdą brakującą, według określonego przez Zamawiającego wzoru, tonę odpadów niepoddaną recyklingowi spowoduje naliczenie kary w wysokości kilku a nawet kilkunastu milionów złotych,

nawet wówczas, gdy Gmina Wrocław osiągnie wymagane poziomy recyklingu, a więc w sytuacji gdy nie poniesie ona szkody. Wskazać należy, że gmina rozlicza się z poziomów recyklingu jako całość, bez podziału na sektory i ujmuje w swoim rozliczeniu również ilości odpadów poddane recyklingowi przez inne podmioty niż wykonawcy odbierający odpady komunalne, takie jak np. punkty skupu surowców np. papieru, złomu. W świetle obowiązujących zapisów SIWZ również w przypadku wejścia w życie systemu kaucyjnego Gmina będzie upoważniona do uwzględnienia tych ilości odpadów. Kary przewidziane przez Zamawiającego są więc rażąco wygórowane, zwłaszcza w sytuacji, gdy przewidziane są za niespełnienie obowiązku, który' obiektywnie jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawcę. Taka postawa Zamawiającego doprowadzi do całkowicie nieuzasadnionego drastycznego zawyżenia wysokości składanych ofert, a w konsekwencji do nadmiernego obciążenia właścicieli nieruchomości wyższymi opłatami,

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień SIWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia niemożliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu lub dokonania takiej modyfikacji zapisów SIWZ w zakresie odnoszącym się do sposobu wyliczenia poziomów recyklingu dla wykonawcy, które będą przewidywały możliwe do osiągnięcia poziomy recyklingu. Odwołujący wniósł, aby postanowienia te uwzględniały morfologię i specyfikę odbieranych odpadów i zostały sformułowane w sposób nakazujący wykonawcy osiągnięcie technicznie możliwych poziomów recyklingu dla każdej frakcji odrębnie w stosunku do ilości odpadów odebranych z terenu Sektora III.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający jest w posiadaniu zleconego przez siebie w drodze zamówienia publicznego opracowania pn. „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław”, na podstawie którego dysponuje wystarczającym materiałem do obiektywnego i realnego wskazania możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji odpadów.

Jednocześnie Odwołujący zawnioskował o nakazanie Zamawiającemu zmiany projektu umowy przez obniżenie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w zakresie kar umownych naliczanych na podstawie § 15 ust. 2 pkt 6 oraz § 15 ust. 2 pkt i 4 lit. q-s co najmniej o połowę ich wysokości.

Odwołujący podał kolejno, że opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy, gdyż nie odnosi się w żadnym stopniu do działań Zamawiającego wspierających osiągnięcie poziomów recyklingu, które planuje podjąć w sytuacji wejścia w życie systemu kaucyjnego opakowań, którego wprowadzenie jest planowane w ramach Rozszerzonej Odpowiedzialności Producentów (ROP). Wprowadzenie ROP w istotny sposób zmieni morfologię i ilość odbieranych odpadów opakowaniowych. Krajowe przepisy regulujące ROP powinny zostać

uchwalone do lipca 2020 roku. Obowiązek ten wynika z opublikowania w lipcu 2018 r. pakietu dyrektyw odpadowych Unii Europejskiej, ustanawiających wyższe cele recyklingu odpadów komunalnych oraz opakowaniowych. Unijne przepisy nakładają na producentów wyrobów w opakowaniach obowiązek stosowania się do ujednoliconej w dyrektywach zasady tzw. rozszerzonej odpowiedzialności producenta. Pakiet ten został uzupełniony dyrektywą w sprawie zmniejszenia wpływu niektórych produktów z tworzyw sztucznych na środowisko, którą państwa członkowskie muszą co do zasady wdrożyć do dnia 3 lipca 2021 roku. ROP określona jest w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w sprawie odpadów i oznacza strategię ochrony środowiska, w ramach której odpowiedzialność producenta za produkt zostaje przedłużona do końca cyklu życia produktu. ROP tworzy mechanizm ekonomicznej odpowiedzialności producenta za jego produkty wprowadzane na rynek nie tylko w okresie użytkowania i gwarancji, ale także na etapie poużytkowym, kiedy produkt staje się odpadem. Wprowadzenie ROP skutkować będzie tym, że na gminach spoczywać będzie obowiązek zagospodarowania odpadów reszkowych, bioodpadów oraz odpadów wielkogabarytowych, zagospodarowanie odpadów surowcowych obciąży natomiast producentów.

W sytuacji gdy założenia zmian są wiadome, określone są bowiem przepisami unijnymi, Zamawiający powinien przewidzieć w SIWZ zasady, na jakich, w razie wejścia w życie na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, wprowadzane będą zmiany obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący, jako świadomy wykonawca, który antycypować musi nową, jeszcze nieobowiązującą rzeczywistość prawną, opierając się na niepełnym, niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, kalkulować musi w swej ofercie ryzyko związane ze skutkami zmian ustawodawstwa i trudnościami w uczynieniu zadość wymogom stawianym przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł zatem o wprowadzenie do SWU zapisów dopuszczających zmianę sposobu obliczania poziomów recyklingu w odniesieniu do każdej frakcji objętej systemem kaucyjnym w zależności od zmiany morfologii odbieranych odpadów, jeżeli system kaucyjny zacznie obowiązywać w toku realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem. Wprowadzenie ROP i systemu kaucyjnego doprowadzić może do braku zawartości w odpadach odbieranych najatrakcyjniejszych pod kątem recyklingu odpadów, przez co niemożliwym będzie uzyskanie tych samych poziomów recyklingu lub uzyskanie tych poziomów przy tych samych nakładach pracy i kosztów. Wejście w życie mechanizmu kaucyjnego oznaczać będzie wejście w życie całego systemu ROP, który przewiduje specjalne środki finansowe dla Gmin na wspieranie systemu selektywnej zbiórki, w związku z czym Gmina będzie dysponować specjalnymi funduszami na wspieranie recyklingu.

Zgodnie z założeniami wynagrodzenie z ROP Gmina ma otrzymywać za każdą przekazaną do recyklingu tonę odpadów wg sprawozdań.

Zarzut nr 4 – naruszenie przepisu art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 Pzp przez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wysortu odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań tworzyw sztucznych

W rozdziale XIX pkt 1 ppkt 2 SWU wykonawca zobowiązany został do opracowania i przedstawienia Zamawiającemu masy odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych odebranych selektywnie od właścicieli nieruchomości obsługiwanych wraz z Miesięczną Kartą Bilansu Odpadów Komunalnych sporządzoną zgodnie z pkt 2, wraz z wyselekcjonowaną masą odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań z tworzyw sztucznych. Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia jest niejasny i nieprecyzyjny, gdyż w SWU ani w umowie nie postawiono względem wykonawcy obowiązku wyselekcjonowania z masy odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych odebranych selektywnie od właścicieli nieruchomości obsługiwanych. Skoro więc istnieje obowiązek prowadzenia sprawozdawczości w tym zakresie, to Odwołujący wniósł o sprecyzowanie zapisów dokumentacji przetargowej przez wprowadzenie takiego obowiązku wprost dla wykonawcy w rozdziale XII pkt 4 ppkt 1 SWU.

Zarzut nr 5 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art 5, art. 353¹ i art 487 § 2 Kc przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należytą wycenę usługi

W rozdziale I pkt 3 SWU Zamawiający przewiduje, że wykonawca zobowiązany będzie w ramach wynagrodzenia do wykonania usługi odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych frakcji, których kody nie zostały wskazane w rozdziale I pkt 1 i 2 SWU. Taki opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż nie jest wiadome, jak w takiej sytuacji kształtować się będzie stosunek zobowiązaniowy stron. Odwołujący podniósł, że z dokumentacji przetargowej powinno jasno wynikać, do odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania których frakcji odpadów wykonawca będzie zobowiązany podczas realizacji zamówienia.

W sytuacji, gdy określone w SIWZ kody odpadów nie odpowiadają zakresowi usługi, brak jest możliwości poprawnej wyceny oferty i ewentualnego podjęcia czynności przygotowawczych związanych z pozyskaniem stosownych decyzji administracyjnych na transport, zbieranie lub przetwarzanie odpadów o kodach wskazanych w SIWZ. Odwołujący podkreślił, że w świetle przepisów Ustawy nie ma prawnej możliwości zbierania odpadów bez stosownego zezwolenia. Co więcej, zgodnie z przepisem art. 194 ust. 4 Ustawy, za zbieranie odpadów lub przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia, o którym mowa w art. 41, wymierza się administracyjną karę pieniężną. Kara wynosi nie mniej niż 10.000 zł i nie może przekroczyć 1.000.000 zł. Odwołujący nie może więc brać na siebie ryzyka związanego z koniecznością realizacji świadczenia, którego faktyczny zakres nie został opisany w opisie przedmiotu zamówienia, jeżeli na etapie realizacji usługi zaistnieje potrzeba odbioru odpadów, o kodach które nie zostały przewidziane w SIWZ. Nie ma bowiem możliwości starania się z odpowiednim wyprzedzeniem o pozyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych umożliwiających mu zgodną z prawem realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może także ryzykować realizacją usługi bez stosownych zezwoleń, gdyż oznacza to możliwość nałożenia na niego kary, która skutkować może wykluczeniem go z innych postępowań o udzielenie zamówienia. W przypadku przewidzenia przez Zamawiającego fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp kara administracyjna z Ustawy klasyfikowana jest bowiem jako nałożona za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska jej ustawowa wysokość przekracza kwotę 3.000 zł. Realizacja obowiązku wynikającego z umowy nie może narażać wykonawcy na karę administracyjną, odmowa zaś realizacji takiej usługi z uwagi na wymogi wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa nie powinna być obwarowana karą umowną.

Skoro opis przedmiotu zamówienia został przygotowany tak dalece nieprecyzyjnie, że zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę jest całkowicie niewiadomy, odwołujący nie ma możliwości skalkulowania oferty. Odwołujący nie wyklucza jednak możliwości odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania tego rodzaju odpadów, o ile wykonawca będzie miał prawną i faktyczną możliwość realizacji tej usługi, gdy zaktualizuje się taka potrzeba.

Z tego względu Odwołujący wniósł o zmianę zapisu rozdziału I pkt 3 SWU w następujący sposób:

„Oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odebrania, zbierania transportu i zagospodarowania. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym rozliczenie za tę usługę nastąpi jak w przypadku realizacji prac interwencyjnych, z zastrzeżeniem możliwości

odmowy realizacji tej usługi w przypadku nieposiadania stosownej decyzji lub braku możliwości ich zagospodarowania”.

Zarzut nr 6 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, zakładających realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że częstotliwość odbioru odpadów dostosowana ma zostać do wymogu niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników na odpady komunalne powyżej 90% ich całkowitej pojemności oraz wprowadzenie obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 90% całkowitej pojemności i zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za naruszenie tego obowiązku

Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 SWU częstotliwość odbioru odpadów komunalnych ma gwarantować niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 90% ich całkowitej pojemności, zaś wykonawca obowiązany jest do systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 90% całkowitej pojemności, Co więcej – jak wynika § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q, r projektu umowy – należyta realizacja tego obowiązku została przez Zamawiającego obwarowana obowiązkiem zapłaty kary umownej w wysokości:

- a) 150 zł – za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności mniejszej niż 1,1 m³ przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90% całkowitej pojemności danego pojemnika;
- b) 600,00 zł – za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności 1,1 m³ i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90% całkowitej pojemności danego pojemnika;

- c) 500,00 zł – za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregokolwiek z pojemników do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych;
za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90% całkowitej pojemności danego pojemnika.

Taki opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy i rodzi ogromne ryzyko obciążenia wykonawcy nadmiernymi obowiązkami w trakcie realizacji zamówienia oraz naliczania wykonawcy wygórowanych kar umownych. Wymóg stawiany przez Zamawiającego jest nieuzasadniony charakterem zamówienia, nieadekwatny i nieproporcjonalny. W konsekwencji jego utrzymania cena oferty musiałaby być w sposób rażąco wysoka, nieadekwatna do rzeczywistej wartości usług. W praktyce należyte wywiązywanie się z tego obowiązku skutkowałoby koniecznością zwielokrotnienia częstotliwości kursów na trasach odbioru odpadów w sposób niemożliwy do przewidzenia na etapie składania oferty i nieuzasadniony faktyczną potrzebą. Odwołujący wskazuje, że często tylko jeden z kilku pojemników służących do gromadzenia odpadów tej samej frakcji w danym MGO jest przepełniony, a reszta jest pusta, bo mieszkańcy wrzucają odpady do pojemnika położonego najbliżej wejścia do altany czy pomieszczenia, w którym gromadzone są odpady.

Kara za przepełnienie pojemników dla nieruchomości niezamieszkałych, w przypadku kiedy przepełnienie nie wynika z nierealizowanego harmonogramu, nie jest zasadna, gdyż to właściciel nieruchomości decyduje o częstotliwości odbioru i pojemności i ilości pojemników.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w rozdziale III pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU przez wykreślenie tego obowiązku oraz wykreślenie kar umownych przewidzianych za jego niedotrzymanie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q i r projektu umowy, względnie określenie poziomu wypełnienia pojemników na odpady skutkującego koniecznością ich odbioru w przypadku wypełniania pojemnika w 100%, a także dokonanie zmian w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q i r projektu umowy przez obniżenie kar umownych o połowę ich wysokości. Odwołujący zawniósł przy tym o usunięcie kar w zakresie pojemników dla nieruchomości niezamieszkałych.

Ponadto Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dodania postanowienia, że kary umowne za przepełnienie pojemników mogą zostać naliczone wyłącznie w sytuacji gdy wszystkie pojemniki w danym MGO przeznaczone do zbierania określonej frakcji odpadów są wypełnione powyżej 100%.

Zarzut nr 7 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹, 387 i art. 487 § 2 Kc przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy, zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców w związku z obowiązkiem wydzierżawienia pojemników, co utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert

Zgodnie z postanowieniem rozdziału I pkt 5 ppkt 13 SWU do obowiązków wykonawcy należy wydzierżawienie pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych, na zasadach określonych w SWU, przez okres maksymalnie 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi. W § 8 ust. 3 pkt 27 umowy doprecyzowano, że zobowiązanie wykonawcy w istocie sprowadza się do pozostawienia pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych przez okres maks. 2 miesięcy do dyspozycji Zamawiającego, w ramach dzierżawy, na zasadach określonych w SWU rozdział II pkt 9-14. Zgodnie z § 11 ust. 4 projektu umowy wynagrodzenie wykonawcy za pozostawienie do dyspozycji Zamawiającego w ramach dzierżawy, na zasadach określonych w SWU, pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych (przez okres maks. 2 miesięcy od dnia zakończenia realizacji usługi) stanowi iloczyn ilości tygodni dzierżawy przez Zamawiającego pojemników oraz stawki za każdy tydzień.

Zasady dzierżawy zostały sprecyzowane w rozdziale II pkt 9-15 SWU o następującej treści:

9. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania na pisemny wniosek Zamawiającego do dyspozycji Zamawiającego wszystkich pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych na okres 2 miesięcy od dnia zakończenia świadczenia realizacji usługi.
10. Zamawiający wykorzysta pojemniki wskazane w pkt 9 do obsługi nieruchomości zlokalizowanych na terenie Sektora III.
11. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu na dwa tygodnie przed zakończeniem świadczenia usługi wykaz wszystkich pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych zlokalizowanych na terenie Sektora III, tj. ilości pojemników wraz z podaniem ich pojemności, zbieranej frakcji i przyporządkowanym miejscem gromadzenia odpadów.
12. Zamawiający w przeciągu 2 miesięcy, o których mowa w pkt 9, będzie zobowiązany do sukcesywnej wymiany pojemników Wykonawcy.

13. Zamawiający w ciągu W dni kalendarzowych od dnia zakończenia umowy przekaże protokolarnie wszystkie pojemniki na bazę magazynowo-transportową wykonawcy.
14. W przypadku uszkodzenia lub zniszczenia któregośkolwiek z pojemników wykonawcy, Zamawiający wymieni go na nowy o takich samych lub równoważnych parametrach technicznych.
15. Zamawiający zastrzega, że wszystkie obowiązki Zamawiającego wymienione w pkt od 9 do 14 może zlecić podmiotowi trzeciemu.

Powyższe postanowienia SWU są niejasne, nieprecyzyjne i niezrozumiałe. Zamawiający zamierza wydzierżawić pojemniki w celu udostępnienia ich kolejnemu wykonawcy świadczącemu usługi odbioru odpadów z terenu Sektora III, nie jest jednak pewne czy ten obowiązek będzie istniał dla każdego wykonawcy, który będzie obsługiwał Sektor po zakończeniu świadczenia usługi przez wykonawcę wybranego w ramach Postępowania. Obowiązek wydzierżawienia pojemników jest nieproporcjonalny, nadmiarowy, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy standardem jest wykorzystywanie przez wykonawców świadczących usługi odbioru odpadów komunalnych systemu RFID. Jednym z elementów systemu RFID jest wyposażenie wszystkich pojemników w celu ich identyfikacji w czipy. Konieczność wydzierżawienia pojemników pozbawia wykonawcę możliwości korzystania z funkcjonalności systemu RFID i wykorzystania go do realizacji innych zamówień. Oznacza więc konieczność wyceny w formularzu ofertowym nie tylko samej dzierżawy pojemników, ale także utraty dostępu do funkcjonalności systemu RFID. Demontaż chipów z pojemników jest działaniem nieefektywnym ekonomicznie i niemożliwym do zrealizowania w terminie tak krótkim jak przejmowanie obsługi Sektora z dnia na dzień. Taki opis przedmiotu zamówienia stawia w nierównej pozycji wykonawców.

Odwołujący wniósł o wykreślenie obowiązku dzierżawy pojemników z opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł również o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z dokumentacji Postępowania postanowień odnoszących się do dzierżawy pojemników, tj. w szczególności postanowienia rozdziału I pkt 5 ppkt 13 SWU, rozdziału II okt 9-15 SWU, § 2 ust. 1 pkt 13 projektu umowy, § 8 ust. 3 pkt 27 projektu umowy, § 11 ust. 4 projektu umowy, § 15 ust. 2 pkt 14 lit a) projektu umowy oraz dodatkowej pozycji (nr 25) w zestawieniu kosztów zadania (załącznik nr II).

Na wypadek nieuwzględnienia powyższego żądania Odwołujący wniósł o doprecyzowanie SIWZ w ten sposób, że Zamawiający obowiązany jest poinformować wykonawcę na co najmniej 2 miesiące przed terminem zakończenia usługi, czy dzierżawa pojemników będzie miała miejsce czy nie, tak aby wykonawca mógł zorganizować zbiórkę pojemników z terenu Sektora. Ponadto Odwołujący wnosi o doprecyzowanie w SIWZ, że do zakończenia dzierżawy to Zamawiający lub podmiot trzeci działający na zlecenie i koszt

Zamawiającego obowiązany będzie do przetransportowania w terminie uprzednio uzgodnionym z wykonawcą Pojemników na bazę magazynowo-transportową wykonawcy. Tym samym Odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienia rozdziałowi II pkt 9 SWU: „Wykonawca zobowiązany jest do przekazania na pisemny wniosek Zamawiającego zgłoszony co najmniej na 2 miesiące przed terminem zakończenia usług do dyspozycji Zamawiającego wszystkich pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych na okres 2 miesięcy od dnia zakończenia świadczenia realizacji usługi. We wniosku Zamawiający winien określić dokładny czas dzierżawy”.

Zarzut nr 8 – naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie podstawy wykluczenia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Odwołujący wnosi o zmianę ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ tak, aby uwzględnić w SIWZ dodatkowo jako podstawę wykluczenia z postępowania przepis art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Przedmiot zamówienia jest ściśle związany z problematyką ochrony środowiska. Niewłaściwa gospodarka odpadami w istotnym stopniu wpływa na destrukcję środowiska naturalnego – przyczynia się do niszczenia walorów przyrodniczych siedlisk roślinnych i zwierzęcych, destrukcyjnie wpływa na obszary miejskie, wiejskie, rolne oraz leśne. Możliwość udzielenia zamówienia podmiotowi, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3.000 zł, stawia w nierównej pozycji podmioty ściśle przestrzegające wymogi stawiane przepisami prawa. Odwołujący podniósł, że podmiot, na który została nałożona na mocy decyzji administracyjnej kara za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Takie ukształtowanie podstaw wykluczenia w przypadku przetargu na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w gminie, która deklaruje szczególną dbałość o politykę ekologiczną i dobrą jakość środowiska, jest niezrozumiałe. Zamawiający przewiduje bowiem możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty dopuszczające się patologii na rynku odpadowym, naruszające przepisy ochrony środowiska.

Odwołujący wskazał na przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej „Dyrektywa 2014/24/UE”), w szczególności na treść motywów dyrektywy odnoszących się do aspektów związanych z ochroną środowiska, których celem jest promocja

wykonawców przestrzegających prawa w ww. dziedzinach. Motyw 37 Dyrektywy 2014/24/UE zakłada, że z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem, że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym. Z kolei zgodnie z motywem 40 Dyrektywy 2014/24/UE, monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno odbywać się na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne. Zamawiający w celu spełnienia wymagań ustawodawcy unijnego jest obowiązany promować wykonawców przestrzegających prawa w dziedzinie ochrony środowiska. Koniecznym jest, by Zamawiający spełnił wymóg nałożony przez unijnego ustawodawcę i zapewnił ochronę przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska. Powyższe będzie możliwe dopiero, gdy zamawiający zastrzeże w SIWZ możliwość fakultatywnego wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Zamawiający musi mieć bowiem pewność, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia daje gwarancję rzetelnego wykonania danego zamówienia. Działanie takie będzie zgodne również z postulatami Ministerstwa Środowiska (Klimatu) o potrzebie podejmowania takich działań, które będą zmierzały do eliminacji patologii w gospodarce odpadami.

Zarzut nr 9 – naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c Pzp przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności i przejrzystości przy formułowaniu SIWZ

W świetle rozdziału III pkt 9 SIWZ „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wymienione w § 8 ust. 7 projektu umowy”. Z kolei § 8 ust. 7 projektu umowy wskazuje, że „Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem,

transportem, zagospodarowaniem (jeśli prowadzone jest we własnym zakresie) odpadów komunalnych”.

Opisany wymóg w zakresie zatrudniania na podstawie umowy o pracę jest nieprzejrzysty i niejasny, gdyż z SIWZ nie wynika, jak rozumieć pojęcie osób wykonujących czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem. Zamawiający nie wskazał w tym względzie w sposób dostatecznie jasny na zakres czynności podejmowany di przez te osoby. Przede wszystkim wymóg ten narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Zupełnie niezrozumiałe jest bowiem dokonane przez Zamawiającego rozróżnienia zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności bezpośrednio związane z zagospodarowaniem odpadów komunalnych na wykonawców, którzy będą zagospodarowywać odpady „we własnym zakresie” oraz na wykonawców, którzy „we własnym zakresie” tych odpadów zagospodarowywać nie będą. Wymóg ten stawia w uprzywilejowanej sytuacji podmioty, które zagospodarowania odpadów nie będą dokonywały we własnym zakresie. Wykonawcy nie są zatem w równej pozycji, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Ponadto, wykonanie części zamówienia, polegającej na transporcie odpadów, w przeważającej części nie zawiera w sobie elementu podległości służbowej, stąd nie spełnia przesłanek określonych w art. 22 § 1 ustawy z 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Kp”.

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c Pzp, zamawiający ma obowiązek zamieścić w SIWZ wykaz czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, które mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym to zamawiający musi ocenić, które czynności mieszczą się w zakresie art. 22 § 1 Kp. Musi on zatem przeanalizować czynności, które będą wykonywane w trakcie realizacji zamówienia, a następnie wyraźnie oddzielić te, które muszą być wykonywane na podstawie umowy o pracę, od tych, przy których wykonawca ma dowolność w wyborze podstawy zatrudnienia. Zamawiający nie spełnił ww. wymogu z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c Pzp, wobec czego sformułowanie § 8 ust. 7 projektu umowy jest nieprawidłowe ze względu na lakoniczność, wybiórczość opisu obowiązków wykonawcy w zakresie zatrudniania na podstawie umowy o pracę.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania § 8 ust. 7 projektu umowy zgodnie z propozycją przedstawioną poniżej:

„Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na

podstawie umowy o prace kierowców odbierających odpady, osoby zatrudnione w BOK, osoby koordynujące realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia, wagowych”.

Odwołujący wniósł także o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian § 8 ust. 8 pkt 4 projektu umowy w sposób dostosowujący go do wymogów RODO, tj. uprawniający Zamawiającego do żądania kopii zanonimizowanych dokumentów potwierdzających fakt zatrudnienia ww. osób na umowie o prace. Dla Zamawiającego nie jest bowiem istotne, kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie, co zostało potwierdzone także w opinii UZP dotyczącej art. 29 ust. 3a Pzp. Udostępnienie Zamawiającemu danych osobowych pracowników wykonawcy, zaangażowanych w realizację zamówienia, wymaga uzyskania przez wykonawcę zgody swoich pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych poprzez ich udostępnienie zamawiającemu, zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a RODO.

W zakresie realizacji art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. b Pzp (uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a Pzp) Odwołujący wskazał na kolejne naruszenie, tj. niemożliwe na gruncie tego przepisu żądanie dostarczenia umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników, którzy świadczyć będą czynności na rzecz Zamawiającego. W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (wprawdzie wydanej na kanwie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych) „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków [wymogów] przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie[...]”.

W tym kontekście przywołać należy zasadę adekwatności i minimalizmu danych, zgodnie z którą administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. Dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, „na wszelkie wypadek”, tj. bez wskazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych – którym po uzyskaniu danych stałby się zamawiający”.

Zarzut nr 10 – naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów stawianych systemowi wizyjnego monitorowania pojazdów

W rozdziale XVI SWU Zamawiający określił wymogi w zakresie systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, które szczegółowo sprecyzowane zostały w załączniku nr 24 – Wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów. W ocenie Odwołującego wymagania te zostały określone przez Zamawiającego w sposób stwarzający nieuzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego bariery w dostępie do ubiegania się o zamówienie przez podmioty zdolne do jego należytej realizacji. Uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Wymagane przez Zamawiającego rozwiązania w zakresie funkcjonalności systemu wizyjnego monitorowania pojazdów są nieproporcjonalne do zakresu zamówienia. W ocenie Odwołującego dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie narusza zasadę konkurencyjności, gdyż wskazuje na jednego dostawcę systemu wizyjnego monitorowania pojazdów.

Wymagania techniczne określone przez Zamawiającego w rozdziale XVI SWU oraz w załączniku nr 24 są bardzo drobiazgowo, np. bardzo szczegółowo wskazano poziom wymaganego napięcia dla sprzętu: w jednym przypadku 9-32V, w innym przypadku 12-24V, kodowanie obrazu w systemie NTSC podczas, gdy w Europie standardem jest PAL, konkretne wielkości dysków twardej. Odwołujący stoi na stanowisku, że zbędny jest wymóg nagrywania dźwięku w trakcie świadczenia usługi. Nadmiernym, nieproporcjonalnym wymaganiem jest także konieczność wyposażenia pojazdów bezpylnych oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym. Wymóg ten nie wnosi dla Zamawiającego żadnej wartości dodanej, natomiast radykalnie podraża koszt całego systemu. Niezrozumiałym jest wymóg „inteligentnego alarmu cofania” – pojazdy do odbioru odpadów wyposażone są w urządzenia spełniające wszystkie normy i gwarantujący bezpieczeństwo.

Kolejnym, nadmiernym wymaganiem, w istotny sposób zawyżającym koszt realizacji usługi jest konieczność archiwizacji danych przez okres aż 6 miesięcy od momentu zarejestrowania. Koszt archiwizacji takiej ilości kamer przez okres aż 6 miesięcy w znaczący sposób podnosi koszty – wedle wstępnych obliczeń koszt samych serwerów zdolnych

pomieścić taką ilość danych wynosi około 1 mln zł. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wymóg archiwizacji przez okres 6 miesięcy jest nieadekwatny i wnosi o skrócenie go do 30 dni.

Ponadto Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, gdyż nie do końca jasnym pozostaje konieczność wyposażenia „pozostałych pojazdów” w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu. Odwołujący nie ma pewności, czy w system taki wyposażone powinny być pojazdy wymagane przez Zamawiającego w SIWZ, czy wszystkie pojazdy, które będą wykorzystywane przez wykonawcę do realizacji usługi, czyli także pojazdy transportujące odpad do zagospodarowania po rozładunku na bazie. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, co nie pozwala należycie skalkulować oferty.

Odwołujący dodał, że niejasny jest także zapis rozdziału XVI pkt 5 SWU w zakresie anonimizacji zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uściślenia, komu system ma umożliwić dokonanie anonimizacji – czy wykonawcy, czy także Zamawiającemu. Z postanowień SWU nie wynika bowiem, kto będzie dokonywał anonimizacji – czy Zamawiający, czy wykonawca na wniosek Zamawiającego. Jeżeli to system wizyjnego monitorowania pojazdów ma posiadać funkcjonalność anonimizacji, to Odwołujący podkreślił, że w istotny sposób zawyża to koszty tego systemu i jednocześnie ogranicza dostawców systemu monitoringu wizyjnego do jednego dostawcy. Odwołujący zawnioskował o to, aby Zamawiający zmienił treść dokumentacji przetargowej, tak by możliwość dokonywania anonimizacji możliwa była z wykorzystaniem innego oprogramowania niż oprogramowanie dostawcy kamer.

Odwołujący wniósł także o nakazanie Zamawiającemu dostosowania wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia do faktycznych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, bez przywoływania tak szczegółowych wymagań technicznych w sposób, który uzasadniałby funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o modyfikacje zapisów specyfikacji w następujący sposób:

Wszystkie pojazdy służące do odbioru odpadów z MGO powinny być wyposażone w sprawny system:

- wideorejestracji obrazu z możliwością przekazywania go w czasie rzeczywistym;
- monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu i miejscach postojów pojazdów;
- czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów.

Obraz z wideorejestracji powinien być rejestrowany w rozdzielczości umożliwiającej swobodny odczyt zapisanego materiału, Wideorejestracja musi być tak skonfigurowana, aby z nagranych materiału można było ustalić w szczególności trasę przejazdu samochodów służących do odbioru odpadów i miejsca ich zagospodarowania, W przypadku ich wystąpienia, zarejestrowane powinny być także stwierdzone przez obsługę nieprawidłowości n-1 postępowaniu z odpadami na nieruchomości, brak współdziałania właściciela nieruchomości. Ponadto na terenie niektórych obiektów w sytuacji, gdy właściciel lub zarządca nieruchomości zgłosi takie żądanie, zamawiający dopuszcza, możliwość wyłączenia monitoringu na czas wykonania czynności objętych przedmiotem zamówienia”.

Odwołujący wniósł także o skrócenie czasu archiwizacji danych – maksymalnie do 30 dni od daty rejestracji.

Zarzut nr 11 – naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art 5, art. 353¹, art 483 § 1, art 484 § 2, art 487 § 2 Kc oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp przez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie do wzoru umowy zapisów dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, przez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą łączącego je stosunku. Jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert

W § 15 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający zawarł bardzo obszerny katalog kar umownych. Dalsze postanowienia tego paragrafu dotyczą zasad naliczania kar umownych, zostały jednakże sformułowane w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości Odwołującego co do tego, czy kary umowne mogą zostać naliczone przez Zamawiającego wyłącznie po uprzednim wezwaniu wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku lub usunięcia naruszeń. Dlatego też Odwołujący wnosi o wykreślenie § 15 ust. 3 projektu umowy oraz nadanie §15 ust. 5 projektu umowy następującego brzmienia:

„W sytuacji, w której sposób wykonania obowiązku/obowiązków umownych przez Wykonawcę będzie budzić zastrzeżenia Zamawiającego, Zamawiający, zastrzega sobie prawo pisemnego wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku/obowiązków i/lub usunięcia powstałych uchybień wyznaczając Wykonawcy stosowny termin, biorąc po uwagę okoliczności miejsca i czasu. Wykonanie przez Wykonawcę obowiązku/obowiązków zgodnie z treścią umowy i/lub usunięcie powstałych uchybień skutkować będzie uznaniem przez Zamawiającego, że nie wystąpiły okoliczności będące podstawą naliczenia kary. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku/obowiązków umownych po bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku/obowiązków i/lub usunięcia powstałych uchybień, Zamawiający naliczy stosowne kary umowne”.

Zgodnie z art. 483 § 1 Kc kara umowna jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Zamawiający, konstruując postanowienia dotyczące kar umownych, wypaczył ich rzeczywisty cel, jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być bowiem nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. Wprawdzie kara umowna jest także instrumentem służącym do zmotywowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania ciężącego na nim zobowiązania, to jednak nie może przekraczać granic motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowić podstawy do wzbogacenia się Zamawiającego.

Zastrzegane przez Zamawiającego kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie mogą jednak obciążać nadmiernym ryzykiem wykonawcy. Z tego względu Odwołujący wniósł o obniżenie wysokości wszystkich kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 1 i 2 projektu umowy o połowę ich wysokości z uwagi na to, że są one rażąco wysokie.

Odwołujący wniósł także o wprowadzenie górnego limitu kar umownych na poziomie 10% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy. Ustanowienie takiego limitu pozwoli na zabezpieczenie istotnych interesów Zamawiającego, a jednocześnie na zminimalizowanie ryzyka wykonawcy związanego z tak szerokim katalogiem kar powiązanych z przypadkami w dużej mierze niezależnymi od należytej staranności wykonawcy. Co więcej, ustanowienie maksymalnego limitu kar umownych na wnioskowanym poziomie ograniczy ryzyko Zamawiającego związane z wkalkulowaniem potencjalnych kar umownych w cenę oferty, gdyż pozwoli na skalkulowanie ich na poziomie rynkowym, bez konieczności kalkulacji

bufora na zapłatę ewentualnych kar. Zdefiniowanie kar umownych na poziomie określonym przez Zamawiającego narusza równowagę stron, zabija konkurencyjność i powoduje konieczność znaczącego zawyżenia ceny ofertowej w sposób nieadekwatny do realnego kosztu usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Zarzut nr 12 – naruszenie art. 353¹ i art. 5 Kc w zw. z art 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy postanowień niekorzystnych dla wykonawców poprzez przyjęcie w projekcie umowy, że możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 projektu umowy aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach określonych w art 142 ust. 5 Pzp

Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie w zakresie możliwości waloryzacji wynagrodzenia nie gwarantuje wykonawcy, że dodatkowe koszty świadczenia usługi, które mogą się zaktualizować w toku jej realizacji, znajdą pokrycie w zmienionym wynagrodzeniu. Sytuacja ta dotyczy zarówno okoliczności określonych w art. 142 ust. 5 Pzp, co do których Zamawiający przewidział w § 19 ust. 3 projektu umowy możliwość podwyższenia wynagrodzenia, jak i pozostałych okoliczności, co do których Zamawiający takiej możliwości nie przewidział.

W myśl literalnej wykładni postanowień projektu umowy zmiana postanowień umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia dopuszczalna jest wyłącznie w sytuacji określonej w § 19 ust. 3 projektu umowy. Postanowienie umowne w tym zakresie stanowi realizację ustawowego obowiązku spoczywającego na Zamawiającym, a wynikającego z przepisu art. 142 ust. 5 Pzp, co do obowiązku zawarcia w umowie o zamówienie publiczne zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Takie ukształtowanie postanowień umownych, w szczególności w sytuacji, gdy z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością na etapie realizacji zamówienia nastąpi więcej niż jedna istotna zmiana przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia strony, przerzuca związane z tym ryzyko w całości na wykonawcę.

Z tego względu Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu takiego określenia treści stosunku prawnego łączącego strony, który pozwoli na zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy także w sytuacjach określonych w § 19 ust. 2 projektu umowy.

Odwołujący zawnioskował o nadanie § 19 ust. 1 projektu umowy następującego brzmienia:

„Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie:

- 1) dopuszczalnej prawem zmiany Stron umowy lub oznaczenia Stron umowy;
- 2) warunków płatności;
- 3) wysokości cen jednostkowych określonych w ofercie Wykonawcy;
- 4) zmiany którejkolwiek z kwot podanych w § 11 ust. 8 wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany;
- 5) terminu świadczenia usługi i/lub terminu realizacji zamówienia sytuacji opisanej w § 4 wraz ze skutkami takiej zmiany;
- 6) zmiany zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany;
- 7) sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany;
- 8) technologii wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia, jeżeli wprowadzenie nowej technologii nie będzie powodować podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy oraz powodować będzie niepogorszenie dotychczasowych standardów wykonywania zamówienia;
- 9) zmiany zakresu części zamówienia powierzonej Podwykonawcom lub zmiany Podwykonawcy w zakresie niezbędnym do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ w przypadku zaistnienia okoliczności mających wpływ na dalszą realizację przedmiotu umowy przez Podwykonawcę;
- 10) zmiany podmiotu trzeciego, na zdolności którego Wykonawca powoływał się składając ofertę, celem wykazania spełniania warunku kwalifikacyjnego dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w § 10 ust. 2;
- 11) zmiany lub wprowadzenia nowe i instalacji, do której Wykonawca obowiązany jest przekazać odebrane odpady z terenu Sektora;
- 12) zmiany sposobów wyliczenia, wymaganych przepisami prawa, rocznych poziomów, o których mowa w SWU, rozdział XIX pkt 1;
- 13) usunięcia zapisów, których wykonanie jest niemożliwe ze względu na obowiązujące przepisy prawa - w zakresie, który jest niezbędny do wyeliminowania błędów.”

Odwołujący wskazał, że postanowienia § 19 ust. 1 i 2 projektu umowy są nieprecyzyjne i nie można z ich treści jednoznacznie wywnioskować, czy określenie „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia

należnego wykonawcy, czy wyłącznie do innych niż wynagrodzenie postanowień umowy w przedmiocie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreśla, że wykonawcy są obciążeni nadmiernym ryzykiem kontraktowym w tym zakresie.

W celu przywrócenia równowagi stron umowy Odwołujący wniósł także o wprowadzenie do projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej zakładającej możliwość zmiany cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy o wskaźnik rewaloryzacji (wzrost cen towarów i usług) podany w ustawie budżetowej na pisemny wniosek wykonawcy składany nie później niż w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie ustawy budżetowej na dany rok.

Odwołujący zawnioskował również o dodanie § 19 ust. 4a projektu umowy o następującej treści: „Ceny jednostkowe określone w ofercie Wykonawcy mogą ulec zmianie raz w roku na podstawie wskaźnika rewaloryzacji (wzrost cen towarów i usług) podany w ustawie budżetowej na rok 2021, rok 2022 i rok 2023 na pisemny wniosek Wykonawcy. W takim przypadku wartość całkowita wynagrodzenia maksymalnego, określonego w § 11 ust. 1 nie podlega zmianie”.

Wskazane powyżej żądania Odwołującego uzasadnione są potrzebą zapewnienia ochrony wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku ze zmianą powszechnie obowiązujących przepisów prawa, skoro w ich wyniku zmienić się może zakres świadczenia wynikającego z umowy i/lub zasady realizacji przedmiotu zamówienia. Mowa tutaj zwłaszcza o wejściu w życie systemu kaucyjnego opakowań, którego wprowadzenie jest planowane w ramach Rozszerzonej Odpowiedzialności Producentów (ROP). Jak wspomniano już w odwołaniu, wprowadzenie systemu kaucyjnego w ramach ROP w istotny sposób zmieni morfologię i ilość odbieranych odpadów opakowaniowych. Krajowe przepisy regulujące ROP mają zostać uchwalone do lipca 2020 roku. Zatem założenia zmian są już znane, określone są bowiem przepisami unijnymi. W ramach tych założeń na pierwszy plan wysuwa się kwestia otrzymywania przez Gminę wynagrodzenie z ROP za każdą przekazaną do recyklingu tonę odpadów wg sprawozdali.

Kolejną okoliczność, która wpływać będzie na zakres i charakter świadczenia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne stanowi zmiana obowiązującego Regulaminu. Zmiana Regulaminu będzie konieczna ze względu na art. 9 ust. 1 Nowelizacji Ucpg, tj. regulację nakładającą na gminę obowiązek dostosowania obecnie obowiązującego regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminie. Zgodnie z ww. przepisem, rada gminy jest obowiązana dostosować uchwały wydane przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy na podstawie przepisów ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym do przepisów ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, w terminie

12 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy. Nowelizacja Ucpg wejdzie w życie 6 września 2019 r., więc gmina jest obowiązana dostosować Regulamin do 6 września 2020 r.

Okolicznością wpływającą na zakres i charakter świadczenia zamówienia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne jest nowa regulacja art. 6c ust. 2c Ucpg, zgodnie z którą „Przystąpienie właściciela nieruchomości, na której nie zamieszkują mieszkańcy, z wyłączeniem właściciela nieruchomości, o której mowa w art. 6j ust. 3b, do zorganizowanego przez gminę systemu gospodarowania odpadami komunalnymi jest dobrowolne i następuje na podstawie zgody właściciela nieruchomości wyrażonej w formie pisemnej”. Rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Uchwalenie Nowelizacji Ucpg doprowadziło do sytuacji, w której nowe przepisy dotyczące dobrowolności przystąpienia właścicieli nieruchomości niezamieszkanym do zorganizowanego przez gminę systemu odbioru odpadów komunalnych weszły w życie 6 września 2019 r. W Nowelizacji Ucpg brakuje odrębnych – dedykowanych wyłącznie temu zagadnieniu – przepisów przejściowych, zatem gminy mają co do zasady (poza pewnymi wyjątkami wynikającymi wprost z ustawy) 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy na dostosowanie dotychczasowych uchwał do znowelizowanych przepisów.

Ponadto wskazać należy, że istnieje możliwość wyłączenia nieruchomości, w których nie zamieszkują mieszkańcy z systemu zbiórki odpadów komunalnych. Tym samym, w toku realizacji usługi może w istotny sposób zmienić się ilość odpadów odbieranych na terenie Sektora. Z tego względu za konieczne należy uznać możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy realizującego usługę, gdyż w znaczący sposób zmienić się może zakres świadczenia wynikającego z umowy.

Kolejną okolicznością wpływającą na zmianę zakresu i charakteru świadczenia wynikającego z przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne jest zaawansowany stan prac legislacyjnych nad ustawami i aktami wykonawczymi, które z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością zostaną uchwalone i wejdą w życie w okresie realizacji zamówienia publicznego, m.in. z uwagi na konieczność dostosowania polskiego ustawodawstwa do wymogów unijnych oraz aktualizacji rozporządzeń wykonawczych do wymogów znowelizowanej Ustawy i Ucpg.

Wykonawca wchodzący w skład grupy kapitałowej spółek zorientowanych na działalność w obszarze gospodarowania odpadami i ochrony środowiska, korzystający z doświadczeń partnerów działających nie tylko na terenie kraju ale i świata – stosuje w zakresie realizacji usług najwyższe standardy środowiskowe (m.in. EMAS, ISO),

najlepsze dostępne techniki przetwarzania odpadów (m.in. BAT w ramach IK) oraz procesy organizacyjne mające na celu maksymalizację wydajności i skuteczności. Niemniej jednak ramy działalności spółki określają przepisy powszechnie obowiązującego prawa, w tym prawa miejscowego, oraz wiążące Strony Umowy. Oznacza to, że sposób postępowania z odpadami w zakresie zagospodarowania jest niemalże w całości narzucony, a decyzje administracyjne, w oparciu o które wykonawca działa, nie pozostawiają miejsca na indywidualne rozwiązania w tym zakresie. To gmina jest „organizatorem” gminnego systemu zbiórki odpadów i kreuje miejscową „politykę odpadową”.

Już tylko powyżej opisane okoliczności uzasadniają konieczność zagwarantowania możliwości zwiększenia wynagrodzenia w takim niepewnym i niepełnym stanie prawnym.

Zarzut nr 13 – naruszenie art. 29 ust. 1 i 4 oraz art. 30 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, gdyż nie określono wymagań środowiskowych, ani nie wskazano norm emisji spalin pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi

Z obecnie obowiązującego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że dopuszczalne jest świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia pojazdami niespełniającymi jakichkolwiek wymogów w zakresie norm emisji spalin.

Obserwacja podejmowanych w ostatnich latach działań Gminy Wrocław w zakresie szeroko pojętej ochrony środowiska pozwala na stwierdzenie, że gmina ta jest niezwykle proekologiczna. Od 1 lipca 2018 r. zaczęły obowiązywać niektóre zapisy uchwały antysmogowej, którą 30 listopada 2017 r. przyjęli radni Sejmiku Województwa Dolnośląskiego. Uchwała antysmogowa to przepisy przyjęte przez Sejmik Województwa Dolnośląskiego, które pomogą ograniczyć zanieczyszczenie powietrza na obszarze Gminy Miejskiej Wrocław i dolnośląskich uzdrowisk oraz pozostałych miejscowości Dolnego Śląska (art. 96 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska). Uchwała została podjęta dla ograniczenia negatywnego oddziaływania zanieczyszczenia powietrza na zdrowie ludzi lub na środowisko. Jej celem jest ochrona i poprawa jakości powietrza we Wrocławiu.

Zgodnie ze słowami prezydenta Wrocławia J. S.: „Wrocław jako pierwsze miasto w kraju chce ogłosić alarm klimatyczny. Dziś nie ma dla nikogo usprawiedliwienia, a odpowiedzialność za klimat spoczywa na każdym z nas”. Powyższa wypowiedź prezydenta Wrocławia koresponduje z nowoczesną, proekologiczną postawą gminy. W październiku 2019 r. nastąpiło uroczyste przekazanie nowych autobusów wrocławskiemu MPK (50 mercedesów Citaro 2). Wszystkie te pojazdy są niskopodłogowe, klimatyzowane i spełniają najbardziej wymagające normy emisji spalin EURO 6. Autobusy będą stopniowo

włączane do obsługi kolejnych linii. Autobusy kupiono za 97 milionów złotych, z czego 54 mln pochodziły z unijnego dofinansowania dla wrocławskiego projektu.

W dniu 24 lutego 2020 r. Prezydent J. S. na oficjalnej stronie Facebook wskazał, że „Rozstrzygnęliśmy [miasto Wrocław] przetarg na dzierżawę 60 Mercedesów Citaro 2 (31 autobusów krótkich, typu solo oraz 29 przegubowych). Dzięki tej inwestycji, wrocławskie MPK pożegna się z najbardziej wysłużonymi, kilkunastoletnimi autobusami. Co więcej – dzięki pojazdom z przetargu oraz tym od firmy Mobilis, obniżymy wiek autobusów do średnio niecałych 5 lat. Łącznie, po Wrocławiu będzie poruszało się już 362 klimatyzowanych autobusów. Wydzierżawione pojazdy wyjadą na wrocławskie ulice we wrześniu tego roku”.

Gmina Wrocław, prezentując swoją proekologiczną postawę, przyjęła również Politykę Zrównoważonej Mobilności, która koresponduje z najwyższymi dostępnymi standardami prowadzenia usług odbioru odpadów komunalnych, tj. wykorzystującymi pojazdy spełniające normy emisji spalin EURO 6.

Obowiązujące przepisy unijne i krajowe umożliwiają wykorzystanie zamówień publicznych między innymi do wspierania celów, takich jak: ochrona środowiska, bardziej efektywne gospodarowanie zasobami, większa efektywność energetyczna i przeciwdziałanie zmianom klimatu. Co więcej zalecane jest wykorzystywanie kontraktów publicznych w celach proekologicznych („Zielone zamówienia publiczne”).

Mając na uwadze wymienione powyżej okoliczności, dopuszczenie do wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia pojazdów, niespełniających jakichkolwiek norm w zakresie emisji spalin absolutnie nie wpisuje się w proekologiczną politykę gminy. W pełni zasadne, wręcz pożądane, jest dokonanie przez Zamawiającego zmian SWU rozdział XIII pkt 1 ppkt 9 przez dodanie sformułowania „spełniają normy emisji spalin EURO 5 i EURO 6 i są nie starsze niż 8 lat”. Po uwzględnieniu ww. zmiany, SWU rozdział XIII pkt 1 ppkt 9 brzmiałby następująco: „pojazdy, które są zarejestrowane, dopuszczone do ruchu, posiadają aktualne badania techniczne i świadectwa dopuszczenia do ruchu, spełniają normy emisji spalin EURO 5 i EURO 6, są nie starsze niż 8 lat oraz posiadają oznakowanie (...)”. Odwołujący wniósł, aby połowa wymaganych pojazdów, o których mowa w rozdział XII pkt 1 ppkt 9 SWU spełniała normy EURO 5, a druga połowa normy EURO 6.

Zarzut nr 14 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności przy formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie obowiązku każdorazowego ręcznego zatwierdzania odbioru odpadów gromadzonych w workach w systemie

Postanowienia rozdziału XIV pkt 1 ppkt 3 lit. c SWU, określające wymogi systemu identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz rejestracji odbioru worków, w który wyposażone mają zostać pojazdy służące do prawidłowej obsługi Sektora zakładają, że „pojazdy odbierające worki w terminale/komputery pokładowe systemu identyfikacji RFID umożliwiające wybranie MGO, na którym realizowana jest usługa oraz przypisanie notatki (wzory notatek przyporządkowane do poszczególnych zdarzeń zawarto w załączniku nr 18, z zastrzeżeniem, że Zamawiający ma możliwość zmiany wzorów notatek lub dodania nowej) do konkretnego MGO, z zastrzeżeniem, że w przypadku braku odpowiedniej notatki na liście system winien umożliwiać dopisanie notatki o dowolnej treści. W przypadku odbioru worków wymaga się ręcznego odnotowania takiego odbioru na terminalu/komputerze pokładowym w Systemie (oznaczenie realizacji MGO na zaimportowanej trasówce). Ręczne odnotowanie odbioru odpadów ma być wyróżnione w systemie w stosunku do odbioru dokonanego automatycznie poprzez odczyt Transpondera RFID.”

Powyższe oznacza wymóg, by wykonawca na etapie odbioru odpadów w workach każdorazowo ręcznie przy każdej nieruchomości/MGO zatwierdzał odbiór worka w systemie. Odwołujący wskazał, że stawiany przez Zamawiającego wymóg każdorazowego ręcznego zatwierdzenia odbioru worka jest wymogiem nadmiernym i niezasadnionym potrzebą Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania takiej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, która zakładałaby możliwość zbiorczego potwierdzenia ilości odebranych worków przez dopuszczenie możliwości odnotowywania na terminalu/komputerze pokładowym realizacji odbioru odpadów z nieruchomości położonych wzdłuż danej ulicy jednorazowo po zakończeniu usługi, a nie przy każdym MGO.

Zarzut nr 15 – naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę danej usługi z uwagi na nieuwzględnienie w formularzu cenowym ceny za usługę szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego MGO

Zgodnie z postanowieniem rozdziału IV pkt 1 SWU wykonawca zobowiązany jest do pełnienia szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego miejscami gromadzenia odpadów. Zamawiający przewiduje zlecenie szczególnego nadzoru nad maksymalnie 100 MGO na terenie Sektora, z zastrzeżeniem, że Zamawiający może zlecić do szczególnego nadzoru minimalnie 15 MGO. Zamawiający nie przewidział jednakże odrębnej pozycji w formularzu cenowym za świadczenie tego rodzaju usługi. Usługa tego rodzaju jest na tyle specyficzna, że brak odrębnej pozycji w zestawieniu kosztów zadania w znaczący sposób utrudnia kalkulację oferty.

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 7 SIWZ Ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy – czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SIWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SIWZ.

Z tego względu Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji przetargowej, w szczególności załącznika nr II – Zestawienie kosztów zadania, przez uzupełnienie jej o dodatkową pozycję – cena jednostkowa za nadzór nad jednym MGO/m-c.

Zarzut nr 16 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, wobec niejasnych postanowień co do liczby podstawowych i pojazdów rezerwowych służących do prawidłowej obsługi sektora

Opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, gdyż nie wynika z niego jednoznacznie, czy wszystkie pojazdy wymienione w rozdziale IV pkt 1.2.3.2. SIWZ jako pojazdy, którymi dysponować musi wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu muszą zostać wpisane do Planu Obsługi Systemu, o którym mowa

w rozdziale XVIII ust. 2 pkt 2 lit. a i b SWU. Jeżeli taka konieczność zachodzi to, Odwołujący wskazuje, że wymóg ten jest nieadekwatny względem przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego co do pojazdów wymienionych w rozdziale IV SIWZ 1.2.3.2 pkt 4, pkt 5 oraz 8 (pojazdy ciężarowe hakowe, bramowe, myjki). W ocenie Odwołującego, Zamawiający słusznie żąda, aby wykonawca dysponował większym potencjałem pojazdów, niemniej jednak wskazuje, że dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia wystarczające będą po dwa pojazdy w każdej z tych kategorii i tyle też pojazdów powinno być wymagane jako pojazdy służące do prawidłowej obsługi sektora w Planie Obsługi Systemu.

Odwołujący podał, że z dokumentacji przetargowej nie sposób jednoznacznie wywnioskować, czy liczbę pojazdów niezbędnych do obsługi Sektora określa ostatecznie wykonawca czy też Zamawiający. Z jednej strony bowiem Odwołujący ma świadomość, że liczba pojazdów określona w SIWZ 1.2.3.2. pkt 4, 5 i 8 stanowi określenie warunków udziału w postępowaniu i nie można jej utożsamiać z wymogami co do liczby pojazdów na etapie realizacji zamówienia. Niemniej jednak z dokumentacji przetargowej nie sposób jednoznacznie wywnioskować, ile pojazdów podstawowych i ile pojazdów rezerwowych podlega wpisowi do planu obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Zestawienie postanowień rozdziału XVIII pkt 2 ppkt 2 SWU oraz rozdziału XIII pkt 7 SWU budzi wątpliwości Odwołującego, który wniósł o precyzyjne określenie wymogów Zamawiającego w tym zakresie.

Zarzut nr 17 – naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jako że Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu w sposób niedostateczny w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej

Zamawiający, opisując zakres przedmiotu zamówienia, w rozdziale I pkt 1 SWU wskazuje 38 rodzajów odpadów wymagających odbioru, transportu, zbierania i zagospodarowania.

Tymczasem, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający wymaga, w świetle rozdziału IV pkt 1.2.1.3. SIWZ, od wykonawców decyzji na zbieranie tylko w odniesieniu do 9 odpadów pomijając pozostałe, w tym nawet 2 podstawowe odpady takie jako 20 03 01 – odpady zmieszane, oraz bioodpady (20 02 01, 20 01 08). Takie działanie, biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia, nie pozwala na należyłą weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Rozdział I pkt 1 SWU pozostaje w sprzeczności z rozdziałem XII SWU, między innymi z pkt 3 ppkt 4) i 5), który zobowiązuje wykonawcę do:

„[...]”

4) magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej selektywnie odebranych odpadów nie dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez Wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to Wykonawca musi stosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji;

5) magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów zgodnie z posiadanymi decyzjami.

[...]”.

Postanowienia zawarte w rozdziale XII pkt 3 ppkt 4) i 5) SWU stoją w sprzeczności z treścią rozdziału XIII pkt 1 ppkt 1) lit. b SWU, z których wynika, że baza magazynowa: „[...]musi być wyposażona w wydzielone boksy, specjalistyczne pojemniki przeznaczone do magazynowania odpadów komunalnych, w przypadku, gdy Wykonawca będzie magazynował odpady przed ich transportem do miejsc recyklingu, odzysku bądź unieszkodliwiania”. Zapis ten wprowadza dowolność w zakresie magazynowania, która w świetle postanowień rozdziału XII SWU jest obowiązkiem.

Rozdział XIII pkt 2 ppkt 1) lit. k SWU zakłada, że baza magazynowa ma być wyposażona w min. 2 kamery zamontowane w miejscach umożliwiających monitorowanie:

- najazdowej wagi samochodowej (wjazd), na której Wykonawca waży przywiezione na bazę odpady w taki sposób, aby ważony pojazd był widoczny w całości i możliwa była jego identyfikacja po nr rejestracyjnym lub nr wozu, wraz z widocznym wyświetlaczem wagi samochodowej w taki sposób, aby możliwe było odczytanie wyniku ważenia;
- najazdowej wagi samochodowej (wyjazd), na której Wykonawca waży przywiezione na bazę odpady w taki sposób, aby ważony pojazd był widoczny w całości i możliwa była jego identyfikacja po nr rejestracyjnym lub nr wozu, wraz z widocznym wyświetlaczem wagi samochodowej w taki sposób, aby możliwe było odczytanie wyniku ważenia.

Z kolei na podstawie rozdziału XIX pkt 2 ppkt 2) SWU Zamawiający wymaga aby:

„[...]Miesięczne Karty Bilansu Odpadów Komunalnych będą potwierdzane przez Wykonawcę następującymi dokumentami:

a) dowodami ważenia (przesyłanymi zgodnie z Rozdziałem XVII, pkt 4) sporządzonymi i podpisanymi przez osobę obsługującą wagę na wjeździe do bazy

magazynowo-transportowej, z legalizowanej wagi zlokalizowanej na terenie bazy magazynowo-transportowej, które mają zawierać następujące informacje: - datę i godzinę I i II ważenia, - nr rejestracyjny pojazdu, - kod odpadów, - masę I ważenia, - masę II ważenia, - masę odpadów netto, - numer dowodu ważenia w formie: numer dowodu/miesiąc/rok. W przypadku ingerencji w dane widoczne na dowodzie ważenia (zgodnie z Rozdziałem XII pkt 2, ppkt 2), Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wyjaśnienia uzasadniające dokonaną zmianę. Zamawiający nie dopuszcza uwzględniania zapisanej w systemie tary przy ważeniu. Wykonawca zobowiązany jest dowożenia odpadów poprzez zważenie załadowanego samochodu na wjeździe oraz do powtórnego ważenia po jego rozładowaniu, aby określić właściwą masę odpadów netto.

Przywołane fragmenty opisu przedmiotu zamówienia w zakresie określenia wymaganego postępowania przy ważeniu potwierdzają, że wykonawca musi rozładować samochód po pierwszym ważeniu, a następnie zważyć odpady. Tym samym odpady muszą zostać zmagazynowane na terenie bazy magazynowo-transportowej. Aby magazynować odpady konieczne jest posiadanie decyzji na zbieranie. Takie postępowanie dotyczy wszystkich odpadów, więc dla każdego odpadu wykonawca powinien posiadać decyzję na zbieranie odpadów, nie tylko dla kilku odpadów przypadkowo wybranych. Sprzeczny więc z procedurą ważenia wymaganą przez Zamawiającego w SWU jest zapis w rozdziale XIII pkt 1 ppkt 1) lit. b SWU, zgodnie z którym baza „musi być wyposażona w wydzielone boksy, specjalistyczne pojemniki przeznaczone do magazynowania odpadów komunalnych, w przypadku, gdy Wykonawca będzie magazynował odpady przed ich transportem do miejsc recyklingu, odzysku bądź unieszkodliwiania”. Magazynowanie będzie zachodziło bowiem w każdym przypadku i bez względu na fakt, czy będzie trwało 3 miesiące, czy 2 godziny. Dokładna lektura opisu przedmiotu zamówienia potwierdza, że Zamawiający wymaga od wykonawcy posiadania decyzji na zbieranie. Zapisy OPZ nie są jasne, gdyż rozdział I SWU w punkcie 1 i 2 różnicuje zakres zamówienia na odpady wymagające odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania (rozdział I pkt 1 SWU) oraz odpady wymagające odbioru, transportu i zagospodarowania (rozdział I pkt 1 SWU),

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania opisu warunków udziału w Postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej – rozdział IV pkt 1.2.1. SIWZ w sposób pozwalający na weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w tym do posiadania zezwolenia na zbieranie wszelkich frakcji odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem.

Zarzut nr 18 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów w sposób nieproporcjonalny określających obowiązki w zakresie sprawozdawczości polegające na obowiązku przekazania Zamawiającemu dokumentów KPO, KPOK lub oświadczeń do momentu ostatecznego zagospodarowania odpadów pochodzących z sektora

Rozdział XIX pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWU stanowi:

„Wykonawca zobowiązany jest do opracowywania i przedkładania Zamawiającemu na piśmie oraz udostępniana na wirtualnym Dysku zgodnie z rozdziałem XVII w formie elektronicznej (MS Excel) Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych [...] z zachowaniem poniższych wymagań:

2) Miesięczne Karty Bilansu Odpadów Komunalnych będą potwierdzane przez Wykonawcę następującymi dokumentami:

[...]

- c) kserokopiami kart przekazania odpadów (KPO) i wydrukami wygenerowanych kart przekazania odpadów komunalnych (KPOK), wszystkich frakcji przekazanych do instalacji komunalnych, instalacji recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania (wraz z pozostałościami z sortowania lub powstałymi zanieczyszczeniami) – z zastrzeżeniem pkt 5, lub oświadczeniami poszczególnych posiadaczy odpadów, do momentu ostatecznego zagospodarowania, zawierające informacje takie jak:
- sposób zagospodarowania odpadów;
 - masę przetwarzanych, magazynowanych lub zagospodarowanych odpadów pochodzących z Sektora;
 - miejsce przetwarzania, magazynowania lub zagospodarowania odpadów pochodzących z Sektora”.

Żądanie przekazania dokumentów KPO, KPOK lub oświadczeń do momentu ostatecznego zagospodarowania odpadów pochodzących z Sektora jest wymaganiem wykraczającym poza możliwości wykonawcy. Można to przedstawić najbardziej obrazowo na przykładzie instalacji komunalnej, która przetwarza odpady zmieszane z różnych gmin. Po przetworzeniu tych odpadów tylko część z nich zostaje ostatecznie zagospodarowana w instalacji komunalnej (np. przez składowanie), pozostałe odpady są przekazywane dalej do recyklerów bądź innych podmiotów przetwarzających odpady (np. cementowni). Z tego

powodu instalacja komunalna nie jest miejscem ostatecznego zagospodarowania odpadów, nie jest też zobowiązana wobec wykonawcy do przekazywania informacji o dalszych odbiorcach, a ci dalsi odbiorcy nie są zobowiązani wobec wykonawcy (nie wiąże ich żadna umowa) do przekazywania KPO, czy nawet oświadczeń o ilościach ostatecznie zagospodarowanych pochodzących od wykonawcy. Instalacje komunalne przekazują wykonawcy tylko dane określone w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, które są potrzebne wykonawcy do składania gminnych sprawozdań w okresie półrocznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wymagań w zakresie dokumentacji na wymóg przekazywania Zamawiającemu KPOK lub KPO lub oświadczeń z pierwszej instalacji przetwarzania odpadów, do których zostały przekazane odpady. Organem kontrolującym z mocy ustawy prawidłowość postępowania z odpadami przez wykonawcę jest wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie m. in. art. 9p Ucpg.

Składanie tak rozbudowanej dokumentacji w okresach miesięcznych jest nadmierną, podwójną biurokracją i zbędnym formalizmem utrudniającym pracę wykonawcy. Dla zobrazowania ww. zbędnego formalizmu należy przytoczyć przykład: około 2.000 dowodów ważenia miesięcznie (drukowanych, podpisywanych i przesyłanych zgodnie z wymogiem z rozdziału XVII pkt 4 SWU w ciągu 30 min. na Wirtualny Dysk) + 2.000 KPOK drukowanych z elektronicznego systemu „bdo” (pomimo, że gmina ma dostęp do „bdo” i wszystkich danych wykonawcy) = 4.000 dokumentów miesięcznie niepotrzebnie wymaganych (tj. około 8 ryz papieru), ponieważ KPOK funkcjonuje w systemie elektronicznym „bdo” i posiada dokładnie te same informacje, co dowód ważenia. Co prawda Zamawiający dopuszcza zastąpienie KPOK/KPO oświadczeniami instalacji, jednakże w rozdz. XIX pkt 2 lit. b SWU zastrzega możliwość żądania w ciągu 1 dnia roboczego okazania oryginałów dowodów ważenia i wydruków KPOK dotyczących wszystkich odbieranych frakcji w terminie 1 dnia roboczego, bez wskazania kiedy taka okoliczność może mieć miejsce. Zastrzeżenie to powoduje, iż wykonawca, aby sprostać temu terminowi, już tylko ze względu na ilość dokumentacji, musi mieć przygotowaną dokumentację. Oznacza to obowiązek faktycznego drukowania wszystkich w/w dokumentów.

Dodatkowo, zgodnie z rozdz. XIX pkt 2 ppkt 3 SWU:

„Na wszystkich powyższych dokumentach Wykonawca zobowiązany jest umieścić poświadczoną podpisem upoważnionego pracownika Wykonawcy adnotację dotyczącą ilości odpadów pochodzących tytko i wyłącznie z Sektora III – Fabryczna, w przypadku, gdy na dokumentach wykazane są odpady niepochodzące z tego Sektora”.

Obowiązek ten sprawia, że wykonawca musi wydrukować dodatkowo oprócz dowodów ważeń pojazdów odbierających odpady (ok 2.000 szt.) na każdym dokumencie umieścić

odręcznie informację dot. ilości odpadów odebranych z sektora. Czynność taka jest wymaganiem nadmiernym w kontekście żądania od wykonawcy przedstawienia KPOK potwierdzonego przez instalację komunalną lub oświadczenia tej instalacji wskazującej i potwierdzającej ilość przyjętych odpadów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ przez odstąpienie przez Zamawiającego od opisanego powyżej obowiązku na rzecz weryfikacji tych informacji w systemie teleinformatycznym („bdo”), do którego Zamawiający – jako gmina – ma dostęp.

Zarzut nr 19 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art 353¹ oraz art. 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń

Obowiązki umowne Zamawiającego określone zostały w § 7 ust. 1 projektu umowy. Odwołujący wskazuje, że obowiązki stron zostały określone w sposób nieproporcjonalny. Odwołujący zawnioskował o dopisanie w § 7 ust. 1 projektu umowy podpunktu 8), zgodnie z którym do obowiązków Zamawiającego należałoby:

„udzielenie odpowiedzi na zapytania wykonawcy dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 3 dni od przesłania zapytania drogą mailową”.

Zarzut nr 20 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, w zakresie wymogów, jakie mają spełniać pojemniki do zbiórki bioodpadów

W rozdziale II pkt 4 ppkt 2 SWU Zamawiający określa wymogi, jakie mają spełniać pojemniki służące do gromadzenia odpadów komunalnych przeznaczone do zbiórki bioodpadów mające pojemność 1.100 l.

Odwołujący zawnioskował o zastąpienie tych pojemników pojemnikami o pojemności 660 l. W ocenie Odwołującego ciężar właściwy bioodpadów zebranych w pojemniku o pojemności 1.100 l przekracza dopuszczalną wytrzymałość techniczną zarówno samych pojemników, jak i urządzeń załadowniczych. Z tego względu nie będzie możliwe odebranie wypełnionego pojemnika o pojemności 1.100 l.

Zarzut nr 21 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, w sposób naruszający uczciwą konkurencję w zakresie obowiązków informacyjnych

W rozdziale XVIII pkt 3 SWU Zamawiający przewiduje następujący obowiązek:

„Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego aktualizowania powyższego Planu w terminie do 3 dni roboczych od pojawienia się zmiany. Zmiany dotyczące składu taboru samochodowego oraz zmiany technologii realizacji usługi mogą odbywać się wyłącznie za zgodą Zamawiającego. O zmianach dotyczących instalacji lub przedsiębiorców wskazanych w wykazie sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 25, Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego w terminie 14 dni roboczych od dnia wystąpienia konieczności wprowadzenia nowej instalacji i/lub zmiany dotychczasowej instalacji wskazanej, nie później jednak niż w terminie 7 dni roboczych przed dniem pierwszego przekazania odpadów do tej instalacji”.

Odwołujący wskazał, że wymóg ten, w szczególności w zakresie obowiązków informacyjnych o instalacjach, w których zagospodarowywane są odpady, jest nadmierny i nieadekwatny.

Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w ten sposób, że otrzyma ono brzmienie: „O zmianach dotyczących instalacji lub przedsiębiorców wskazanych w wykazie sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 25. Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego niezwłocznie licząc od dnia wystąpienia konieczności wprowadzenia nawet instalacji i/lub zmiany dotychczas wskazanej instalacji, nie później jednak niż 3 dni roboczych po przekazaniu odpadów do tej instalacji”.

Zarzut nr 22 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art 5, art 353¹, art. 483 § 1, art. 484 § 2., art. 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty oraz sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady proporcjonalności z uwagi na wymaganie przedkładania dokumentacji fotograficznej w sytuacji gdy pojazdy odbierające odpady wyposażone są w kamery, a nadto sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień projektu umowy w sposób niejasny, nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny, bo umożliwiając naliczenie kar umownych w sytuacji spełnienia świadczenia zgodnie z umową

Zapis rozdziału XV pkt 2 ppkt 2 SWU oraz powiązany z nim zapis rozdziału V pkt 10 oraz rozdziału VI pkt 10 SWU stawiające wymóg, by każdorazowo w celu potwierdzenia realizacji zlecenia podstawień kontenerów na bioodpady i odpady wielkogabarytowe wykonawca przysyłał Zamawiającemu dokumentację fotograficzną do każdego zlecenia do każdej lokalizacji i każdego terminu jest nieadekwatny i nadmiarowy w sytuacji, gdy pojazdy przeznaczone do odbioru odpadów mają być wyposażone w kamery a Zamawiający ma możliwość dokonania weryfikacji należytego wykonania usługi w tym zakresie na filmach.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia obowiązku sporządzania dokumentacji fotograficznej w przypadku realizacji podstawień kontenerów na odpady wielkogabarytowe i bioodpady.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę na sprzeczność zapisów SWU oraz projektu umowy co do czasu, na jaki mają być podstawiane kontenery na bioodpady zbierane w sposób akcyjny w pojemnikach oraz kontenery na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału V pkt 8 ppkt 1 SWU w zakresie odbioru bioodpadów zbieranych w sposób akcyjny w pojemnikach obowiązkiem wykonawcy jest podstawienie pojemnika na okres do 3 dni kalendarzowych na podstawie wystawionych przez Zamawiającego zleceń. Zgodnie zaś z postanowieniami rozdziału V pkt 9 ppkt 1 SWU w zakresie realizacji tej usługi wykonawca zobowiązany jest do odbioru pojemników w terminie do 3 dni kalendarzowych od dnia podstawienia bądź w terminie określonym przez Zamawiającego. Postanowienie, że pojemniki podstawiane są na okres do 3 dni kalendarzowych należy rozumieć w ten sposób, że pojemnik może być podstawiony na 1, 2 lub 3 dni kalendarzowe. W § 15 ust. 2 pkt 11 lit. ii) projektu umowy Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 300,00 zł – za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek

niewykonania obowiązku odbioru pojemnika służącego do zbiórki bioodpadów w sposób akcyjny w terminie do 3 dni kalendarzowych od daty jego podstawienia, bądź w terminie określonym przez Zamawiającego w odrębnych Zleceniach, za każdy dzień następujący po upływie terminu, za każdy pojemnik.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 8 ppkt 1 SWU w zakresie odbioru odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych wykonawca podstawia pojemniki na okres 3 dni kalendarzowych na podstawie wystawionych przez Zamawiającego Zleceń w systemie KOSZ. Zgodnie zaś z postanowieniem rozdziału VI pkt 9 ppkt 1 SWU w zakresie odbierania odpadów wielkogabarytowych wykonawca zobowiązany jest do odbioru pojemników po upływie 3 dni od daty ich podstawienia. W § 15 ust. 2 pkt 11 lit. jj) projektu umowy Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 300,00 zł – za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niewykonania obowiązku odbioru pojemnika służącego do zbiórki odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych w terminie do 3 dni kalendarzowych od daty jego podstawienia, bądź w terminie określonym przez Zamawiającego w odrębnych Zleceniach, za każdy dzień następujący po upływie terminu, za każdy pojemnik.

Powyższe postanowienia projektu umowy przewidują możliwość naliczenia kar umownych za brak odbioru pojemnika na odpady w terminie 3 dni od daty jego podstawienia. Kary te stoją więc w sprzeczności z obowiązkiem wykonawcy uregulowanym w SWU, który polega na podstawieniu pojemnika na okres do 3 dni i jego zabraniu w terminie do 3 dni kalendarzowych od dnia podstawienia w przypadku bioodpadów lub po upływie 3 dni od daty ich podstawienia w przypadku odpadów wielkogabarytowych.

Z zapisów SWU jednoznacznie wynika, że pojemnik na odpady wielkogabarytowe powinien zostać podstawiony przez wykonawcę na okres 3 dni, zabrany po upływie 3 dni kalendarzowych od daty jego podstawienia, zaś w świetle § 15 ust. 2 pkt 11 lit. jj) projektu umowy Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 300,00 zł – za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niewykonania obowiązku odbioru pojemnika służącego do zbiórki odpadów wielkogabarytowych zbieranych w pojemnikach ogólnodostępnych w terminie do 3 dni kalendarzowych. W konsekwencji Zamawiający nalicza karę umowną za brak odbioru pojemnika w terminie 3 dni kalendarzowych od daty jego podstawienia, pomimo wyraźnego i precyzyjnego obowiązku podstawienia pojemnika na okres 3 dni i odbioru tego pojemnika po upływie 3 dni. Odwołujący zwraca uwagę, że kara umowna w ww. przypadku została uregulowana w sposób wadliwy i może być naliczana wykonawcy nawet w sytuacji, gdy świadczy usługę zgodnie z obowiązkami określonymi w SWU. Mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której z jednej strony Zamawiający żąda od wykonawcy podstawienia pojemnika na pełne 3 dni kalendarzowe, zaś z drugiej strony

wymaga, aby jego zabranie zostało dokonane w terminie do 3 dni kalendarzowych. Zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego, zasadami logiki i treścią umowy, powinno interpretować się słowo „dzień” jako dzień kalendarzowy od godz. 0.00-24.00, a nie jako dobę, tj. 24 kolejne godziny.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o precyzyjne sformułowanie zapisów SWU dotyczących obowiązków wykonawcy w zakresie terminów, w jakich należy odebrać pojemniki na bioodpady zbierane w sposób akcyjny w pojemnikach oraz pojemniki na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych oraz o dostosowanie zapisów projektu umowy określających kary umowne za niewykonanie obowiązku odbioru pojemnika do terminów określonych w SWU.

Zarzut nr 23 – naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1, a także art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp przez wadliwe sporządzenie SIWZ w części dotyczącej opisu sposobu przygotowania ofert, przez zamieszczenie w rozdziale XIV pkt 10 i 11 SIWZ postanowień sprzecznych z istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozwalających Zamawiającemu na ingerencję w cenę ofertową wykonawcy.

W postanowieniach zawartych w rozdziale XIV SIWZ – Opis sposobu obliczania ceny – odpowiednio w punkcie 10 i 11 przewidziano, że:

„[...]”

10. Zamawiający zastrzega, że w załączniku nr II „Zestawieniu kosztów zadania

- a) cena jednostkowa podana w pozycji nr 11 w kolumnie nr 5 (tj. cena za opakowania z tworzyw sztucznych z PSZOK) nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5 (tj. cena za odpady metali, tworzyw sztucznych / opakowaniowych wielomateriałowych);
- b) cena jednostkowa podana w pozycji nr 13 w kolumnie nr 5 (tj. cena za tworzywa sztuczne z PSZOK) nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5 (tj. cena za odpady metali, tworzyw sztucznych i opakowaniowych wielomateriałowych);
- c) cena jednostkowa podana w pozycji nr 14 w kolumnie nr 5 (tj. cena za odpady wielkogabarytowe z PSZOK) nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 6 w kolumnie nr 5 (tj. cena za odpady wielkogabarytowe);
- d) cena jednostkowa podana w pozycji nr 19 w kolumnie nr 5 (tj. cena za szkło z PSZOK) nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5 (tj. cena za odpady ze szkła).

11. W przypadku podania przez Wykonawcę w pozycjach nr 11, 13, 14 lub 19 „Zestawienia kosztów zadania” cen jednostkowych niezgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający poprawi w ofercie ww. ceny jednostkowe przyjmując odpowiednio 70% z cen jednostkowych podanych w pozycjach nr 3, 5 i 6, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. poprawi ewentualne omyłki rachunkowe wynikające z w.w. poprawek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy p.z.p.”.

W świetle przepisów Pzp Zamawiający nie ma możliwości określenia maksymalnej ceny ani kwotowo, ani stosunkowo, ani w jakikolwiek inny sposób, w ramach której wykonawcy mogliby ustalać swoje ceny ofertowe (Zamawiający nie ma możliwości wpływania na cenę ofertową). Istota postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyraża się wszakże w tym, że to wykonawca określa te elementy umowy, które stanowią odzwierciedlenie kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu, w szczególności cenę, która zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp, stanowi obligatoryjne kryterium oceny ofert w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie jest władny narzucać wykonawcom cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest więc uprawniony do określania górnych limitów, czy jakichkolwiek przedziałów, w których winna mieścić się cena zaoferowana przez wykonawcę. Wyżej wskazane zapisy SIWZ są niezgodne z obowiązkiem umożliwienia wykonawcy złożenia rzetelnej i bazującej na faktycznych kosztach oferty. Koszty zagospodarowania odpadów z PSZOK nie są takie same jak odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości, między innymi dlatego, iż morfologia odpadów gromadzonych w PSZOK jest inna od morfologii odpadów gromadzonych w pojemnikach i workach. Również koszty transportu, jak i wymagania Zamawiającego w tym zakresie są całkiem inne. Wymogi określone przez Zamawiającego w rozdziale XIV pkt 10 i 11 SIWZ stoją w jawnej sprzeczności z pkt 7 rozdziału XIV SIWZ, który stanowi, że „ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy – czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SIWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SIWZ”. Ingerowanie Zamawiającego w kalkulację wykonawcy, a nawet obniżanie ceny wykonawcy przewidziane w rozdziale XIV pkt 11 SIWZ może doprowadzić do sytuacji, w której ceny jednostkowe wskazane w ofercie obniżone przez Zamawiającego mogą nosić znamiona ceny rażąco niskiej i skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez wykonawcę. Kwestionowane postanowienia SIWZ naruszają również zasady poprawiania ofert przez zamawiającego określone w art. 87 ust. 2 Pzp. W świetle tej regulacji nie jest bowiem dopuszczalne, by Zamawiający dokonywał zmian w treści oferty skutkujących istotną zmianą

w treści oferty. Ponadto działanie Zamawiającego narusza konkurencyjność, jako że to cena jest głównym elementem konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia,

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowień rozdziału XIV pkt 10 i 11 SIWZ oraz odpowiednia modyfikację treści zestawienia kosztów zadania – załącznika nr II do oferty.

Zarzut nr 24 – naruszenie przepisu art. 36aa ust. 1 Pzp przez zaniechanie podziału zamówienia na części

Podział na Sektory odbieranie odpadów komunalnych w gminie Wrocław określa uchwała Nr XXIX/655/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie podziału Wrocławia na sektory odbierania odpadów komunalnych. Obszar Miasta Wrocławia został podzielony na IV Sektory odbierania odpadów komunalnych – Sektor I Stare Miasto i Śródmieście, Sektor II Krzyki, Sektor III Fabryczna i Sektor IV Psie Pole. Załącznik nr 1 do uchwały określa osiedla przyporządkowane do poszczególnych sektorów. Istotne znaczenie dla podziału miasta na sektory ma przede wszystkim liczba mieszkańców zamieszkujących poszczególne Sektory, gdyż przekłada się ona bezpośrednio na ilość wytwarzanych odpadów komunalnych. Liczba mieszkańców zamieszkujących poszczególne sektory kształtuje się następująco: Sektor I – 154.673, Sektor II – 177.337, Sektor III – 207.032, Sektor IV – 101.606

W ocenie Odwołującego zasadnym jest podział zamówienia na usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna jako zamówienia dotyczącego Sektora, który zamieszkiwany jest przez największą liczbę mieszkańców, na dwie części. Takie działanie pozwoliłoby zwiększyć konkurencyjność i dostępność zamówienia dla małych i średnich przedsiębiorców.

Zarzut nr 25 – naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art 353¹ oraz art 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń w zakresie w jakim termin zakończenia realizacji usługi określany jest wyłącznie przez Zamawiającego

Zamawiający uzależnił czas realizacji usługi a tym samym czas trwania umowy od okoliczności osiągnięcia przez wynagrodzenie należne wykonawcy poziomu określonego w § 11 ust. 1 projektu umowy. W § 4 projektu umowy Zamawiający przewidział, że:

„[...]”

3. Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdział 1 pkt 5 ppkt 13, rozdział XIV pkt 2, rozdział XVI pkt 2, rozdział XX świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia ... i nie później niż do dnia 31.12.2022 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5.
4. Strony postanawiają, że termin zakończenia świadczenia usługi (o którym mowa w ust. 3) i termin zakończenia realizacji umowy (o którym mowa w ust. 1) może ulec skróceniu do dat, jakie wskaże Zamawiający jako datę zakończenia świadczenia usługi i datę zakończenia realizacji zamówienia, z przyczyny określonej w ust. 5.
5. W sytuacji, gdy przewidywana przez Zamawiającego, w oparciu o przeprowadzoną przez Zamawiającego kalkulację wynagrodzenia należnego Wykonawcy za trzy minione następujące po sobie okresy rozliczeniowe, łączna suma wynagrodzenia dotychczas należnego wykonawcy wraz z prognozowanym wynagrodzeniem należnym wykonawcy za trzy następne miesiące świadczenia usługi, będzie mogła osiągnąć kwotę określoną w § 11 ust. 1, Zamawiający pisemnie poinformuje Wykonawcę o dacie zakończenia świadczenia usługi oraz o dacie zakończenia realizacji umowy.

[...]”

9. Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń finansowych wobec Zamawiającego z tytułu zakończenia świadczenia usługi przed datą 31.12.2022 r. oraz zakończenia realizacji umowy przed datą 28.02.2023 r.

[...]”.

Powyższe postanowienia umowne są sprzeczne z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego. Dają bowiem jednostronne uprawnienie Zamawiającemu do określenia terminu zakończenia realizacji usługi oraz zakończenia realizacji umowy w sposób arbitralny,

nie podlegający żadnej weryfikacji przez wykonawcę. W przypadku przedwczesnego zakończenia umowy nie przysługują mu żadne roszczenia względem Zamawiającego, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego przy kształtowaniu treści postanowień umownych.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów § 4 projektu umowy poprzez wprowadzenie zapisów, zgodnie z którymi Zamawiający określając prognozowany termin zakończenia realizacji usługi obowiązany będzie do przedłożenia wykonawcy sporządzonej przez siebie kalkulacji stanowiącej podstawę określenia terminu zakończenia realizacji usługi, do której wykonawca będzie mógł w terminie 7 dni wnieść umotywowane zastrzeżenia, zaś ostateczny termin zakończenia realizacji usługi będzie określany dopiero po upływie terminu do wniesienia zastrzeżeń do kalkulacji przez wykonawcę oraz zapisu uwzględniającego, że realizacja usługi zakończy się nie wcześniej niż ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym według kalkulacji wynagrodzenie ma osiągnąć poziom określony w § 11 ust. 1 projektu umowy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty opisane w *petitum* odwołania numerami 9 (w części), 10 (w części), 11 (w części), 16 (w części), 20, 22 (w części) i 23, natomiast Odwołujący na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy cofnął zarzuty nr 1, 2, 5, 6 (w części), 7, 9 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), 14, 16 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego), 18, 19, 21, 22 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego).

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując co następuje.

Zarzut nr 3

Na wstępie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał ani nawet nie wspominał o tym, aby opis przedmiot zamówienia wywołał stan naruszenia zakazu utrudniania konkurencji, o którym mowa w art. 29 ust. 2 Pzp. Co więcej, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał w jaki sposób hipotetyczny choćby stan niepewności po stronie wykonawców mógłby prowadzić do naruszenia zasady konkurencji. Również w zakresie art. 7 Pzp Odwołujący nie wskazał w jakikolwiek sposób charakteru tego naruszenia

Odwołujący odniósł się w treści zarzutu do trzech okoliczności:

- a) sprzeczności wzoru służącego obliczaniu poziomu zagospodarowania odpadów;
- b) niemożliwości osiągnięcia wymaganych od wykonawcy poziomów;
- c) braku instrumentów oddziaływania na stopień osiągania poziomów nakładanych ustawą.

Ad a)

Zamawiający stwierdził, że niekwestionowanym prawem gminy, udzielającej zamówienia publicznego w dziedzinie gospodarowania odpadami komunalnymi, jest uzależnienie odpowiedzialności wykonawcy od osiągnięcia określonych poziomów zagospodarowywania odpadów komunalnych. Jest to wymaganie całkowicie racjonalne i uzasadnione nie tylko potrzebami Zamawiającego, ale również jego ustawowymi obowiązkami. Należy przy tym podkreślić, że zakres swobody Zamawiającego rozciąga się również na określenie parametrów mierzących odpowiedzialność wykonawcy. W tej kwestii Zamawiający nie jest jednak obowiązany do ukształtowania odpowiedzialności wykonawcy w dokładnie ten sam sposób, w który kształtuje odpowiedzialność zamawiającego za niewykonanie ustawowych zadań. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający ma prawo kształtować zakres i treść obowiązków wykonawców oraz zasady odpowiedzialności za ich niewykonanie w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą natomiast polegać na osiąganiu celów dalej idących aniżeli minimum definiowane przez ustawodawcę albo osiąganiu celów instrumentalnych względem celów podstawowych. Zasadne jest więc obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością oraz kształtowanie tej odpowiedzialności w sposób tożsamy lub podobny w stosunku do reguł kształtujących zadania gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający zasadniczo opiera się na konstrukcji ustawowej, a w jednym tylko zakresie – ze względu na specyfikę udzielanego zamówienia (w tym podział Gminy Wrocław na sektory) – Zamawiający operuje własnym wzorem mierzącym zakres odpowiedzialności wykonawcy. Zamawiający podkreśla również, że sposób obliczania poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest racjonalny i merytorycznie uzasadniony i wbrew supozycjom Odwołującego, nie został określony w sposób arbitralny.

Po pierwsze, Zamawiający dostosował zakres odpowiedzialności do zmienionego brzmienia aktualnie już obowiązującego art. 3b Ucpg, który nie dotyczy już „recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła” oraz przepisów UE. Tymczasem Odwołujący zwraca uwagę na aktualnie obowiązujące rozporządzenie, ignorując kluczowe postanowienia ustawy.

Po drugie, wzór określony przez Zamawiającego współgra z treścią przepisów ustawowych, a jednocześnie odpowiada projektowi rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących

odpady komunalne dołączonemu do projektu ustawy zmieniającej min. art. 3b Ucpq, uchwalonemu jako Nowelizacja Ucpq. Wzór ten odpowiada również wymaganiom Decyzji Komisji z dnia 18 listopada 2011 r. ustanawiającej zasady i metody obliczeń w odniesieniu do weryfikacji zgodności z celami określonymi w art. 11 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w sprawie odpadów (Dz. Urz. WE L 310 z 25.11.2011, str. 11-6) i stanowi odzwierciedlenie wymagań stawianych Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów.

Zamawiający podkreślił, że ze SWU jasno i wyraźnie wynika, w których przypadkach Zamawiający wprowadza własne regulacje, co dotyczy w szczególności jednego z przypadków obliczania poziomów, w którym Zamawiający zdecydował się na skonstruowanie wzoru odpowiadającego znowelizowanemu brzmieniu ustawy oraz przepisom UE, nie zaś tymczasowo zachowanemu rozporządzeniu, które w zakresie przedmiotowego wzoru na pewno przestanie obowiązywać.

Ad b)

Odwołujący podniósł przy formułowaniu tego zarzutu, że nie jest możliwe osiągnięcie poziomów recyklingu. Tymczasem twierdzenia Odwołującego, które koncentrują się w obliczeniach przedstawianych za pomocą tabeli dołączonej do odwołania, opierają się na co najmniej dwóch kontrfaktycznych założeniach. Mianowicie zakłada w obu wariantach, że % odpadów możliwych do recyklingu w przypadku niesegregowanych (zmieszanych) odpadów to jedynie 3%, natomiast w przypadku bioodpadów w wariantcie realnym to zaledwie 50%.

W pierwszym przypadku, tj. w przypadku odpadów niesegregowanych (zamieszanych), Zamawiający wskazuje, że w świetle badań morfologicznych odpadów pochodzących z gminy Wrocław odsetek wysortowanych surowców ze strumienia odpadów zmieszanych może wynosić nawet 26,2% (Zamawiający na rozprawie przedstawi dowody w zakresie niniejszej argumentacji), nie zaś 3% jak wskazuje Odwołujący. Badania te znajdują odzwierciedlenie w bieżącej działalności wykonawców. Wyniki uzyskiwane przez innych wykonawców odbierających odpady z gminy Wrocław wskazują natomiast, że w 2019 r. odsetek wysortowanych przez nich surowców z odpadów zmieszanych stanowił w niektórych miesiącach ponad 36%.

W drugim przypadku, tj. w przypadku bioodpadów, Odwołujący swoje obliczenia w wariantcie „realnym” opiera na założeniu, że % możliwych do poddania recyklingowi bioodpadów to jedynie 50%. Tymczasem rzeczywiste praktyki zagospodarowywania odpadów pochodzących z terenu gminy Wrocław, wskazują, że recyklingowi poddaje się 100%.

Zmiana kontrfaktycznych założeń przyjmowanych przez Odwołującego i ich urealnienie zmienia w sposób istotny obliczenia przedstawiane przez Odwołującego, a wymagania Zamawiającego uczyni całkowicie realnymi do osiągnięcia.

W tym kontekście wskazać należy, że Zamawiający zasadnie zakłada, że przyjmowane przez niego prognozy dotyczące możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu zostaną zrealizowane. Niewątpliwie mają one potwierdzenie w systematycznie rosnących poziomach recyklingu odpadów, w tym w związku z rosnącą sprawnością współczesnych instalacji do przetwarzania odpadów, do których wykonawca może kierować odpady. Dodatkowo wprowadzona zostanie selektywna zbiórka bioodpadów kuchennych. Wyodrębnienie tej frakcji ze strumienia odpadów zmieszanych pozwoli na osiągnięcie lepszych wyników poziomów recyklingu. Zbiórka bioodpadów kuchennych spowoduje bowiem większą czystość pozostałych frakcji odpadów znajdujących się w strumieniu odpadów zmieszanych, dzięki czemu powinien wzrosnąć procent potencjalnych odpadów do wysortowania, Potwierdzają to doświadczenia innych gmin. W 2018 r. selektywna zbiórka bioodpadów kuchennych została wdrożona w Aglomeracji Poznańskiej, pod zarządem Związku Międzygminnego Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej „GOAP”. W Aglomeracji Poznańskiej głównym wytwórcą odpadów jest Miasto Poznań, które z kolei ze względu na swój wielkomiejski charakter i podobne położenie geograficzne (Zachodnia Polska) jest dość podobne do Wrocławia. Wyniki selektywnej zbiórki bioodpadów kuchennych w Poznaniu dają więc dość dobry pogląd na spodziewane wyniki zbiórki w początkowej fazie wdrożenia we Wrocławiu. Otóż w miesiącach od stycznia do sierpnia z terenu GOAP odebrano łącznie 182.682 Mg odpadów komunalnych. W tym bioodpady kuchenne stanowiły 3.605 Mg, czyli około 2% całej masy odpadów komunalnych. Zakładając, że ilość bioodpadów kuchennych podobnie jak we Wrocławiu stanowi ok. 22,2% całej masy odpadów komunalnych (czyli w tym okresie ok. 40.555 Mg), efektywność zbiórki bioodpadów kuchennych wyniosła ok. 8,9%. Stąd w prognozie dla Wrocławia przyjęto, że w pierwszym roku obowiązywania zbiórki bioodpadów kuchennych jej efektywność wyniesie 10%, w kolejnym roku 15% i dalej zgodnie z założeniami przedstawionymi w poniższej tabeli.

Ad c)

Zamawiający stwierdził, że nie ma obowiązku specyfikacji przypadków, w których dochodzi do naruszenia obowiązku selektywnego zbierania odpadów; brak takich obowiązków ani nie utrudnia, ani nie umożliwia identyfikacji przypadków nieselektywnego zbierania odpadów. Podkreślił, że warunki uznania, że odpady są zbierane w sposób nieselektywny, ma prawo określić rada gminy regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminach, ale obowiązku takiego nie ma (art. 4 ust. 2a Ucpg), natomiast możliwość identyfikacji naruszenia prawnego obowiązku selektywnego zbierania odpadów nie wymaga dodatkowej

specyfikacji w opisie przedmiotu zamówienia; na takim zresztą założeniu opiera się ustawodawca nakładając na podmioty odbierające odpady komunalne obowiązek identyfikacji przypadku naruszenia obowiązku selektywnego zbierania odpadów bez wskazywania kryteriów jego naruszenia (art. 6ka ust. 1 Ucpg).

W świetle ustawowych i umownych obowiązków wykonawcy dysponuje on realnymi możliwościami stymulującymi prawidłowe i efektywne zbieranie odpadów, przekładające się z kolei na poziomy ich późniejszego recyklingu. Przypomnieć należy, że wykonawca obligowany jest do informowania i Zamawiającego i właściwy organ podatkowy o zdiagnozowanych naruszeniach w zakresie obowiązku selektywnego zbierania odpadów. Wykonawca może również oddziaływać na poziomy zagospodarowywania odpadów kontrolując zawartość pojemników i stopień ich napelnienia.

Podkreślić należy również, że wybór instalacji, do których będą kierowane odpady w celu poddania ich recyklingowi, ma w przedmiotowym zakresie kluczowe znaczenie. Zniesiona regionalizacja w zakresie instalacji komunalnych oraz obserwowany na rynku postęp technologiczny powinien skłonić wykonawców do poszukiwania takich odbiorców odpadów, którzy zapewnią najwyższy, dostępny na rynku poziom recyklingu odpadów komunalnych. Okoliczności tej odwołujący zdaje się nie dostrzegać.

Zamawiający podniósł również, że zakładane przez Odwołującego mające nastąpić w przyszłości zmiany ustawodawcze nie mogą decydować o wadliwości opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący *de facto* oczekuje, aby Zamawiający przewidział treść ustanowionych w przyszłości przepisów i uwzględnił je nim jeszcze zaczną obowiązywać. Zarzut ten jest tym bardziej nieuprawniony, jeśli przyjąć, że Zamawiający winien w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnić lub przewidywać przyszłe ukształtowanie systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta oraz systemu kaucyjnego.

Zamawiający nie ma przy tym obowiązku przewidywać i wprowadzać mechanizmów eliminowania lub łagodzenia ryzyk związanych z przeobrażeniami gospodarczymi i prawnymi. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ma również obowiązku antycypować kształty przyszłych systemów gospodarowania odpadami komunalnymi oraz systemów z nimi powiązanych.

Zarzut nr 4

Zamawiający podał, że obowiązki wykonawcy w zakresie odnoszącym się do tego zarzutu odwołania określone zostały w rozdziale XVIII pkt 1 i 2 ppkt 5 SWU i związane są ściśle z opracowaniem Planu obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Sektora III – Fabryczna, w którym – w zależności od przyjętego przez wykonawcę sposobu organizacji wykonywania przedmiotu zamówienia – wykonawca może

w uzgodnieniu z Zamawiającym, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów prawa, określić sposób postępowania z odpadami. Z przywołanych postanowień SWU wynika, że wykonawca nie ma bezwzględnego obowiązku wyselekcjonowania poszczególnych frakcji odpadów selektywnych zbieranych łącznie (np. metali, tworzyw i opakowań wielomateriałowych) we własnym zakresie, ale w zależności od sposobu organizacji wykonywania przedmiotu zamówienia może robić to samodzielnie lub zlecać te czynności innym podmiotom. W tym zakresie nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przygotowanie odpadów do poddania ich procesom recyklingu i przygotowania do odpowiedniego użycia wymaga wyselekcjonowania ze strumienia łącznie zbieranych i odbieranych odpadów metali, tworzyw sztucznych oraz opakowaniowych wielomateriałowych poszczególnych frakcji odpadów. Zamawiający oczekuje, aby Odwołujący przedstawił Zamawiającemu rezultat tych czynności. Oczekiwanie, aby Zamawiający opisywał w SIWZ wszystkie szczegóły technologii przetwarzania odpadów jest nieuzasadnione. Odwołujący niewątpliwie posiada odpowiednią w tym zakresie wiedzę specjalistyczną, a Zamawiający oczekuje jedynie przedkładania informacji o rezultatach czynności podejmowanych przez wykonawcę. Zamawiający nie znajduje również podstaw do narzucania wykonawcom ściśle określonej metodologii postępowania z odpadami, dopuszczając możliwość jej dostosowania do zasobów organizacyjnych i technologicznych poszczególnych wykonawców, którzy w poszanowaniu przepisów dotyczących postępowania odpadami wybiorą optymalne rozwiązania, wykonując niektóre czynności samodzielnie lub powierzając je innym wyspecjalizowanym podmiotom.

Zarzut nr 6

Zamawiający podniósł, że analogicznie sformułowany przez Odwołującego zarzut w postępowaniu prowadzonym w sprawie o sygn. akt KIO 403/20 nie zyskał aprobaty i w całości został oddalony przez KIO.

Zamawiający podkreślił następnie, że zastosowanie kwestionowanego w odwołaniu postanowienia SIWZ pozwala uniknąć przepelniania się pojemników. Ponadto, mieszkańcy widząc pojemnik zapełniony w stu procentach nie będą mieli miejsca na zdeponowanie swoich odpadów, co będzie prowadzić do pozostawiania śmieci obok pojemników w miejscu gromadzenia odpadów, bądź – co gorsze – wrzucania odpadów do innych pojemników. Spowoduje to zmieszanie odpadów i ich zanieczyszczenie. Przykładowo, frakcja bioodpadów, która jest mokra, wrzucona do frakcji odpadów z papieru i tektury spowoduje zniszczenie tej frakcji pod kątem możliwości poddania jej recyklingowi. Przekłada się to na uzyskiwane poziomy odzysku oraz większe koszty po stronie wykonawcy w zakresie zagospodarowania odpadów. Takie postanowienia pozwolą na złożenie korzystniejszej oferty, bowiem dzisiejsze umowy funkcjonują na takich warunkach, więc dla

doświadczonych wykonawców nie powinno stanowić to wyzwania logistycznego. Nie może być zatem mowy o nierównym traktowaniu wykonawców.

Natomiast co do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, wskazać należy, że to zamawiający decyduje o tym jakie są jego potrzeby wynikające z realizacji zadań użyteczności publicznej i w oparciu o analizę tych potrzeb ogłasza dane postępowanie, w tym zakresie Wykonawca nie może decydować o tym co jest potrzebne Zamawiającemu.

Wskazana w rozdziale III pkt 2 SWU częstotliwość opisana jest jako co najmniej liczba tam podana, ale ostatecznie to wykonawca ustala taką częstotliwość odbioru, aby nie doprowadzić do przepełnienia pojemników, w oparciu o swoje doświadczenie w realizacji tego rodzaju usług.

Zamawiający wskazał również, że w ramach właśnie zakończonej umowy na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora III – Fabryczna w latach 2017-2019 naliczył kary umowne z punktów obejmujących opisane naruszenia, tj.:

- a) za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregokolwiek z pojemników o pojemności mniejszej niż 1,1 m³ przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika – w kwocie 19.350 zł;
- b) za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregokolwiek z pojemników o pojemności 1,1 m³ i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika – w kwocie 115.200 zł;
- c) za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregokolwiek z pojemników do zbiórki odpadów z papieru i tektury, tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych ze szkła bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika – w kwocie 300 zł;

Kwota zawartej umowy opiewa na 249.664.039,56 zł co wskazuje, że kwoty naliczonych kar stanowią 0,05% (pół promila) wartości umowy. Powyższe jednoznacznie

wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie mamy do czynienia z nadmiernym obciążeniem ryzykiem kontraktowym.

Natomiast złożony w odwołaniu wniosek o zmianę tego postanowienia i wprowadzenie zasady zapełniania pojemników na poziomie 100% stanowiłby zaprzeczenie istoty odbioru odpadów w systemie selektywnym, co wyżej zostało opisane.

Zarzut nr 8

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Tym samym to zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być tylko takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień nie określił jako przesłanki wykluczenia przesłanki fakultatywnej opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający nie dostrzegł, że (jak to określił Odwołujący) przedmiot zamówienia jest ściśle związany z problematyką ochrony środowiska oraz że niewłaściwa gospodarka odpadami w istotnym stopniu wpływa na destrukcję środowiska naturalnego – przyczynia się do niszczenia walorów przyrodniczych siedlisk roślinnych i zwierzęcych, destrukcyjnie wpływa na obszary miejskie, wiejskie, rolne oraz leśne. Wręcz przeciwnie, troska Zamawiającego o te aspekty znalazła ścisłe odzwierciedlenie w szczególności w treści projektu umowy (np. uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli realizacji zamówienia, kary umowne) oraz SWU (np. monitorowanie pojazdów, raporty zdarzeń). Zamawiający, biorąc pod uwagę doświadczenia z dotychczas przeprowadzonych realizacji, uznał że dalece bardziej skutecznym rozwiązaniem, gwarantującym możliwość skutecznego eliminowania nieprawidłowości w toku realizacji procesu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, jest skonstruowanie odpowiednich rozwiązań prawnych niosących za sobą dotkliwe konsekwencje wobec wykonawcy odpowiedzialnego za realizację zamówienia, który w toku jego realizacji dopuściłby się naruszenia właściwych dla problematyki ochrony środowiska przepisów. Warto także wspomnieć, że Zamawiający, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, przewidział również stosowne narzędzia umożliwiające realne

sprawowanie przez Zamawiającego nadzoru i kontroli prawidłowości realizacji umowy, w tym także pod kątem przestrzegania przez wykonawcę przepisów w zakresie ochrony środowiska.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, takie postępowanie w większym stopniu daje rękojmię zachowania dobrostanu środowiska naturalnego przy realizacji zamówienia, nie zmniejszając przy tym kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Należy również stwierdzić, że opisana wyżej przesłanka wykluczenia jest przesłanką fakultatywną, nie obligatoryjną. Kierując się jednym z podstawowych założeń wykładni prawa, tj. zasadą racjonalności prawodawcy, nie można przyjąć, że w realiach Postępowania doszło do naruszenia zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców poprzez niezastosowanie przestanki, którą sam ustawodawca uznał za fakultatywną pozostawiając w gestii Zamawiającego jej stosowanie.

Zarzut nr 10

System o którym mowa został przetestowany przez Zamawiającego na jednym z sektorów (Sektor II – Krzyki). W toku testów system był zachwalany przez kierowców śmieciarek ponieważ w znacznym stopniu ułatwiał im manewrowanie pojazdami. System opisany w SIWZ ma za główne zadanie zwiększenie bezpieczeństwa zarówno mieszkańców, jak i osób realizujących odbiór odpadów zgodnie z przedmiotem zamówienia. Wymagane rozwiązanie wspomaga kierowcę podczas jazdy oraz manewrowania. Tego typu rozwiązania są stosowane także w samochodach osobowych w tym samym celu, logiczne jest więc wyposażenie w taki system pojazdów o wiele większych i wykonujących prace komunalne w mieście, gdzie może dochodzić do wielu niebezpiecznych sytuacji. Wypadki tego typu pojazdów z udziałem osób pieszych (co warto podkreślić odbiór odpadów odbywa się często w strefie zamieszkania) kończą się w większości przypadków ciężkim uszkodzeniem ciała lub śmiercią poszkodowanych. Zamawiający podkreślił, że miał takie przypadki, doszło nawet do śmiertelnego potrącenia pieszego przez śmieciarkę. Zamawiający, w celu zapewnienia jak największego bezpieczeństwa mieszkańców, nie widzi tutaj wskazywanej przez wykonawcę relacji zawyżenia kosztów realizacji usługi, ponieważ w jego ocenie bezpieczeństwo mieszkańców wymaga zastosowania nowoczesnych rozwiązań.

Według badań Światowej Organizacji Zdrowia prawie połowa śmiertelnych ofiar na drogach dotyczy najsłabiej chronionych użytkowników dróg, takich jak: piesi, rowerzyści i motocykliści. W skali rocznej około 400 takich zgonów w Europie spowodowanych jest przez istnienie wokół pojazdów ciężarowych tzw. martwych stref. Wielu z tych tragedii można by uniknąć przez wyposażenie samochodów w urządzenia takie jak kamery czy czujniki. Zamawiający jako jednostka samorządu terytorialnego ma obowiązek dbania

o bezpieczeństwo mieszkańców gminy. Decyzji o wprowadzeniu wymogu wyposażenia pojazdów w systemy kamer pozwalających zwiększyć bezpieczeństwo nie należy traktować w kategorii zbędnych wydatków, tylko jako inwestycję w to, co jest najważniejsze i o co teraz, w dobie ogólnoświatowej pandemii walczą ludzie na całym świecie, to jest inwestycja w zdrowie i życie mieszkańców gminy Wrocław. Zamawiający stoi na stanowisku, że toczenie dywagacji na temat słuszności postanowień w tym przedmiocie jest nie tyle zbędne, co wręcz szkodliwe i nieodpowiedzialne. Przedstawione przez Odwołującego oferty mające wykazać rozwiązania alternatywne w zdecydowanej większości nie spełniają przypisywanej im roli. Urządzenia wskazane w ofertach nie posiadają odpowiednich kątów widzenia do zabezpieczenia martwych stref pojazdu. Zabezpieczenie widoczności martwych stref pojazdu jest w ocenie Zamawiającego jedną z najważniejszych cech urządzeń dodatkowych zamontowanych na pojeździe. Zdecydowana większość wypadków z udziałem pojazdów odbierających odpady kończy się śmiercią poszkodowanego. Wiele z tych zdarzeń ma miejsce podczas manewrowania. W praktyce to właśnie branża komunalna posiada uprawnienia i obowiązki wjazdu w miejsca gdzie mieszkają ludzie, gdzie bawią się dzieci, Zamawiający w sposób odpowiedzialny i rozważny podchodzi do kwestii bezpieczeństwa i dlatego wprowadził takie zapisy w SIWZ w zakresie zarówno widoku z lotu ptaka dostępnego dla kierowcy oraz 4 kamer nagrywających materiał możliwy do przeglądania i pobierania przez Zamawiającego.

Ponadto, klasa szczelności urządzeń (kamer monitoringu na samochodach) wskazanych w ofertach przedstawionych przez Odwołującego się nie pozwala na czyszczenie ich np. myjkami ciśnieniowymi. Zamawiający natomiast wymaga, aby pojazdy odbierające odpady były utrzymywane w odpowiednim stanie sanitarnym, co zresztą wynika z przepisów prawa. Są to pojazdy specjalne, pracujące w trudnych warunkach i mające styczność z różnego rodzaju odpadami. Z uwagi na wiele wystających poza obrys pojazdu urządzeń i przewodów wręcz niemożliwe jest mechaniczne umycie całego samochodu. Dlatego też Zamawiający zakłada użycie sprzętu rejestrującego materiał wideo możliwie, jak najlepiej zabezpieczonego przed uszkodzeniami zarówno mechanicznymi, jak i pyłem oraz wodą. Dodatkowo, Zamawiający w celu użycia nagranych materiałów wideo w postępowaniu sądowym wymaga zabezpieczenia ich przez posiadanie niewidocznych znaków wodnych.

Zamawiający stwierdził następnie, że materiał zarejestrowany za pomocą systemu opisanego w SWU, jest niezwykle ważny ze względu na kontrolę całej usługi. Przekłada się to na zapewnienie szeregu korzyści kontrolnych i zmniejszenie kosztów kontroli umowy ponoszonej przez Zamawiającego (konieczność zatrudniania dodatkowych pracowników). System świetnie sprawdza się podczas kontroli każdego elementu usługi, tj. obioru odpadów, transportu, magazynowania, zagospodarowania.

Dzięki takiemu rozwiązaniu Zamawiający jest też w stanie znacząco uszczelnić system odbioru odpadów, tj. odbierania odpadów nie pochodzących z terenu Wrocławia oraz odpadów niekomunalnych, które nie powinny trafić do jego systemu odbierania odpadów. Pozwala to w znaczącym stopniu na zmniejszenie kosztów przez zapłatę tylko za strumień odpadów pochodzących z systemu gospodarowania odpadami komunalnymi Zamawiającego. Przekłada się też w znaczącym stopniu na poprawę ochrony środowiska, przez nie mieszanie strumieni odpadów i zagospodarowywanie ich zgodnie z pochodzeniem.

Dzięki łatwości w weryfikacji zgłoszeń mieszkańców, nie będzie również dochodziło do odbiorów interwencyjnych, co oznacza, że koszty zadania dla wykonawców będą łatwiejsze do oszacowania. Chodzi tu o sytuację odbioru odpadów w workach, których mieszkańcy często nie wystawiają zgodnie z Regulaminem, tj. dzień przed planowaną datą odbioru, ale już po przejeździe ekipy odbierającej odpady, a potem dokonują zgłoszenia o braku odbioru. System monitoringu wizyjnego pozwoli na wyeliminowanie takich sytuacji. Dokonany przez Zamawiającego szczegółowy opis systemu ma na celu zapewnienie otrzymania rozwiązania, które będzie w stanie sprostać powyższym zadaniom.

Natomiast skrócenie archiwizacji danych w systemie, o które wnioskuje Odwołujący, będzie miało negatywny wpływ na możliwości systemu oraz na jego przydatność do rozpatrywania skarg mieszkańców i kontroli strumienia odpadów. Podobnie wniosek Odwołującego się o możliwość wyłączenia systemu rejestracji, jeżeli zażąda tego właściciel nieruchomości. Po pierwsze zaprzeczy całej istocie wprowadzenia takiego systemu, po drugie jest okolicznością nie do ustalenia, bowiem Zamawiający uzyska taką informację *post factum*, a po trzecie i co najistotniejsze system ma umożliwić anonimizację twarzy osoby na nagraniu, a zatem nie będzie dochodziło do naruszenia chronionych danych osobowych.

Zarzut nr 11

Zamawiający podkreślił, że zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ Kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Zamawiający ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać,

że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania danej kary następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wartość, od której naliczane będą kary umowne dla wszystkich wykonawców będzie taka sama, uzależniona od wysokości złożonej oferty, nie ma więc możliwości, aby wystąpiła sytuacja nierównego traktowania Wykonawców. Zamawiający przyjmując konstrukcję stosowania instytucji kar umownych w projekcie umowy posiłkował się nie tylko wyrażonymi wyżej zasadami, ale także posiadany doświadczeniem w zakresie realizacji procesu odbioru i zagospodarowania odpadów. Mając na uwadze powyższe katalog kar umownych przewidziany w Postępowaniu jest – w ocenie Zamawiającego – w pełni adekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji.

Nadmienić również należy, że wykonawca, w przypadku rzeczywistego wystąpienia sytuacji nadużycia przez Zamawiającego instytucji kar umownych, może korzystać z uprawnienia określonego w art. 484 § 2 Kc, gdzie na etapie wykonywania umowy miarkowanie naliczonych kar umownych realizowane jest przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego.

W odniesieniu do twierdzenia o bardzo szerokim katalogu kar umownych Zamawiający podał, że biorąc pod uwagę funkcje, jakie pełni kara umowna, tj. funkcja kompensacyjna, zarówno w zakresie szkody materialnej, ale też wizerunkowej, instytucjonalnej i funkcja gwarancyjna, oraz z uwagi na bardzo skomplikowany charakter realizowanej przez wykonawców usługi, tylko w ten sposób może zrealizować ciężący na nim obowiązek zapewnienia należytej realizacji zadania publicznego. Zamawiający w § 15 ust. 5 przewidział też procedurę zgłaszania wykonawcy przypadków nienależytego wykonania umowy przed naliczeniem kar umownych.

Choć, jak wskazano wyżej, w treści odwołania brak jest jakiegokolwiek odesłania do konkretnych kar umownych, Zamawiający przedstawia poniżej kilka sytuacji, których realizacja została obwarowana karami umownymi, celem wykazania, że wprawdzie katalog kar umownych jest obszerny, ale to z uwagi na przyjęty sposób ich konstruowania, tj. odwołanie się do poszczególnych czynności jakie składają się na realizację usługi będącej przedmiotem umowy:

- a) w §15 ust. 2 pkt 9 lit. q przewidziano karę w wysokości 50 zł za brak przestania/umieszczenia na Wirtualnym Dysku w terminie, skanów dowodów ważenia, o których mowa w SWU rozdział XIX, za każdy przypadek, za każdy

dowód, za każdą rozpoczętą godzinę, a to z uwagi konieczność zapewnienia bieżącej kontroli ważenia pojazdów, a w tym ilość zebranych odpadów oraz dążąc do wyeliminowania ewentualnych nieprawidłowości, wdrożono system skanów dowodów ważenia, których niezwłoczne przestanie do Zamawiającego daje możliwość przeprowadzenia natychmiastowych kontroli w tym zakresie; stąd kara za brak realizacji tych działań liczona jest w systemie godzinowym, tylko bowiem bieżący dostęp do kwitów wagowych pozwoli Zamawiającemu w sposób właściwy kontrolować proces ważenia odpadów, co przekłada się bezpośrednio na wynagrodzenie wykonawcy;

- b) w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. aa przewidziano karę w wysokości 5.000 zł za brak oznakowania pojazdu SZOP zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 21 do SIWZ w terminie do pierwszego dnia drugiego miesiąca realizacji usługi, za każdy dzień następujący po upływie terminu; skoro Zamawiający zleca taką usługę i określił, że będzie ona osobno płatna, to biorąc pod uwagę zasadę gospodarności w wydatkowaniu środków publicznych, musi przewidzieć taką karę, która nie będzie skłaniała wykonawcy do wkalkulowania ryzyka braku oznakowania pojazdu w terminie; odbiór odpadów z wykorzystaniem pojazdu typu SZOP jest nowym rozwiązaniem, wdrażanym dopiero w tej umowie, stąd tak istotne jest jego właściwe oznakowanie, jako element kampanii edukacyjnej dla mieszkańców dotyczącej zbierania selektywnie odpadów.

Analizując postanowienia umowy dotyczące kar umownych widać, że kary zostały podzielone i przyporządkowane do danej grupy czynności objętych przedmiotem umowy, tylko bowiem realizacja wszystkich elementów umowy da oczekiwany przez Zamawiającego efekt w postaci odbioru i zagospodarowania wszystkich odpadów objętych umową, zapłaty tylko za strumień odpadów pochodzących z gminy Wrocław oraz osiągnięcia wymaganych poziomów odzysku odpadów.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że stanowisko Odwołującego, który domagał się abstrakcyjnego obniżenia wszystkich kar umownych o połowę nie zyskało aprobaty KIO w sprawie o sygn. akt KIO 403/20, gdzie wyrokiem z dnia 3 czerwca 2020 r. oddalono w części odwołanie.

Zarzut nr 12

W pierwszej kolejności Zamawiający stwierdził, że jego obowiązkiem w zakresie uregulowania warunków zmiany wynagrodzenia było wypełnienie dyspozycji art. 145 ust. 5 Pzp, co też Zamawiający uczynił, a Odwołujący tego nie kwestionuje. W pozostałym zakresie Zamawiający nie był zobligowany do bezpośredniego regulowania możliwości i warunków

zmian wynagrodzenia wykonawców, zwłaszcza w sposób, w zakresie i na warunkach określonych przez Odwołującego. W tym kontekście przedmiotowy zarzut stanowi *de facto* postulat ukształtowania projektu umowy w sposób zgodny z oczekiwaniami Odwołującego, nie zaś sprostania ustawowym wymogom.

Jednocześnie Odwołujący podnosi, że „postanowienia § 19 ust. 1 i ust. 2 projektu umowy są nieprecyzyjne i nie można z ich treści jednoznacznie wywnioskować, czy określenie „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, czy wyłącznie do innych niż wynagrodzenie postanowień umowy w przedmiocie zamówienia publicznego”. W tym kontekście Zamawiający wskazuje, że jeżeli w konkretnych okolicznościach zmiana zakresu lub sposobu wykonywania prac uzasadniać będzie zmianę wynagrodzenia, zmiana wynagrodzenia może być kwalifikowana jako skutek wprowadzenia zmiany co do zakresu lub sposobu wykonywania prac.

Zarzut nr 13

Po pierwsze, Zamawiający podał, że Odwołujący po raz kolejny formułuje zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp nie wskazując, na czym on dokładnie polega, po raz kolejny uniemożliwiając rzeczową w tym zakresie polemikę. Więcej, w przypadku tego zarzutu Odwołujący nie tyle nie precyzuje na czym polega naruszenie art. 29 Pzp, ale istotą opisanego zarzutu czyni to, że Zamawiający nie stawia jakichś wymagań, które według Odwołującego byłyby uzasadnione.

Po drugie, Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 29 ust. 4 Pzp (Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem [...]), polegające rzekomo na tym, że Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia, z którego korzystać nie miał obowiązku. Odwołujący nie wskazał przy tym, co miałyby obligować do tego Zamawiającego, a w szczególności nie wykazał, że nieskorzystanie z tego uprawnienia w zakresie jaki preferuje Odwołujący, prowadzi do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Podobnie rzecz się ma z zarzutem naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Po trzecie, wbrew twierdzeniom Odwołującego – pomimo tego nawet, że nie miałyby to wpływu na prawidłowość postępowania Zamawiającego – Zamawiający stwierdził, że istotnym warunkiem udziału w postępowaniu oraz złożenia oferty są kryteria dotyczące emisji spalin (posiadanie pojazdów spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin Euro V lub Euro VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem

ziemnym i nie starszym niż 8 lat – rozdział IV ust. 1.2.3.2. SIWZ; rozdział XVIII SWU ust. 2 – elementy Planu obsługi systemu).

Po czwarte, Zamawiający prezentując w SIWZ w rozdziale XV „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” jednoznacznie wskazuje na określone wymagania względem pojazdów.

Nadto SIWZ – rozdział XII ust. 8 stanowi: „Flota Wykonawcy służąca do wykonywania przedmiotu zamówienia musi spełniać wymogi ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. (Dz.U. 2018 poz. 317) zgodnie z terminami wskazanymi w ustawie”.

Zarzut nr 17

W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z Pzp prawem zamawiającego jest wybór i wskazanie warunków udziału w postępowaniu. Z prawa tego zresztą Zamawiający skorzystał i uczynił to w sposób zgodny z Pzp. Sformułowanych przez Zamawiającego warunków Odwołujący zresztą nie kwestionuje.

Prawo Zamawiającego nie oznacza jednak, jak zdaje się sądzić Odwołujący, że obowiązkiem Zamawiającego jest opisywanie wszystkich potencjalnie możliwych kwalifikacji i uprawnień, które będą potrzebne do wykonywania zamówienia. To wykonawca jako podmiot profesjonalny w zakresie wykraczającym poza minimalne warunki udziału w postępowaniu sam powinien ocenić, czy dysponuje odpowiednim potencjałem (w tym obejmującym odpowiednie zezwolenia/pozwolenia) do wykonania zamówienia.

W świetle powyższego do tak sformułowanego zarzutu nie sposób się odnieść, ponieważ zakłada on, że przyznane przepisami ustawy Pzp uprawnienia Zamawiającego są w istocie jego obowiązkami, z czym zgodzić absolutnie się nie można.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie podważa nadmierności czy też nieadekwatności sformułowanych przez Zamawiającego warunków udziału w Postępowaniu, a jedynie wskazuje, że sformułowane warunki udziału winny być w jego ocenie poszerzone, Tymczasem warunki udziału w postępowaniu winny być traktowane jako minimalne (nie zaś wszystkie) warunki umożliwiające ocenę zdolności do należytego wykonania zamówienia. Zarzut Odwołującego nie dyskwalifikuje w najmniejszym stopniu sformułowanych warunków, a wręcz potwierdza, że mają one charakter minimalnych kwalifikacji, pozwalających ocenić zdolność wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Podsumowując, treść odwołania nie może prowadzić do wniosku, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp (uprawnającego do sformułowania warunków udziału w postępowaniu) oraz art. 22 ust. 1a Pzp (dotyczącego sytuacji, w której zamawiający

decyduje się na określenie takich warunków). Podkreślić przy tym należy, że art. 22 ust. 1a Pzp nie ustanawia obowiązku sformułowania określonych, czy wszystkich potencjalnych warunków udziału w postępowaniu, ale określa wytyczne, które powinny spełniać warunki, jakich wyboru dokonał Zamawiający. To zaś w ogóle nie jest kwestionowane.

Zarzut nr 24

Po pierwsze, zgodnie z art. 36aa ust. 1 Pzp zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Z przepisu wynika jedynie uprawnienie, nie zaś obowiązek podzielenia zamówienia na części. Nie sposób więc zarzucić Zamawiającemu naruszenia ww. przepisu z tego powodu, że nie skorzystał z uprawnienia, z którego korzystać obowiązku nie ma.

Po drugie, Odwołująca nie dostrzega, że sposób udzielania zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadami regulowany jest przepisami *lex specialis*, tj. Ucpg, która określa akceptowalne sposoby podziału (lub łączenia) zamówień na odbiór i/lub zagospodarowanie odpadami. I tak też zgodnie z art. 6d ust. 2 i 3 Ucpg w celu zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wyznaczenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych rada gminy liczącej ponad 10.000 mieszkańców może podjąć uchwałę stanowiącą akt prawa miejscowego, o podziale obszaru gminy na sektory, biorąc pod uwagę liczbę mieszkańców, gęstość zaludnienia na danym terenie oraz obszar możliwy do obsługi przez jednego przedsiębiorcę odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Natomiast w przypadku gdy gmina jest podzielona na sektory, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przeprowadza się odrębnie dla każdego z wyznaczonych sektorów. Ucpg zobowiązuje więc gminę, która dokonała podziału obszaru gminy na sektory, do udzielenia zamówienia odrębnie dla każdego z sektorów. Zamawiający jest związany zgodną z prawem uchwałą Rady Miejskiej Wrocławia dzielącą obszar Wrocławia na sektory i niedopuszczalne jest dokonywania dalej idących podziałów w obrębie ustanowionych sektorów, a przepisy Ucpg obligują go do udzielania zamówień zgodnie z przyjętym podziałem na sektory.

Zarzut nr 25

Twierdzenia Odwołującego pozostają w sprzeczności z faktycznymi postanowieniami umowy i zostały przedstawione w sposób wybiórczy. Odwołujący pomija bowiem zawartą w umowie procedurę dotyczącą ustalania tego terminu, która zakłada w § 4 ust. 8 projektu umowy, że wykonawca zobowiązany jest poinformować w formie pisemnej Zamawiającego z co najmniej trzymiesięcznym wyprzedzeniem (termin liczony od dnia wystawienia przez Zamawiającego protokołu odbioru prac), o tym, że:

1. dotychczasowe wynagrodzenie wykonawcy wraz z przewidywanym wynagrodzeniem za wykonaną usługę w ciągu kolejnych 90 dni kalendarzowych osiągnięciem poziom 90 % wynagrodzenia na dany rok przewidywanego w § 11 ust. 9;
2. dotychczasowe wynagrodzenie wykonawcy wraz z przewidywanym wynagrodzeniem za wykonaną usługę w ciągu kolejnych 90 dni kalendarzowych osiągnięciem poziom 90 % wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1.

Pismo to daje wykonawcy możliwość wypowiedzenia się co do przewidywanego terminu zakończenia umowy, zwrócenia Zamawiającemu uwagi na okoliczności, które mogą wpłynąć na tempo osiągnięcia poziomu wynagrodzenia wskazanego w § 11 ust. 1 umowy.

Na tej podstawie oraz w oparciu o przeprowadzoną przez Zamawiającego kalkulację wynagrodzenia należnego wykonawcy za trzy minione następujące po sobie okresy rozliczeniowe, jeżeli łączna suma wynagrodzenia dotychczas należnego wykonawcy wraz z prognozowanym wynagrodzeniem należnym wykonawcy za trzy następne miesiące świadczenia usługi, będzie mogła osiągnąć kwotę określoną w § 11 ust. 1, Zamawiający pisemnie poinformuje wykonawcę o dacie zakończenia świadczenia usługi oraz o dacie zakończenia realizacji umowy (§ 4 ust. 5 projektu umowy).

Zatem nie można się zgodzić z twierdzeniem, że ustalenie terminu zakończenia umowy przez Zamawiającego odbywa się w sposób arbitralny. Należy bowiem pamiętać, iż to Zamawiający odpowiada za prawidłowe przeprowadzenie postępowania, zawarcie umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów, a tym samym, a może nawet przede wszystkim, za zapewnienie ciągłości świadczenia usługi odbioru odpadów. Wskazana wyżej i opisana w umowie procedura daje Zamawiającemu możliwość ustalenia z odpowiednim wyprzedzeniem terminu zakończenia umowy i rozpoczęcie realizacji usługi w ramach nowej umowy. Ustalony przez Wykonawcę okres 3 miesięcy na wyczerpanie 90 proc. wynagrodzenia określonego w umowie, jest niezbędny dla Zamawiającego, aby rozpocząć przygotowania do procedury przetargowej i udzielenia zamówienia. Usługa odbioru odpadów jest bowiem usługą, który nie może się skończyć z dnia na dzień, w bliżej nieokreślonym terminie.

Proponowany przez Odwołującego wniosek, aby umowa kończyła się z chwilą osiągnięcia poziomu określonego w § 11 ust. 1 umowy, a zatem 100% wynagrodzenia, stworzyłby sytuację, w której Zamawiający do końca nie będzie wiedział kiedy zakończy się umowa, a także ewentualny nowy wykonawca nie wie kiedy rozpocznie realizację usługi. Czyli pozostaje w całkowitej sprzeczności z zarzutem zgłoszonym przez Odwołującego w ramach zarzutu nr 1, gdzie stawia wymaganie, aby określić w SIWZ konkretną datę początku realizacji usługi.

Dodatkowo Odwołujący złożył na posiedzeniu pismo procesowe, w którym w ramach podniesionego w odwołaniu zarzutu nr 11 dotyczącego kar umownych, omówił nie zmienione przez Zamawiającego postanowienia dotyczące szeregu kar umownych, zarzucając im ich rażące wygórowanie.

Sygn. akt KIO 1018/20, KIO 1023/20

Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora II – Krzyki”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 kwietnia 2020 r. pod nr 2020/S 085-202008.

30 kwietnia 2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), której postanowienia zaskarżone zostały odwołaniami wniesionymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) 11 maja br. przez wykonawców: FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (sygn. akt KIO 1018/20) i Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1023/20).

Sygn. akt KIO 1018/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp przez ustanowienie w rozdziale IV pkt 1.2.2.3. SIWZ warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania zamówienia polegającego na odbieraniu papieru o kodzie 20 01 01 w ilości co najmniej 4.500 Mg w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy, który to wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, wykraczający poza poziom niezbędny do wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a eliminujący z Postępowania wykonawców dotychczas świadczących na rzecz Zamawiającego usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Wrocławia, bowiem:

- a) większość z nich (w tym Odwołujący), w ramach jednego zamówienia nie odebrała samodzielnie takiej masy odpadów komunalnych o kodzie 20 01 01 z terenu Miasta Wrocławia;
 - b) wyklucza możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy zgodnie z wymaganiami przetargowymi innych podmiotów zamawiających odbierany papier klasyfikowali pod innym kodem według klasyfikacji określonej w rozporządzeniu Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r., poz. 10), w szczególności pod kodem 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury), a ich doświadczenie jest tożsame z doświadczeniem podmiotu odbierającego papier i tekturę sklasyfikowaną pod kodem 20 01 01;
2. art. 29 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, który jednocześnie charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego dostawcę, co może prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców, tj. przez:
- a) wskazanie w rozdziale XV pkt 1 ppkt 1 SWU wymogu wyposażenia wszystkich pojazdów bezpylnych realizujących odbiór odpadów oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym oraz nagrywarkę cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer spełniający wymagania określone w Załączniku nr 28 do SWU, który to system aktualnie jest oferowany tylko przez jednego dostawcę na rynku, a przy tym jego wymaganie nie zapewnia Zamawiającemu realnych korzyści w stosunku do rozwiązań oferowanych przez innych dostawców, co tym samym oznacza, że wymaganie Zamawiającego nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza konkurencję w Postępowaniu;
 - b) wskazanie w rozdziale II pkt 3 ppkt 6) oraz pkt 4 ppkt 3 SWU wymogu wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki od 1,5 do 4 m³:
 - których konstrukcja ma zapewniać szczelność zapobiegając w szczególności przedostaniu się do nich gryzoni lub ptaków, przez zastosowanie dźwigni/uchwyty otwierających urządzenie, jedynie w chwili użytkowania,
 - wyposażonych w dźwignię nożną,
 - których podstawa ma mieć kształt umożliwiający ustawienie zestawu pojemników w równym szeregu, aby osiągnąć wizualny efekt uporządkowania przestrzeni MGO,

w sytuacji, gdy takie pojemniki są oferowane tylko przez jednego producenta działającego na rynku, zaś ich zastosowanie nie przyniesie wymiernych korzyści Zamawiającemu ani mieszkańcom, co oznacza, że wymaganie takich pojemników nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;

3. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest niemożliwy do wykonania w ramach czasowych zakreślonych przez Zamawiającego, tj. przez wymaganie w rozdziale XV pkt 5 SWU, aby system wizyjnego monitorowania pojazdów zapewniał anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów w sytuacji, gdy obecnie żaden z podmiotów oferujących tego rodzaju systemy na rynku nie zapewnia bieżącej anonimizacji, a stworzenie takiej funkcjonalności musiałoby się wiązać z nakładami nieproporcjonalnie wysokimi do przedmiotu zamówienia nakładami, a nadto byłoby niemożliwe do implementacji w terminie realizacji zamówienia;
4. art. 29 ust. 1-3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia niejednoznacznie, a nadto w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. przez wskazanie w rozdziale II pkt 3 ppkt 1) lit. c), ppkt 2 lit. c) i ppkt 3 lit. c) oraz w pkt 4 ppkt 1) lit. c) i ppkt 2) lit. c) SWU wymogu wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki, które m.in. mają posiadać system jezdny wyposażony w pełne gumowe kółka o średnicy minimum 200 mm, który to wymóg na znajduje żadnego uzasadnienia z punktu widzenia użyteczności pojemników czy ich funkcjonalności (w stosunku do kółek o średnicy np. 190 mm), a jednocześnie eliminuje możliwość wyposażenia nieruchomości w inne pojemniki, a nadto może budzić uzasadnione wątpliwości co do jego interpretacji, bowiem kółka „w pełni” gumowe z przyczyn technicznych nie mogą być zastosowane;
5. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353¹ Kc przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sprzeczny z zasadami współżycia społecznego jako obciążający wykonawcę trudnym do oszacowania ryzykiem, tj. przez:
 - c) wskazanie w rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU obowiązku mycia i dezynfekcji pojemników nie tylko zgodnie z Harmonogramem mycia i dezynfekcji pojemników, ale dodatkowo również w terminach wynikających z dodatkowych zleceń Zamawiającego, przy jednoczesnym braku określenia maksymalnej ilości czy zakresu takich zleceń oraz braku zdefiniowania okresu, w którym takie zlecenia mogą być składane (w szczególności zaznaczenia, że zlecenia nie będą składane w okresie zimowym), co nie tylko utrudnia, ale wręcz uniemożliwia

Odwołującemu kalkulację potencjalnych kosztów mycia i dezynfekcji pojemników w sytuacji, gdy wynagrodzenie za takie świadczenie będzie rozliczane ryczałtowo (w ramach stałych cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów), niezależnie od zakresu faktycznie wykonanego świadczenia mycia i dezynfekcji pojemników, przy czym nakładanie na wykonawcę ryzyka wzrostu kosztów mycia i dezynfekcji pojemników, trudnego lub wręcz niemożliwego do oszacowania, a nadto całkowicie uzależnionego od woli tylko jednej strony umowy (Zamawiającego), musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

d) ustalenie w rozdziale II pkt 8 ppkt 4) SWU obowiązku naprawy albo wymiany (gdy naprawa uszkodzonych pojemników jest niemożliwa lub przekracza wartość rynkową pojemników) bez jednoczesnego określenia przypadków, kiedy takie naprawy lub wymiany miałyby być realizowane, co stwarza daleko idącą niepewność co do zakresu wymiany pojemników w ramach danego zamówienia i uniemożliwia tym samym skalkulowanie kosztów tego świadczenia, które jest rozliczane ryczałtowo (w ramach stałych cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie odpadów), niezależnie od zakresu faktycznie dokonywanej wymiany i naprawy pojemników;

6. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 353¹ i 387 § 1 Kc przez:

a) ustanowienie w rozdziale III pkt 2 ppkt 2 SWU obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełniania poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia do ich napełniania odpadami powyżej 90% całkowitej pojemności, bez sprecyzowania sposobu wypełnienia tego obowiązku, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) - r) oraz t) Projektu Umowy kar umownych odpowiednio za każdorazowe stwierdzenie przepełnienia pojemników powyżej 90%, niewykonanie wymiany pojemnika lub niewykonanie odbioru z odpowiednią częstotliwością, który to obowiązek kontroli jest praktycznie niemożliwy do zrealizowania nawet przy zaangażowaniu zasobów niewspółmiernych do charakteru przedmiotu zamówienia (świadczenie niemożliwe), bowiem żaden z wykonawców przy zachowaniu nawet najwyższej staranności nie będzie stanie uniknąć pojawiania się przypadków zapełniania pojemników na odpady, a tym samym wprowadzenie po stronie wykonawcy obowiązku niedopuszczenia do zapełnienia pojemników i karanie go, gdy do zapełnienia dojdzie, musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

b) ustanowienie w § 2 ust. 1 pkt 10 lit. b) Projektu Umowy oraz w rozdziale XIX pkt 1 ppkt 2) SWU obowiązku osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do

ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, których osiągnięcie zgodnie z postanowieniami rozdziału XX SWU w warunkach realizacji zamówienia jest niemożliwe (świadczenie niemożliwe), przy jednoczesnym przewidzeniu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q) kary umownej za nieosiągnięcie tego poziomu, co musi być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, bowiem *a priori* obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za nienależyte wykonanie umowy oraz ryzykiem kar umownych, których podstawa nałożenia na wykonawcę może powstać nawet przy dochowaniu przez niego najwyższej zawodowej staranności;

7. art. 29 ust. 1 Pzp, art. 353¹ oraz art. 58 § 1 w zw. z art. 556 i art. 638 Kc oraz w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przy tym pozostający w sprzeczności z przepisami Kc o rękojmi i tym samym ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeczny z jego naturą, tj. przez ustalenie w § 18 Projektu Umowy, że wykonawca udziela na przedmiot Umowy rękojmi na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia realizacji umowy, podczas gdy przedmiotem Umowy jest co do zasady świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, do której zgodnie z art. 750 Kc stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, które to świadczenie nie obejmuje wytworzenia rezultatu, który byłby zdalny do poddania się sprawdzianowi na istnienie wad, których dotyczy odpowiedzialność z tytułu rękojmi;
8. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez:
 - a) ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy rażąco wygórowanych kar umownych, tj. w szczególności:
 - i. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niedostarczenia Harmonogramu (lub jego aktualizacji po uprzednim zaakceptowaniu przez Zamawiającego) w formie papierowej przedstawicielowi punktu aptecznego, za każdy Harmonogram, za każdy dzień następujący po upływie terminu,
 - ii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu oświadczenia potwierdzającego wypełnienie obowiązku dostarczenia Harmonogramu na teren nieruchomości o charakterze jednorodzinny,
 - iii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 1.000 zł w przypadku niedostarczenia i/lub nieudostępnienia

Zamawiającemu w tym na Wirtualnym Dysku, któregokolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych określonych w SWU, rozdział XVIII, w terminie do 14 kalendarzowego następnego miesiąca za miesiąc poprzedni, za każdy dzień następujący po upływie terminu, za każdy element,

- iv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII pkt 5 ppkt 1) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- v. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII pkt 5 ppkt 1) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- vi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII pkt 5 ppkt 2) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- vii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIV pkt 5, ppkt 2) i ppkt 4), za każde MGO za każdy dzień po upływie terminu;
- viii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 30.000 zł za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII pkt 5 ppkt 3) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- ix. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII pkt 5 ppkt 3) i ppkt 4), za każdy adres nieruchomości, każdy dzień następujący po upływie terminu;

- x. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za każdy przypadek niedostarczenia wyliczeń określonych w SWU rozdział XIX pkt 2, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku, za każdy dzień po upływie terminu;
- xi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2.000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 3, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu;
- xii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2.000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów określonych w SWU, rozdział XIX pkt 4, za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu;
- xiii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 150 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności mniejszej niż 1,1 m³ przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90 % całkowitej pojemności danego pojemnika;
- xiv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 600 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności 1,1 m³ i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90 % całkowitej pojemności danego pojemnika;
- xv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 90 % całkowitej pojemności danego pojemnika;
- xvi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego

niewykonania przez Wykonawcę obowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych w przypadku jego wypełnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika przez cały okres wskazany w Zleceniu, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu;

- xvii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. t) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 400 zł za każdorazowe niewykonanie obowiązku opróżniania, pojemników do gromadzenia przeterminowanych leków, z częstotliwością gwarantującą niedopuszczenie do wypełnienia pojemników odpadami powyżej 90% ich całkowitej pojemności;
- xviii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. z) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za brak oznakowania pojazdu SZOP zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 17 do SIWZ w terminie do pierwszego dnia drugiego miesiąca realizacji usługi, za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- xix. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za niezapewnienie Zamawiającemu (w jego siedzibie) w terminie, dostępu do danych z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, o którym mowa w SWU rozdział XV pkt 2 wraz z funkcjonalnościami, opisanymi w SWU rozdział XV pkt 3-8 i 10, za każdy dzień następujący po upływie terminu;
- xx. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za niezapewnienie Zamawiającemu w ramach dostępu do danych z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, jakiegokolwiek funkcjonalności i/lub danych, o których mowa w SWU rozdział XV pkt 2-8 za każdy przypadek, za każdy dzień;
- xxi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za nieprzywrócenie w terminie określonym w SWU dostępu do wizyjnego systemu monitorowania pojazdów w przypadku zaistnienia awarii, za każdy przypadek, za każdy dzień;
- xxii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek, braku czytelności rejestrowanego przez zainstalowane na pojazdach kamery (zgodnie z opisem w SWU rozdział XV pkt 1), zapisu materiału video, za każdą kamerę, za każdy dzień;
- xxiii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązku

dotyczącego wyposażenia pojazdów realizujących odbiór odpadów w system, o którym mowa w SWU rozdział XV pkt 16, za każdą niezgodność w stosunku do wymagań określonych w SWU, za każdy dzień, za każdy pojazd;

- xxiv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za każdy dzień niedziałania monitoringu wizyjnego bazy, za każdy przypadek;
- xxv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. j) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10.000 zł za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej selektywnie odebranych odpadów dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to wykonawca zobowiązany jest dostosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji, za każdy dzień, za każdą frakcję;
- xxvi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. n) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5.000 zł za uniemożliwienie/utrudnienie przeprowadzenia Zamawiającemu kontroli, za każdy przypadek;

które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane, a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353¹ Kc są nieważne; przy czym wysokość wszystkich kary przewidzianych w Projekcie Umowy określona została w takiej wysokości w taki sposób, że w przypadku częściowej ich kumulacji i wystąpienia okoliczności uzasadniających ich nałożenie w dłuższym okresie czasu (np. przez kilka miesięcy) sumaryczna ich wartość może przekroczyć wartość całej umowy (wynagrodzenia Wykonawcy), co powoduje, że wszystkie te kary mogą być uznane za kary rażąco wygórowane,

- b) ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o)-r) oraz t) Projektu Umowy kar umownych naliczanych w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego wypełnienia się pojemników na odpady komunalne w określonej proporcji (90%), co należy uznać za działanie sprzeczne z naturą świadczeni polegającego na odbiorze odpadów komunalnych i co wiąże się z obciążeniem Wykonawcy niemożliwym do uniknięcia ryzykiem ponoszenia kosztów kar umownych, bowiem przepelnianie

- się pojemników jest okolicznością, która często jest niemożliwa do przewidzenia i zapobieżenia mimo zapewnienia przez Wykonawcę odpowiedniej częstotliwości odbioru odpadów i należytej staranności, co oznacza, że obciążanie wykonawcy taką karą winno być uznane za niezgodne z zasadami współżycia społecznego;
- c) ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. ee) Projektu Umowy kary umownej za niewykonanie obowiązku dotyczącego niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru w sytuacji, gdy wcześniejszy odbiór był utrudniony (np. z uwagi na brak dojazdu, niewystawiony pojemnik itp.), która to kara nakłada na wykonawcę konieczność wielokrotnego wykonywania usługi w przypadku zaniedbań właścicieli nieruchomości, przy czym zakres takiego obowiązku i potencjalnej wysokości kar umownych wynikających z jego niezrealizowania jest niemożliwy do oszacowania na etapie kalkulowania oferty;
9. art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ w zw. z art. 483 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy kar umownych naliczanych za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań bądź za każdy dzień trwania określonej sytuacji, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej niekreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 Kc wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego, a nadto skutkuje tym, że wszystkie takie kary winny być uznane za rażąco wygórowane (bowiem ich ostateczna wysokość, w przypadku trwania opóźnień bądź naruszeń w dłuższym okresie czasu, może się okazać niezmiernie wysoka i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego);
10. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za każdy inny niż wymieniony w § 15 ust. 2 pkt 1-14) Projektu Umowy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, za każdy dzień, które to postanowienie nie określa zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i jako takie jest sprzeczne z art. 483 § 1 Kc, a jednocześnie nie pozwala Odwołującemu na wyczerpującą identyfikację wszystkich zindywidualizowanych postaci nienależytego wykonania czy niewykonania zobowiązania, których zaistnienie uzasadniałoby powstanie obowiązku zapłaty przez wykonawcę kar umownych, a tym samym nie umożliwia Odwołującego oszacowania ryzyka związanego z zapłatą takich kar, przy czym

obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania na etapie składania oferty stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za naruszenie zasady swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego;

11. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 58 oraz art. 353¹ Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez:
- a) nieprawidłowe określenie przez Zamawiającego rodzaju danych osobowych, które Zamawiający planuje powierzyć wykonawcy; w Załączniku nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych Zamawiający wskazał, że planuje powierzyć wykonawcy następujący zakres danych: imię i nazwisko, adres poczty elektronicznej (e-mail), numer telefonu, adres korespondencyjny, adres zamieszkania, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu, fotografii; w ocenie Odwołującego zakres powierzonych danych osobowych powinien być jednak następujący: imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/zastrzeżenie, dane kontaktowe, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii oraz nagrania z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów;
 - b) nałożenie na wykonawcę zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia przetwarzania danych podczas gdy jest ono zbędne i nadmiarowe;
 - c) wskazanie w rozdziale XV pkt 5 SWU, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest wykonawca, podczas gdy – zgodnie z art. 4 pkt 7 RODO – administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykreślenia z treści rozdziału XVII SWU oraz Załącznika nr 24 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym;
2. zmiany rozdziału II pkt 3 ppkt 6 oraz pkt 4 ppkt 3 SWU przez zastąpienie na końcu wprowadzenia do wyliczenia dwukropka kropką i wykreślenie pozostałej treści, tj. ppkt lit. od a) do d);
3. wykreślenia w rozdziale III pkt 2 postanowienia ppkt 2;
4. doprecyzowania przewidzianego w rozdziale II pkt 8 ppkt 4) SWU obowiązku naprawy lub wymiany pojemników przez wskazanie przypadków, w których taka

wymiana lub naprawa miałyby być realizowana, w szczególności poprzez wyraźne zaznaczenie, że nie będą podlegały naprawie ani wymianie pojemniki sprawne technicznie, szczelne i funkcjonalne, a posiadające jedynie zadrapania, zarysowania lub zabrudzenia;

5. dokonania zmiany w rozdziale II SWU:

- a) pkt 3 ppkt 1) lit. c) przez nadanie mu treści: „c) mają posiadać system jezdny wyposażony w 2 kółka oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
- b) pkt 3 ppkt 2) lit. c) przez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 4 skrętne kółka z możliwością pełnego obrotu, w tym 2 kółka z hamulcem oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
- c) pkt 3 ppkt 3) lit. c) przez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 4 skrętne kółka z możliwością pełnego obrotu, w tym 2 kółka z hamulcem oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
- d) pkt 4 ppkt 1) lit. c) przez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 2 kółka oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;
- e) pkt 4 ppkt 2) lit. c) przez nadanie mu treści: „mają posiadać system jezdny wyposażony w 4 skrętne kółka z możliwością pełnego obrotu, w tym 2 kółka z hamulcem oraz pokrywę/klapę umożliwiającą zamknięcie pojemników”;

6. dokonania zmiany rozdziału II pkt 8 ppkt 1 SWU przez:

- a) wskazanie maksymalnego zakresu dodatkowych Zleceń w zakresie mycia i dezynfekcji pojemników (wskazanie maksymalnej częstotliwości lub liczby takich zleceń);
- b) zastrzeżenie, że Zlecenia nie będą kierowane w sezonie zimowym (gdy temperatura będzie zbliżona do 0°C);
- c) przewidzenie, że z tytułu realizacji dodatkowych Zleceń mycia i dezynfekcji pojazdów wykonawca będzie uprawniony do otrzymania dodatkowego wynagrodzenia obmiarowego;

7. wykreślenia w § 2 ust. 1 pkt 10) postanowienia lit. b) bądź zastąpienia go innymi obowiązkiem, możliwym do zrealizowania przez wykonawcę;

8. wykreślenia pkt 5 z rozdziału XV SWU;

9. wykreślenia § 18 z treści Projektu Umowy oraz nadanie postanowieniu § 17 ust. 5 Projektu Umowy następującego brzmienia: „5. 100 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należycie wykonane”;

10. obniżenia kar przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) i f), § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a), c) i e), § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) i b), § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p)-s) oraz lit. u, § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) i r), § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g), k), o) i p) Projektu Umowy do wysokości odpowiednio dla kary:
- a) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) Projektu Umowy – do wysokości 100 zł;
 - b) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy – do wysokości 100 zł;
 - c) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy – do wysokości 50 zł;
 - d) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy – do wysokości 1.000 zł;
 - e) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy – do wysokości 10 zł,
 - f) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy – do wysokości 1.000 zł;
 - g) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy – do wysokości 10 zł;
 - h) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy – do wysokości 5.000 zł;
 - i) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy – do wysokości 10 zł;
 - j) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy – do wysokości 500 zł;
 - k) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 200 zł;
 - l) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. z) Projektu Umowy – do wysokości 1.000 zł;
 - m) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
 - n) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
 - o) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
 - p) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł;
 - q) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł;
 - r) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł;
 - s) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. j) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2.000 zł;
 - t) przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2.000 zł;
11. wykreślenia kar umownych przewidzianych w:
- a) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) Projektu Umowy;
 - b) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy;

- c) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. q) Projektu Umowy;
- d) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. r) Projektu Umowy;
- e) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. t) Projektu Umowy;
- f) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. k) Projektu Umowy;
- g) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy;
- h) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) Projektu Umowy;
- i) § 15 ust. 2 pkt 15 Projektu Umowy;

względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 3 powyżej

- 12. obniżenia wysokości kar pkt 7 powyżej do 20% ich pierwotnej wysokości;
- 13. dokonania zmiany polegającej na dookreśleniu, że każda z kar określonych w § 15 ust. 2 Umowy jako iloczyn określonej kwoty i liczby dni będzie naliczana za okres nie dłuższy niż 30 dni lub do oznaczonej sumy (np. 30.000 zł) oraz określeniu maksymalnego limitu wszystkich kar za nienależyte wykonanie umowy na poziomie odpowiadającym karze za jej niewykonanie, tj. na poziomie kary za odstąpienie od umowy (10% wynagrodzenia wykonawcy netto);
- 14. dokonania zmiany treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez usunięcie obecnego rodzaju danych osobowych i zastąpienie go poniższym: imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/zastrzeżenie, dane kontaktowe, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii oraz nagrania z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów oraz zamian w treści dokumentacji przetargowej w której znajdują się odwołania do rodzaju powierzonych danych osobowych;
- 15. dokonania zmiany treści projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez wykreślenie zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia przetwarzania danych, a także wykreślenie odwołań w treści projektu umowy powierzenia do § 8 ust. 2;
- 16. dokonania zmiany treści rozdziału XV pkt 5 SWU przez wskazanie, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający, a w konsekwencji zamianę treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył argumentację tożsamą, jak w przypadku uzasadnienia zarzutów w sprawie o sygn. akt KIO 1016/20.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty opisane w *petitum* odwołania numerami 1, 4, 5 (w części), 7, 8 (w części), 9 (w części), 10 i 11 (w części), natomiast Odwołujący na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy cofnął zarzuty nr 2, 3, 5 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), 6, 8 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego) i 9 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego).

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania Zamawiający przytoczył argumentację jak w sprawie o sygn. akt KIO 1016/20.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienia zgłosili wykonawcy SUEZ Zachód sp. z o.o. i Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1023/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4, art. 41 pkt 6 i art. 7 ust. 1 Pzp przez niewskazanie w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji zamówienia;
2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z przepisami Ucpq i art. 9 ust. 1 Nowelizacji Ucpq oraz art. 7 przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z Regulaminem oraz w sposób nieuwzględniający konieczności dostosowania obowiązującego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia do przepisów Ucpq, która powinna nastąpić na początkowym etapie realizacji zamówienia, tj. do dnia 6 września 2020 r., a więc w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
3. art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3b Ucpq przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu oraz art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w sytuacji gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez Zamawiającego

- jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Jednocześnie działanie takie narusza art. 7 Pzp, gdyż utrudnia konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;
4. art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 Pzp przez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wysortu odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań tworzyw sztucznych;
 5. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należytą wycenę usługi;
 6. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, zakładających realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że częstotliwość odbioru odpadów dostosowana ma zostać do wymogu niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników na odpady komunalne powyżej 90% ich całkowitej pojemności oraz wprowadzenie obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 90% całkowitej pojemności i zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za naruszenie tego obowiązku;
 7. art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy, zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców w związku z obowiązkiem wydzierżawienia pojemników, co utrudnia uczciwą konkurencję i tworzy po stronie

- wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;
8. art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie podstawy wykluczenia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
 9. art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c Pzp przez przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności i przejrzystości przy formułowaniu SIWZ;
 10. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów stawianych systemowi wizyjnego monitorowania pojazdów;
 11. art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 483 § 1, art. 484 § 2, art. 487 § 2 Kc oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie do wzoru umowy zapisów dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, przez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą łączącego je stosunku; jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;
 12. art. 353¹ i art. 5 Kc w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców poprzez przyjęcie

- w projekcie umowy, że możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 projektu umowy aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 Pzp;
13. art. 29 ust. 1 i 4 i art. 30 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, gdyż nie określono wymagań środowiskowych ani nie wskazano norm emisji spalin pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi;
 14. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności przy formułowaniu SIWZ przez wprowadzenie obowiązku każdorazowego ręcznego zatwierdzania odbioru odpadów gromadzonych w workach w systemie;
 15. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę danej usługi z uwagi na nieuwzględnienie w formularzu cenowym ceny za usługę szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego MGO;
 16. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, wobec niejasnych zapisów co do ilości podstawowych i pojazdów rezerwowych służących do prawidłowej obsługi sektora;
 17. art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jako że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób niedostateczny w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej;
 18. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 Kc przez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem

kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów w sposób nieproporcjonalny określających obowiązki w zakresie sprawozdawczości polegające na obowiązku przekazania Zamawiającemu dokumentów KPO, KPOK lub oświadczeń do momentu ostatecznego zagospodarowania odpadów pochodzących z sektora;

19. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń;
20. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, w zakresie wymogów, jakie mają spełniać pojemniki do zbiórki bioodpadów;
21. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego w zakresie obowiązków informacyjnych;
22. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353¹, art. 483 § 1, art. 484 § 2, art. 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty oraz sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady proporcjonalności z uwagi na wymaganie przedkładania dokumentacji fotograficznej w sytuacji gdy pojazdy odbierające odpady wyposażone są w kamery, a nadto sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień projektu umowy w sposób niejasny, nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny, bo umożliwiający naliczenie kar umownych w sytuacji spełnienia świadczenia zgodnie z umową;

23. art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasady: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości poprzez ustalenie w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SIWZ wymogu wykazania doświadczenia w zakresie ilości odebranych w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 na poziomie co najmniej 50 000 Mg;
24. art. 36aa ust. 1 Pzp przez zaniechanie podziału zamówienia na części;
25. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ oraz art. 487 § 2 Kc przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz sporządzenie projektu umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń w zakresie w jakim termin zakończenia realizacji usługi określany jest wyłącznie przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy zgodnie z propozycją Odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu odwołania;
2. dokonania modyfikacji SIWZ, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy w sposób, który pozwoli na oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wejściem w życie nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia i należyte skalkulowanie oferty, względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia;
3. zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 Pzp, względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po

uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przedstawił argumentację analogiczną do tej ze sprawy o sygn. akt KIO 1024/20, a nadto, w zakresie zarzutu nr 23 – naruszenia przepisu art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób naruszający zasady: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości przez ustalenie w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SIWZ wymogu wykazania doświadczenia w zakresie ilości odebranych w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 na poziomie co najmniej 50.000 Mg – podał co następuje.

W rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SIWZ Zamawiający określił wymóg w zakresie zdolności zawodowej polegający na konieczności wykazania przez wykonawcę, że „wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie, w ramach którego obsługiwał obszar zamieszkał przez co najmniej 100.000 mieszkańców (według danych GUS za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), polegające na odbieraniu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, w ilości co najmniej 50.000 Mg, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Wymóg ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż ilości te są określone niemalże na poziomie ilości odpadów faktycznie odebranych z terenu Sektora II – Krzyki w ciągu kolejnych 12 miesięcy. Takie działanie Zamawiającego prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż nadmiernie ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wyłącznie do największych podmiotów świadczących usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na polskim rynku. Poziom zdolności do wykonania zamówienia należy określać w taki sposób, by wartości, wielkości lub wymagania, nie utrudniały uczciwej konkurencji. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być kształtowane w sposób umożliwiający ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, jeżeli zamówienie mogłoby należycie wykonać także inni wykonawcy, Swoboda Zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest bowiem do osiągnięcia celu, jakim jest zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z zasadą proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ma

obowiązek takiego ich opisanie, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający winien więc uwzględnić ilości dotychczas odpierane z terenu tego Sektora w ciągu 12 kolejnych miesięcy.

Ilości odpadów o kodzie 20 03 01 pochodzących z terenu Sektora II – Krzyki kształtowały się w ubiegłych latach następująco:

L.p.	Nazwa usługi realizowanej – Krzyki	J.m.	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 31.12.2017	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 31.12.2018	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 31.12.2019	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 29.02.2020
1	odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01	Mg	54.183,42	51.194,21	53.142,02	8.087,32

Istotnym wydaje się zestawianie wymogów w zakresie zdolności zawodowej stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu dotyczącym Sektora II – Krzyki z wymogami stawianymi przez Zamawiającego w postępowaniu dotyczącym Sektora III – Fabryczna (postępowanie to ogłoszone zostało w tym samym dniu co postępowanie dotyczące Sektora II, tj. 30.04.2020 r.).

L.p.	Nazwa usługi realizowanej – Fabryczna	J.m.	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 31.12.2017	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 31.12.2018	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 31.12.2019	Ilość odebranych odpadów w okresie 01.01 – 29.02.2020
1	odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01	Mg	79.618,08	75.099,81	74.756,26	11.375,40

Wskazać należy, że w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SIWZ w postępowaniu dotyczącym Sektora III – Fabryczna Zamawiający określił wymóg w zakresie zdolności zawodowej polegający na konieczności wykazania przez wykonawcę, że „wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie, w ramach którego obsługiwał obszar zamieszkał przez co najmniej 100.000 mieszkańców (według danych GUS za rok, w którym umowa na zamówienie została zawarta), polegające na odbieraniu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, w ilości co najmniej 45.000 Mg, w ciągu maksymalnie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Sektor III – Fabryczna zamieszkiwany jest przez ok. 207.032 mieszkańców, zaś Sektor II – Krzyki przez ok. 177.333 mieszkańców (dane z dnia 31.12.2018 r.). Z powyżej przedstawionych danych jasno wynika, że Sektor III – Fabryczna to Sektor, w którym

odbierane i zagospodarowywane są zdecydowanie większe ilości odpadów zmieszanych niż w Sektorze II – Krzyki. Mimo to Zamawiający nie postawił wykonawcom tak wyśrubowanych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu w Sektorze III, jak czyni to w Sektorze II. Wskazuje to jednoznacznie, że w przypadku Sektora II Zamawiający stawia warunki naruszające podstawowe zasady prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie wskazał bowiem żadnych okoliczności uzasadniających wyższe wymagania względem wykonawców na Sektorze II, Prowadzić to może do wniosku o preferowaniu określonych wykonawców w postępowaniu na Sektorze II.

Z tego też względu Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ w tym zakresie i obniżenie określonego w rozdziale IV pkt 1.2.2.1. SIWZ wymogu w zakresie zdolności zawodowej odnoszącej się do ilości odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 o 5.000 Mg, tj. z ilości „co najmniej 50.000 Mg” do ilości „co najmniej 45.000 Mg”.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty opisane w *petitum* odwołania numerami 9 (w części), 10 (w części), 11 (w części), 16 (w części), 20, 22 (w części) i 23, natomiast Odwołujący na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy cofnął zarzuty nr 1, 2, 5, 6 (w części), 7, 9 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), 14, 16 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego), 18, 19, 21, 22 (w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego).

W pozostałym zakresie Zamawiający powtórzył argumentację jak w sprawie o sygn. akt KIO 1024/20.

Dodatkowo Odwołujący złożył na posiedzeniu pismo procesowe, w którym w ramach podniesionego w odwołaniu zarzutu nr 11 dotyczącego kar umownych, omówił nie zmienione przez Zamawiającego postanowienia dotyczące szeregu kar umownych, zarzucając im ich rażące wygórowanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę zreferowane powyżej stanowiska pisemne, a także stanowiska i oświadczenia wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny w sprawie, tj. brzmienie kwestionowanych w odwołaniach postanowień SIWZ, został przytoczony przez każdego z odwołujących w sposób adekwatny do treści SIWZ i nie wymaga ponownego omówienia.

Sygn. akt KIO 1015/20, KIO 1016/20, KIO 1018/20, KIO 1023/20 i KIO 1024/20 – poziom recyklingu i kary umowne za jego nieosiągnięcie (zarzut nr IV z odwołania w sprawie KIO 1015/20, zarzut nr 8 lit. a z odwołania w sprawie KIO 1016/20, zarzut nr 6 lit. a z odwołania w sprawie KIO 1018/20 i zarzut nr 3 z odwołań w sprawie KIO 1023/20 i KIO 1024/20)

W każdym z odwołań postawiono zarzuty względem wynikającego z SWU obowiązku osiągnięcia określonego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, przy czym odwołujący w sprawach KIO 1016/20, KIO 1018/20, KIO 1023/20 i KIO 1024/20 (odpowiednio, Odwołujący FBService i Odwołujący Alba) kwestionowali ww. obowiązek tak co do zasady, jak i co do wysokości przewidzianej przez Zamawiającego kary umownej za nie osiągnięcie poziomu recyklingu, natomiast Odwołujący w sprawie KIO 1015/20 (Odwołujący Chemeko) zaskarżył nieprawidłową, w jego ocenie, konstrukcję kary umownej.

Na potwierdzenie argumentacji zawartej w odwołaniach przedstawione zostały niżej wskazane dowody:

W sprawie KIO 1015/20:

Odwołujący:

1. schemat systemu odzysku surowców wtórnych (za: M. Alvaeli: *Recykling surowców wtórnych z odpadów komunalnych*) – dowód O1;
2. opracowanie pn.: „Porównanie procentowe udziału poszczególnych strumieni odpadów w przetargach z 2016 r. i 2020 r. (Fabryczna)” – dowód O2;
3. opracowanie pn.: „Ilości odpadów z Formularza oferty (Załącznik nr 2 do Formularza oferty, tj. Załącznika nr 1 do SIWZ)” – dowód O3;
4. wymagań recyklerów papieru (Schumacher Packaging Zakład Grudziądz sp. z o.o.) i szkła (Remondis Glass Recycling Polska sp. z o.o. i Krynicki Recykling S.A.) w zakresie przyjmowanych odpadów zbieranych selektywnie – dowody O4;

Ponadto Odwołujący przedstawił opinię z 18 listopada 2019 r. dotyczącą zasadności nałożenia na wykonawców przetargu obowiązków osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, o których mowa w art. 3b i art. 3c Ucp, którą Izba potraktowała jako element stanowiska Odwołującego, jako że nie stanowiła ona dowodu z opinii biegłego, który zostałby dopuszczony w sprawie.

Przystępujący FBService – zestawienie obrazujące poziom osiąganego przez tego wykonawcę wskaźnika wysortu i poziom recyklingu ze strumienia odpadów zmieszanych z lat 2018 i 2019 wraz z dokumentami DPR za rok 2019 – dowody P_{FBS}1.

W sprawie KIO 1016/20 i KIO 1018/20:

Odwołujący:

1. zestawienie osiągniętego przez Odwołującego poziomu recyklingu ze strumienia odpadów zmieszanych i prognozowanej wysokości tego wskaźnika w 2020 r., obliczanego według nowego wzoru – dowody O5;
2. kierowane do Zamawiającego informacje m.in. o poziomie recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych z okresu styczeń-kwiecień 2020 r. – dowody O6;

W sprawie KIO 1023/20 i KIO 1024/20:

Odwołujący:

1. wyciąg z opracowania pn.: „Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2018” – dowód O7;
2. wyliczenie możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu dla sektora II i III – dowody O8;
3. zestawienie poziomów recyklingu z poszczególnych frakcji odpadów komunalnych osiąganych przez Eneris, Chemeko-System, FBSerwis i Odwołującego z załącznikami mającymi potwierdzać przedstawione w zestawieniu dane – dowody O9;
4. Regulamin – dowód O10;
5. opracowanie pn.: „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław – sprawozdanie za miesiąc wrzesień 2018 oraz raport końcowy” (Politechnika Wrocławska – Wydział Inżynierii Środowiska, Zakład Technologii Odpadów i Remediacji Gruntów) – dowód O11 tożsamy z dowodem Z5.

Zamawiający, na potwierdzenie zasadności argumentacji przedstawionej w odpowiedziach na odwołania, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wykresu pn.: „Zmiana strumienia zmieszanych do całości odpadów komunalnych” z załącznikami – dowody Z1;
2. zestawienia pn.: „Wysort odpadów surowcowych pochodzących z odpadów zmieszanych” za grudzień 2019 r., sporządzonego w oparciu o dane przekazane przez FBSerwis z załącznikami – dowody Z2;
3. umowy nr 32/22/2020/G z 8 kwietnia 2020 r. pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym i wykonawcą Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście – dowód Z3;

4. projektu rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne – dowód Z4;
5. opracowanie pn.: „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław – sprawozdanie za miesiąc wrzesień 2018 oraz raport końcowy” (Politechnika Wrocławska – Wydział Inżynierii Środowiska, Zakład Technologii Odpadów i Remediacji Gruntów) – dowód Z5.

Zarzuty postawione w odwołaniach nie potwierdziły się, skutkiem czego zostały oddalone w pkt I.2, II.3, III.3, IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Na wstępie zasygnalizować należy kontekst prawny związany z omawianymi zarzutami.

Zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 3b ust. 1 Ucpg gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej:

1. 50% wagowo – za każdy rok w latach 2020-2024;
2. 55% wagowo – za każdy rok w latach 2025-2029;
3. 60% wagowo – za każdy rok w latach 2030-2034;
4. 65% wagowo – za 2035 r. i za każdy kolejny rok.

Z powyższego wynika, po pierwsze, że kwestionowany w odwołaniach obowiązek ma charakter ustawowy, a po drugie, że ustawodawca przyjął wzrost wskaźnika poziomu recyklingu w kolejnych latach.

Kolejno wspomnieć trzeba, że z przepisu art. 6c ust. 1 Ucpg wynika *explicite* odpowiedzialność gminy za zorganizowanie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Przepis art. 6d ust. 1 Ucpg precyzuje, że wspomniana organizacja odbywa się w drodze udzielenia zamówienia publicznego na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Zestawienie powyższych przepisów nie może zatem dziwić, że gmina organizując odbieranie odpadów komunalnych przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciąża wykonawcę takiego zamówienia obowiązkiem, którym sama została przez ustawodawcę obciążona. W tym kontekście przeniesienie do opisu przedmiotu zamówienia wskaźnika w wysokości określonej w Ucpg nie stanowi *per se* naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa. Ponadto, uwolnienie od tego obowiązku wykonawców odbierających odpady komunalne w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu byłoby

wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g Ucpg obowiązku osiągnięcie określonego w art. 3b ust. 1 Ucpg poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągania wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu.

Przechodząc następnie do kwestii realności oczekiwania od wykonawcy zamówienia osiągnięcia określonego w Ucpg wskaźnika poziomu recyklingu i wpływu na możliwość jego osiągnięcia skład orzekający stwierdził, że z żadnego z dowodów przedstawionych przez odwołujących (zob. w szczególności dowody O7, czy O11/Z5) nie można wyprowadzić wniosku, że osiągnięcie 50-procentowego wskaźnika nie jest obiektywnie możliwe. Izba ma przy tym świadomość, że prowadzony obecnie wysort odpadów surowcowych pochodzących z odpadów zmieszanych nie kształtuje się na średnim poziomie, na który wskazywał Zamawiający (około 37% – zob. dowody Z2), niemniej jednak nie można również zasadnie twierdzić za odwołującymi, że będzie on nadal utrzymywał się na stałym, niskim poziomie. Odwołujący Chemeko wskazywał na 8%, przy czym twierdzenia tego nie udowodnił, Odwołujący FBSerwis dowodził podobnej wysokości tego współczynnika w 2019 r. – zob. dowody P_{FBS}1, Odwołujący Alba wskazywał z kolei na przedział pomiędzy 1,1% a 3,2%, w zależności od wykonawcy (dowody O9). Niezależnie od wskazywanej przez każdego z odwołujących wartości współczynnika recyklingu zmieszanych odpadów komunalnych cechą wspólną tych twierdzeń było to, że nie uwzględniały one, po pierwsze, wprowadzonego do Ucpg bezwzględnego obowiązku zbierania przez właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych powstałych na ich terenach w sposób selektywny (art. 5 ust. 1 pkt 3 Ucpg). W przekonaniu składu orzekającego okoliczność ta wpłynie na zwiększenie strumienia odpadów zbieranych selektywnie, a jednocześnie – zmniejszenie strumienia odpadów zmieszanych, którą to tendencję Zamawiający wykazał dowodami Z1 (*nota bene* wniosek taki płynie również z dowodu O2). Po drugie, odwołujący nie przedstawili dowodów na okoliczność, że podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedziach na odwołanie zniesienie regionalizacji w zakresie zagospodarowywania odpadów komunalnych nie może przynieść efektów w postaci kierowania odpadów do instalacji bardziej zaawansowanych technologicznie, twierdząc bez wskazania stosownych dowodów, że wszystkie instalacje są na podobnym poziomie zaawansowania technologicznego. Z podobnych względów Izba nie dała wiary prognozom przedstawionym przez Odwołującego FBSerwis w treści dowodu O5 i Odwołującego Chemeko w dowodzie O3, czy Odwołującego Alba – dowód O7.

Reasumując tę część rozważań można co najwyżej stwierdzić, że spełnienie spornego wymagania Zamawiającego oceniać należy jako trudne, a nie niemożliwe. Wniosek taki

zawarty został w treści dowodu O11/Z5 (str. 201), którego autorzy przedstawili wyliczenia wskazujące na możliwość osiągnięcia oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu recyklingu. Zauważyć przy tym należy, że wspomnianych wyliczeń dokonano już w 2018 r., a zatem nie uwzględniają one przedstawionych powyżej okoliczności (obowiązku selektywnego zbierania odpadów, postępu technologicznego).

Odwołujący Chemeko bezskutecznie wskazywał również na wątpliwości odnośnie przyjętego przez Zamawiającego wzoru obliczenia poziomu recyklingu. Wskazuje on wprost, że poziom oblicza się do masy odebranych odpadów, zatem nie mogą zostać w jego ramach ujęte odpady kompostowane we własnym zakresie przez właścicieli nieruchomości. Zamawiający rozwił również drugą z wątpliwości, której istnienie po stronie Odwołującego nie uzasadniało *nota bene* stawianie w tym zakresie zarzutu odwołania, a ewentualny wniosek o wyjaśnienie postanowień SIWZ.

Z kolei odwołujący Alba bezpodstawnie upatrywał wadliwości opisu przedmiotu zamówienia w związku z pominięciem w nim opisu działań Zamawiającego wspierających osiągnięcie poziomów recyklingu, które planuje podjąć w sytuacji wejścia w życie systemu kaucyjnego opakowań, którego wprowadzenie jest planowane w ramach Rozszerzonej Odpowiedzialności Producentów (ROP). Abstrahując od okoliczności, że Odwołujący Alba nie podjął próby sformułowania konkretnego żądania w tym zakresie, to przede wszystkim trzeba mieć na względzie, że istotą opisu przedmiotu zamówienia jest wskazanie wymagań adresowanych do wykonawców.

W konsekwencji Izba uznała, że żądania usunięcia z SIWZ określonego przez Zamawiającego poziomu recyklingu nie może się ostać, podobnie jak nieuzasadnione były wnioski o obniżenie kary umownej za nie wywiązanie się z tego obowiązku. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że nie jest celowe szczegółowe odnoszenie się do formułowanych przez odwołujących żądań, skoro punktem wyjścia dla tych żądań były nieuwzględnione zarzuty odwołania.

Sygn. akt KIO 1015/20 – dalsze zarzuty

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w całości i wycofanych przez Odwołującego. O tym Izba orzekła w pkt I.1 za podstawę przyjmując stosowane odpowiednio przepisy art. 186 ust. 2 i art. 187 ust. 8 Pzp.

Sygn. akt KIO 1016/20 i KIO 1018/20 – dalsze zarzuty

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w całości, wycofanych przez Odwołującego oraz uwzględnionych częściowo przez Zamawiającego i wycofanych przez Odwołującego

w pozostałym zakresie. O tym Izba orzekła w pkt II.1 i III.1 sentencji wyroku, za podstawę przyjmując stosowane odpowiednio przepisy art. 186 ust. 2, ust. 3a i art. 187 ust. 8 Pzp.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów jest następujące.

Zarzut nr 13 lit. b (sygn. akt KIO 1016/20) i nr 11 lit. b (sygn. akt KIO 1018/20)

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący kwestionował § 8 ust. 2 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, przewidujący spoczywający na przetwarzającym (wykonawcy) obowiązek niezwłocznego udostępnienia pełnej dokumentacji dotyczącej zasad bezpieczeństwa oraz technicznych i organizacyjnych środków mających na celu ochronę danych osobowych w poszczególnych CPDO na żądanie powierzającego lub administratora danych (tj. na żądanie Zamawiającego).

Zarzut podlegał oddaleniu, o czym rozstrzygnięto w pkt II.3 i III.3 sentencji wyroku.

Po pierwsze – należy mieć na względzie przepis art. 5 ust. 2 RODO i wyrażoną tam zasadę rozliczalności, w świetle której administrator jest odpowiedzialny za przestrzeganie przepisów prawa i musi być w stanie wykazać ich przestrzeganie.

Po drugie – rozliczalność dotyczy nie tylko sytuacji samodzielnego przetwarzania danych przez administratora, ale również przetwarzania danych w jego imieniu przez podmiot przetwarzający. W tym drugim przypadku, zgodnie z art. 28 ust. 1 i motywem 81 RODO, administrator korzysta wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Oznacza to wymóg weryfikowania przez administratora rzetelności podmiotów przetwarzających dane.

Po trzecie – art. 28 ust. 3 RODO wprowadza zasadę, że przetwarzanie przez podmiot przetwarzający odbywa się na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego, które podlegają prawu Unii lub prawu państwa członkowskiego i wiążą podmiot przetwarzający i administratora, określają przedmiot i czas trwania przetwarzania, charakter i cel przetwarzania, rodzaj danych osobowych oraz kategorie osób, których dane dotyczą, obowiązki i prawa administratora. Ta umowa lub inny instrument prawny stanowią w szczególności, że podmiot przetwarzający (lit. h) komentowanego przepisu) udostępnia administratorowi wszelkie informacje niezbędne do wykazania spełnienia obowiązków określonych w tym artykule oraz umożliwia administratorowi lub audytorowi upoważnionemu przez administratora przeprowadzanie audytów, w tym inspekcji, i przyczynia się do nich.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że regulacje RODO przyznają administratorowi możliwość stałej kontroli podmiotu przetwarzającego pod kątem spełniania

przez ten podmiot wymogów RODO, czyniąc twierdzenia Odwołującego o wprowadzeniu nadmiarowego i zbędnego obowiązku nieuzasadnionymi.

Zarzut nr 13 lit. c (sygn. akt KIO 1016/20) i nr 11 lit. c (sygn. akt KIO 1018/20)

Spór w ramach przedmiotowego zarzutu dotyczył tego kto powinien zostać wskazany jako administrator danych osobowych osób zarejestrowanych przy pomocy systemu monitoringu wizyjnego pojazdów.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prawnej z 9 marca 2020 r., którą Izba – w braku dopuszczenia i przeprowadzenia w tej sprawie dowodu z opinii biegłego – uznała za element stanowiska procesowego Odwołującego.

Zarzut okazał się zasadny, wskutek czego Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień rozdziału XV pkt 5 i XVI pkt 5 SWU.

Kierunek rozstrzygnięcia zarzutu zdeterminowany został przez przepis art. 4 pkt 7 RODO. Zgodnie z jego treścią mianem administratora oznacza się osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych; jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania. Z powyższego wynika, że cechą determinującą status administratora jest ustalanie przezeń celu i sposobu przetwarzania danych. Taką rolę w Postępowaniu odgrywa Zamawiający, który – wbrew jego stanowisku – posiada wyraźny cel w przetwarzaniu tych danych w postaci chociażby rozpatrywania reklamacji mieszkańców, czy kontroli prawidłowości realizacji usługi przez wykonawcę.

Sygn. akt KIO 1023/20 i KIO 1024/20 – dalsze zarzuty

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w całości, wycofanych przez Odwołującego oraz uwzględnionych częściowo przez Zamawiającego i wycofanych przez Odwołującego w pozostałym zakresie. O tym Izba orzekła w pkt IV.1 i V.1 sentencji wyroku, za podstawę przyjmując stosowane odpowiednio przepisy art. 186 ust. 2, ust. 3a i art. 187 ust. 8 Pzp.

Uzasadnienie rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów jest następujące.

Zarzut nr 4

W ramach podnoszonej w odwołaniu wadliwości opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazywał, że – z jednej strony – w opisie przedmiotu zamówienia nie nałożono na wykonawcę obowiązku wyselekcjonowania z masy odpadów zbieranych selektywnie

metali, tworzyw sztucznych i opakowań wielomateriałowych, z drugiej zaś – zobowiązano wykonawcę do składania kompletnych sprawozdań miesięcznych w postaci zbiorczych zestawień obejmujących m.in. dane o takich odpadach (*vide* rozdział XIX pkt 1 ppkt 2 SWU w sprawie KIO 1024/20 i rozdział XVIII pkt 1 ppkt 2 SWU w sprawie KIO 1023/20). W konsekwencji Odwołujący oczekiwał wprowadzenia do SWU (rozdział XII pkt 4 ppkt 1 w sprawie KIO 1024/20 i rozdział XI pkt 4 ppkt 1) postanowienia nakładającego jednoznacznie na wykonawcę taki obowiązek.

Zarzut okazał się chybiony, o czym orzeczono w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Z postanowień rozdziału XII pkt 4 ppkt 1 SWU (KIO 1024/20) i rozdziału XI pkt 4 ppkt 1 SWU (KIO 1023/20) wynika, że w zakresie zagospodarowania odpadów wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia w pierwszej kolejności sukcesywnego recyklingu, przygotowania do ponownego użycia, a w drugiej odzysku odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w przypadku, gdy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności w tym zakresie lub przekazywania odpadów objętych przedmiotem zamówienia w pierwszej kolejności przedsiębiorcom prowadzącym działalność w zakresie recyklingu, przygotowania do ponownego użycia, a w drugiej kolejności przedsiębiorcom prowadzącym działalność w zakresie odzysku, w przypadku, gdy wykonawca nie jest uprawniony do prowadzenia działalności w tym zakresie, z zastrzeżeniem ppkt 3, zgodnie z którym Zamawiający dopuścił możliwość przekazania odpadów do instalacji mechanicznego lub ręcznego sortowania odpadów w celu „doczyszczania odpadów” przed przekazaniem ich do recyklingu. Nie może ulegać wątpliwości, że tak skonstruowany obowiązek dotyczy niepodzielnie wszystkich odpadów komunalnych, niezależnie od sposobu ich zbierania (tworzywa sztuczne zbierane są łącznie z metalami i opakowaniami wielomateriałowymi). W konsekwencji, przy takiej konstrukcji obowiązku wynikającego z przywołanego postanowienia SWU nie zachodzi, w ocenie składu orzekającego, potrzeba jego dalszego doprecyzowania. Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie trudniący się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, powinien mieć bowiem świadomość, że nałożone nań obowiązki, o których mowa w przywołanym postanowieniu SWU, wymagają, w przypadku odpadów selektywnych odbieranych łącznie, wyselekcjonowanie (wysortowanie) poszczególnych rodzajów odpadów.

Do powyższego dodać należy, że postanowienia SWU nie precyzują w jaki sposób powyższe czynności będą wykonywane, tj. samodzielnie przez wykonawcę, czy zlecane podmiotom trzecim. W tym zakresie to od samego wykonawcy zależy takie zorganizowanie działalności, aby zakładany przez Zamawiającego efekt w postaci określonego poziomu recyklingu został osiągnięty.

Zarzut nr 6

W wyniku ograniczenia przez Odwołującego zakresu postawionego zarzutu do rozstrzygnięcia pozostał spór o 90-procentowy wskaźnik napełnienia pojemników na odpady na nieruchomościach niezamieszkałych, za którego przekroczenie odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Zarzut podlegał oddaleniu.

W przekonaniu składu orzekającego Zamawiający w sposób logiczny i uzasadniony przedstawił w odpowiedzi na odwołanie swoje oczekiwania w kontekście zakwestionowanego przez Odwołującego obowiązku. Dodatkowo, odnosząc się do twierdzenia, jakoby sporne postanowienie SIWZ generować miało niemożliwe do oszacowania ryzyko zapłacenia kar umownych zauważyć trzeba, że z przedstawionych przez Zamawiającego danych dotyczących poprzednio obowiązującej umowy wynika, że udział kar umownych z tytułu naruszenia spornego obowiązku w wartości tego kontraktu był wręcz pomijalny. W konsekwencji przyjąć należy, że wykonawca nie miał, co do zasady, problemów z realizacją omawianego obowiązku.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Zarzut nr 8

Przedmiotowy zarzut sprowadzał się do stwierdzenia, że Zamawiający powinien był przewidzieć w Postępowaniu fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

Zarzut nie był zasadny, o czym przesądziło w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Uszło uwadze Odwołującego, że nie jest wystarczające samo stwierdzenie, że wspomniana przesłanka wykluczenia wykazuje związek z przedmiotem zamówienia. Trzeba mieć bowiem na względzie, że nie jest to obligatoryjna przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (podobnie jak inne, ujęte w treści przepisu art. 24 ust. 5 Pzp), ergo dopuszczalność jej zastosowania zależy wyłącznie od decyzji zamawiającego.

Co więcej, Odwołujący błędnie założył, że zarzucone Zamawiającemu zaniechanie umożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia przez „[...]podmioty dopuszczające się patologii na rynku odpadowym, naruszające przepisy ochrony środowiska”. Argumentacja ta nie uwzględnia bowiem dopuszczalności zastosowania procedury tzw. *self-cleaningu*, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, pozwalającej niejako na odzyskanie przez wykonawcę dotkniętego przesłanką wykluczenia z postępowania właściwości niezbędnej do ubiegania się o zamówienie publiczne, a to rękojmi należytego wykonania takiego zamówienia.

Zarzut nr 10

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XVI pkt 1 ppkt lit. a) i b) SWU (KIO 1024/20) i rozdziału XV pkt 1 ppkt 1 lit. a) i b) SWU (KIO 1023/20) wszystkie pojazdy wykonawcy mają zostać wyposażone m.in. w system zapisu obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”). Wymagania te powtórzone zostały w załączniku nr 24 SWU, zawierającym wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów (zob. pkt 2 tego załącznika).

Na poparcie tez leżących u podstaw omawianego zarzutu odwołań Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. wydruku zdjęcia ukazującego obraz generowany przez kamerę z tzw. „widokiem z lotu ptaka” – dowód O11;
2. porównania systemów (w ujęciu tabelarycznym) oraz ofert poszczególnych dostawców systemów wideo – dowody O12;
3. porównania wariantów wymagań na system wizyjny w ujęciu tabelarycznym – dowód O13;

Z kolei Zamawiający na odparcie tego zarzutu odwołania, w ślad za argumentacją przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. wydruku zdjęć i tras przejazdu pojazdu wyposażonego w sporny system oraz wydruku trasy przejazdu pojazdu wyposażonego w system GPS – dowody Z6;
2. treści umowy trójstronnej z 28 września 2019 r. na testy Systemu Telematyki Wizyjnej oraz Telematyki Komunalnej – dowód Z7;
3. treści oferty na dostawę spornego systemu wraz z porównaniem (w ujęciu tabelarycznym) kosztów jego wdrożenia wyliczonych przez Odwołującego i Zamawiającego – dowody Z8;
4. treści tabeli z porównaniem klas ochrony urządzeń elektrycznych przed penetracją ciał stałych lub płynów oraz kartami katalogowymi kamer spełniających w tym zakresie wymogi Zamawiającego – dowody Z9;
5. treści wydruków materiałów prasowych relacjonujących wypadki z udziałem pojazdów odbierających odpady – dowody Z10;

Zarzut okazał się zasadny w części, tj. w odniesieniu do wymagań, aby system monitoringu wizyjnego zapewniał widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”).

Mając na względzie okoliczność, że zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia wynikające z art. 29 Pzp doczekały się obszernego omówienia w doktrynie

i orzecznictwie skład orzekający przypomina jedynie skrótowo, że ust. 1 przywołanego przepisu zawiera dyrektywy przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którymi powinien on być jednoznaczny, precyzyjny, sformułowany w sposób dostatecznie dokładny i zrozumiały, a nadto uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Innymi słowy lektura prawidłowo sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia powinna dać każdemu wykonawcy jednakowy zasób informacji odnośnie tego co i w jaki sposób powinien zrealizować w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W art. 29 ust. 2 Pzp ustawodawca wprowadził dodatkowe obostrzenie w omawianym zakresie przesądając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Sposób sformułowania tego obostrzenia wskazuje, że naruszeniem wzmiankowanej regulacji będzie nie tylko sytuacja, w której opis przedmiotu zamówienia wprost godzi w zasadę uczciwej konkurencji, ale również gdy jedynie stwarza ryzyko jej naruszenia. Zaznaczenia wymaga przy tym, że z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia nie tylko w sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia wprost wskazuje na konkretny produkt, np. przez posłużenie się jego oznaczeniem (sytuacja taka, w świetle przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, nie jest co do zasady wykluczona, choć wskazanie na konkretny produkt wymaga spełnienia dalszych przesłanek wynikających z tego przepisu). Przepis art. 29 ust. 2 Pzp może zostać również naruszony w przypadku, w którym opisane przez zamawiającego wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć konkretny produkt.

Za punkt wyjścia dla rozstrzygnięcia o przedmiotowym zarzucie skład orzekający przyjął stwierdzenie, że w sprawie nie była sporna okoliczność spełniania wymienionych powyżej wymagań w zakresie monitoringu wizyjnego pojazdów wyłącznie przez system Backeye 360, którego producentem jest Brigade Electronics z Wielkiej Brytanii. *Nota bene* Zamawiający przedstawił dowody, z których wynikało, że jego zamiarem jest zlecenie realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z wykorzystaniem tego właśnie systemu (*vide* wydruki zdjęć stanowiące dowód Z6 i umowa – dowód Z7). Sytuacja taka stanowić może utrudnienie uczciwej konkurencji z uwagi na uzależnienie wykonawców wyłącznie od jednego podmiotu (producenta systemu) i stawiając w uprzywilejowanej sytuacji te podmioty, które pozostają z nim w nawiązanych wcześniej relacjach handlowych.

Obok powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał w postępowaniu dowodowym obiektywnych (uzasadnionych) potrzeb dla postawienia systemowi monitoringu wizyjnego pojazdów wspomnianych wcześniej wymagań. Na marginesie należy w tym miejscu zauważyć, że argumentem przemawiającym za takim stwierdzeniem nie może być wyłącznie wzrost kosztów spełnienia tych wymogów (dowody O12 i O13), czego konsekwencją będą

wyższe ceny ofert złożonych w Postępowaniu. Dla oceny czy doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji konieczna (i wystarczająca) jest ocena zasadności wymagań zamawiającego, nie zaś ich wpływu na ostateczny koszt realizacji zamówienia (stąd dowody Z8, mające zasadniczo przeczyć wnioskowi płynącemu z ww. dowodów przedstawionych przez Odwołującego nie były przydatne dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania).

Przechodząc do wspomnianej oceny zasadności spornych wymogów dotyczących systemu monitoringu wizyjnego pojazdów Izba stwierdziła, że Zamawiający powołał się na trzy okoliczności: (1) zwiększenie bezpieczeństwa mieszkańców, przez minimalizowanie zdarzeń drogowych z udziałem pojazdów odbierających odpady (przypadki potrąceń pieszych, w tym ze skutkiem śmiertelnym), (2) uszczelnienie systemu odbioru odpadów przez eliminowanie sytuacji, w których dochodzi do odbioru odpadów nie pochodzących z terenu Wrocławia oraz (3) ułatwienie obsługi zgłoszeń reklamacyjnych mieszkańców dotyczących, przykładowo, nie odebrania odpadów.

W ocenie Izby żadna z powyższych okoliczności nie została przedstawiona w sposób przekonujący.

W odniesieniu do względów bezpieczeństwa skład orzekający ocenił, że wyższość systemu monitoringu zapewniającego widok bez martwych stref i widok z góry, mająca się przekładać na zwiększenie bezpieczeństwa mieszkańców Wrocławia, nie została przez Zamawiającego wykazana. Składające się na dowód Z10 wydruki materiałów prasowych nie dotyczą wspomnianych w odpowiedzi na odwołanie wypadków na terenie miasta Wrocławia, a innych miejscowości z całej Polski. Faktem notoryjnym jest, że pojazdy odbierające odpady, podobnie jak inne rodzaje pojazdów, uczestniczą w kolizjach drogowych, czy wypadkach z udziałem pieszych, stąd powoływanie się na przykłady z całej Polski nie potwierdza tezy o dbałości o bezpieczeństwo mieszkańców Wrocławia.

W kwestii uszczelnienia systemu odbioru odpadów Zamawiający wskazał wprawdzie na mankamenty systemu opartego wyłącznie o nadajnik GPS (zob. wydruk trasy przejazdu pojazdu przedstawiony w ramach dowodów Z6), niemniej jednak brak jest podstaw do twierdzenia, że oczekiwanego przezeń systemu monitoringu nie da się wyłączyć, zagłuszyć, czy generalnie spowodować jego nieprawidłowe działanie. Ponadto, przydatność funkcjonalności tzw. „widoku z lotu ptaka” dla realizacji wspomnianego celu w ogóle wydaje się wątpliwa, skoro jego podgląd dostępny jest jedynie dla kierowcy pojazdu i ma na celu ułatwienie manewrowania samochodem.

Podobnie należało ocenić trzeci z powodów postawienia systemowi monitoringu spornych wymagań, tzn. Zamawiający nie wykazał wyższości systemu kamer z widokiem bez martwych stref nad systemem „tradycyjnym”, opartym na 4 kamerach, a druga

z kwestionowanych przez Odwołującego funkcjonalności jest, ze względów przytoczonych powyżej, nieprzydatna dla realizacji omawianego zamierzenia Zamawiającego.

Reasumując, uznając w tej części zarzut odwołań za uzasadniony, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie stosownych modyfikacji w SIWZ, zgodnie z pkt IV.2 i V.2 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie zarzut nie mógł się ostać, czemu Izba dała wyraz w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Przede wszystkim Odwołujący nie przedstawił szerszej argumentacji uzasadniającej twierdzenie o nadmiernym, czy nieproporcjonalnym charakterze wymogu archiwizacji danych przez okres 6 miesięcy. Odwołujący podniósł jedynie, że koszt realizacji tego wymagania wyniesie około 1 mln zł, przy czym – jak wskazano powyżej – wpływ określonego rozwiązania na koszty realizacji zamówienia nie stanowi o naruszeniu zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, o których mowa w przepisie art. 29 Pzp.

Na zakończenie Izba wskazuje, że dowody Z9 nie dotyczyły *meritum* zarzutu, bowiem wymagana przez Zamawiającego klasa szczelności kamer nie była właściwością kwestionowaną przez Odwołującego.

Zarzut nr 11

Argumentację Odwołującego podniesioną w ramach przedmiotowego zarzutu sprowadzić można do następujących stwierdzeń:

- sposób sformułowania przesłanek naliczania kar umownych określonych w § 15 ust. 1 i 2 projektu umowy rodzi wątpliwości co do sytuacji, w których takie sankcje będą nakładane, w konsekwencji czego nie jest możliwe skalkulowanie w cenie oferty ryzyka z tym związanego;
- kary dotyczą obowiązków, których wykonanie jest niemożliwe i obejmują sytuacje, w których do naruszenia obowiązków dojdzie z przyczyn nie zawinionych przez wykonawcę;
- kary są rażąco wygórowane i nieadekwatne do (jak się wydaje) wagi naruszonych obowiązków;
- wszystkie ww. okoliczności skutkować mogą złożeniem nieporównywalnych ofert.

W konsekwencji Odwołujący zażądał obniżenia wszystkich kar przewidzianych w § 15 ust. 1 i 2 o połowę, usunięcia § 15 ust. 3, modyfikacji § 15 ust. 5 projektu umowy oraz wprowadzenia górnego limitu kar umownych, któremu to żądaniu Zamawiający uczynił zadość.

Zarzut nie mógł się ostać, wobec czego podlegał oddaleniu, o czym przesądziło w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku

Nie wdając się w teoretyczne rozważania na temat istoty i roli kar umownych, których prowadzenie – z poniższych względów – nie wydaje się Izbie celowe, należy zwrócić uwagę na wadliwość konstrukcji zarzutu. Opiera się on bowiem jedynie na ogólnikowych stwierdzeniach, że bliżej niesprecyzowane kary umowne są rażąco wygórowane, nie wskazują precyzyjnie okoliczności, w których mogą być naliczone, *etc.* Nie sposób nie zauważyć, że stawiając omawiany zarzut Odwołujący nie dokonał jakiegokolwiek merytorycznej analizy obszernego katalogu kar, która uzasadniać mogłaby wskazane powyżej tezy. Tym samym zarzut odwołania nie zawierał w istocie przytoczenia okoliczności faktycznych, stanowiących wymóg konstrukcyjny każdego zarzutu podnoszonego w ramach środka ochrony prawnej. Dopiero w późniejszych pismach procesowych Odwołujący, mając na uwadze dokonaną przez Zamawiającego częściową modyfikację katalogu kar umownych, sprecyzował jakie kary i z uwagi na jakie okoliczności miał na myśli. Działanie takie należy uznać za spóźnione, jako że postępowanie odwoławcze nie służy doprecyzowaniu zarzutów, które powinny być w sposób nie budzący wątpliwości postawione w odwołaniu. Skład orzekający nie dopatrył się bowiem przeszkód w dokonaniu wspomnianej analizy, w odniesieniu do wszystkich kwestionowanych odwołaniem kar, na etapie wnoszenia odwołania.

Odnosząc się na marginesie do żądania modyfikacji brzmienia § 15 ust. 5 *in fine* wzoru umowy, mającej polegać na zastąpieniu użytego w nim sformułowania „na ww. zasadach” zwrotem „po bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku lub obowiązków lub usunięcia powstałych uchybień” Izba uznała, że nie stanowiłaby ona zmiany istoty tego postanowienia wzoru umowy. Z lektury § 15 ust. 5 wzoru umowy wynika *explicite*, że przewiduje on możliwość wezwania wykonawcy do należytego wykonywania przewidzianych umową obowiązków, przy uwzględnieniu ewentualności w postaci usunięcia powstałych z tego tytułu uchybień. Kwestionowane przez Odwołującego sformułowanie nie powinno zatem budzić wątpliwości interpretacyjnych.

Zarzut nr 12

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący zakwestionował takie ukształtowanie postanowień § 19 ust. 3 wzoru umowy, które przewiduje możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy wyłącznie w sytuacjach przewidzianych w przepisie art. 142 ust. 5 Pzp.

Odwołujący domagał się rozszerzenia przesłanek zmiany wynagrodzenia również na okoliczności opisane w § 19 ust. 2 wzoru umowy, których wystąpienie uzasadniać będzie zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 Pzp. Odwołujący stwierdził bowiem, że „[...]z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością na

etapie realizacji zamówienia nastąpi więcej niż jedna istotna zmiana przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia strony[...]”.

Na potwierdzenie zasadności zarzutu odwołania Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyciągu z umowy nr 66/61/2016/G z 19 sierpnia 2016 r. (umowa na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście) wraz z odpowiedzią Zamawiającego z 10 lutego 2020 r. na wniosek wykonawcy ww. o waloryzację wynagrodzenia (dowody O14).

Zarzut był niezasadny, w konsekwencji został oddalony w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Nie było sporu co do okoliczności, że Zamawiający wypełnił ustawowy obowiązek przewidziany we wzorze umowy możliwości waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na wystąpienie okoliczności wymienionych w pkt 1-4 przepisu art. 142 ust. 5 Pzp (§ 19 ust. 3 wzoru umowy) i określił warunki takiej zmiany (§ 19 ust. 4 wzoru umowy). Nie sposób zatem czynić Zamawiającemu zarzutu, że ograniczył się wyłącznie do wynikającego z przepisów Pzp minimum, powołując się na konieczność kształtowania dobrych praktyk w odniesieniu do umów długoterminowych, którym to argumentem Odwołujący posłużył się na rozprawie. Przedmiotem orzekania Izby jest zgodność postanowień SIWZ z przepisami prawa, nie zaś z nieskodyfikowanymi wytycznymi mającymi pozytywnie oddziaływać na relacje nawiązywane przez uczestników rynku zamówień publicznych, których to Odwołujący nawet nie przytoczył. Izba zaznacza przy tym, że nie deprecjonuje roli dobrych praktyk w kształtowaniu systemu zamówień publicznych, niemniej jednak w okolicznościach sprawy nie mogła uczynić z tego argumentu podstawy do uwzględnienia omawianego zarzutu.

Niezależnie od powyższego nie sposób nie zauważyć, że *ad casum* Zamawiający w § 19 ust. 1 wzoru umowy przewidział możliwość wprowadzenia istotnych zmian w jej treści oraz przewidział warunki takich zmian (§ 19 ust. 2 wzoru umowy). W zakresie relewantrym dla przedmiotowego zarzutu Izba zwróciła uwagę w szczególności na § 19 ust. 1 pkt 2 (zmiana warunków płatności) i 5 (zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany) wzoru umowy, których warunkiem może być przewidziana w § 19 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia stron, do której to się odnosił zarzut odwołania. W ocenie składu orzekającego powyższe postanowienia umowy nie wykluczają możliwości zmiany wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Przeciwne twierdzenia Odwołującego poparte dowodami O14 nie mogły zostać zweryfikowane, jako że z treści dowodów nie wynika na jaką argumentację i przesłankę

umowną powoływał się wykonawca składając wniosek o waloryzację należnego mu wynagrodzenia.

Na zakończenie wspomnieć również należy o innych niż wynikające z przepisu art. 142 ust. 5 Pzp ustawowych przesłankach zmiany wysokości wynagrodzenia. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego jest dopuszczalna również w sytuacji, w której łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi. W przekonaniu Izby powyższy przepis (przy uwzględnieniu art. 144 ust. 1d Pzp) również powinien być brany pod uwagę przy ocenie możliwości zmiany należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Zarzut nr 13

Odwołujący upatrywał wadliwości opisu przedmiotu zamówienia w braku określenia przez Zamawiającego norm emisji spalin dla pojazdów, za pomocą których wykonywane będzie zamówienie.

Zarzut nie potwierdził się, wobec czego został oddalony w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Przede wszystkim Zamawiający trafnie wskazywał na fakultatywny charakter normy prawnej zawartej w przepisie art. 29 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować m.in. aspekty środowiskowe.

Co więcej, stanowiący uzasadnienie przedmiotowego zarzutu wywód Odwołującego na temat proekologicznej postawy gminy Wrocław, prowadzony był w oderwaniu od postanowień SIWZ przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, z których wynika uwzględnienie w Postępowaniu aspektów związanych z normami emisji spalin, tak w płaszczyźnie warunków udziału w Postępowaniu (*vide* rozdział IV ust. 1.2.3.2 SIWZ), jak i kryteriów oceny ofert (argument z postanowienia rozdziału XV ust. 5 SIWZ).

Zarzut nr 17

W ramach przedmiotowego zarzutu odwołania Odwołujący wskazywał na potrzebę rozszerzenia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (rozdział IV ust. 1.2.1.3 SIWZ) o nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący stwierdził wręcz, że zakwestionowany warunek jest w tym sensie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, że przewiduje w stosunku do niego zbyt niskie wymagania.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, o czym orzeczono w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Skład orzekający uznał zasadność argumentacji Zamawiającego, że dysponuje on uprawnieniem odnośnie wyboru i skonkretyzowania wymaganych od wykonawców właściwości.

Nie sposób nie zauważyć również, że sformułowanie warunku w sposób oczekiwany przez Odwołującego prowadzić mogłoby do postawienia takiemu warunkowi zarzutu nieproporcjonalności, przez stawianie zbyt rygorystycznych wymagań, które w całości pokrywają się z przedmiotem zamówienia.

Ponadto rozróżnić należy weryfikację podmiotową wykonawców prowadzoną na etapie postępowania o udzielenie zamówienia od wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego nie sposób zasadnie twierdzić, że rękojmię należytego wykonania zamówienia, weryfikowaną w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, daje wyłącznie taki wykonawca, który dysponuje zezwoleniem obejmującym wszystkie rodzaje odpadów już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Zarzut nr 24

Zarzut opierał się na twierdzeniu o konieczności podzielenia zamówienia na dwie części z uwagi na fakt, że Sektor III – Fabryczna zamieszkiwany jest przez największą liczbę mieszkańców. W przypadku Sektora II – Krzyki Odwołujący przekonywał, że również jest on duży, gdyż zamieszkuje go niemal 180 tys. mieszkańców.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, o czym Izba przesądziła w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Przede wszystkim trzeba zwrócić uwagę na okoliczność, że przepis art. 36aa ust. 1 Pzp przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do podzielenia zamówienia na części. Chociażby z tego powodu nie sposób skutecznie stawiać Zamawiającemu zarzutu, że *ad casum* nie skorzystał z przewidzianej przepisami możliwości.

Ponadto, Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego opartą na przepisie art. 6d ust. 2 i 3 Ucpg przedstawioną w odpowiedziach na odwołania. Zamawiający, kierując się ww. przepisami, dokonał podziału obszaru gminy na sektory i w oparciu o takie jednostki podziału organizuje usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. W konsekwencji, zwłaszcza w braku argumentów przemawiających za koniecznością skorzystania przez Zamawiającego z możliwości przewidzianej przepisem art. 36aa ust. 1 Pzp, nakazywanie Zamawiającemu dalszego podziału sektorów na mniejsze jednostki nie byłoby działaniem uprawnionym.

Zarzut nr 25

Odwołujący wskazywał, że postanowienia wzoru umowy umożliwiają Zamawiającemu arbitralne określenie momentu zakończenia świadczenia usługi i realizacji umowy. W konsekwencji Odwołujący oczekiwał m.in. zapewnienia wykonawcy udziału w procedurze ustalania ww. terminów i uzależnienia zakończenia umowy od osiągnięcia przez wykonawcę całego przewidzianego w niej wynagrodzenia.

Zarzut okazał się niezasadny, wskutek czego został oddalony w pkt IV.3 i V.3 sentencji wyroku.

Skład orzekający wskazuje, że Zamawiający przewidział w projekcie umowy partycypację wykonawcy w określaniu terminów zakończenia świadczenia usługi i realizacji umowy, o czym świadczy § 4 ust. 8 wzoru umowy. Nakłada on na wykonawcę określone obowiązki informacyjne związane z poziomem osiągniętego i prognozowanego wynagrodzenia, od którego wysokości uzależniona jest możliwość skorzystania przez Zamawiającego z zakwestionowanych w odwołaniu uprawnień.

Izba zgadza się również z Zamawiającym, że w efekcie wprowadzenia postulowanych przez Odwołującego zmian mogłyby powstać trudności z określeniem momentu zakończenia umowy, co z kolei mogłoby utrudniać zaplanowanie i udzielenie kolejnego zamówienia.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1015/20 (pkt I.3 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1016/20 i KIO 1018/20 (pkt II.4 i III.4 sentencji wyroku) Izba orzekła stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Spośród 3 rozpoznanych zarzutów każdego z odwołań uwzględnionych zostało po jednym zarzucie. Oznacza to, że na rzecz Odwołującego zasądzić należało w każdej ze spraw trzecią część wpisu (5.000 zł) i trzecią część wynagrodzenia pełnomocnika (600 zł), co daje sumę 5.600 zł w każdej ze spraw. Od tego odliczyć należało 2/3 wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (2.400 zł) za wygranie sporu w tej części. W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego po 3.200 zł tytułem wpisów od odwołań.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach KIO 1023/20 i KIO 1024/20 (pkt IV.4 i V.4 sentencji wyroku) Izba orzekła stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Spośród 12 rozpoznanych zarzutów każdego z odwołań uwzględniony zostało po jednym zarzucie. Oznacza to, że na rzecz Odwołującego zasądzić należało w każdej ze spraw dwunastą część wpisu (1.250 zł) i dwunastą część wynagrodzenia pełnomocnika (300 zł), co daje sumę 1.550 zł w każdej ze spraw. Powyższe nie wystarcza jednak na pokrycie 11/12 wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (3.300 zł) za wygranie sporu w tej części. W konsekwencji Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego po 1.750 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....