

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 16 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 sierpnia 2022 roku przez odwołującego **FBSerwis spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Pobiedziska**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt II lit. c) ppkt i) *petitum* odwołania, wobec jego uwzględnienia przez Zamawiającego.
2. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt II lit. c) ppkt ii) *petitum* odwołania, wobec jego wycofania przez Odwołującego.
3. Oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
 - 4.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Pobiedziska, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Pobiedziska w 2023 r. (okres podstawowy) oraz 2024 r. (okres opcyjny)”, nr referencyjny ZI.271.1.18.2021.IZ

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20 lipca 2022 r. nr 2022/S 138-394789.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym FBSerwis spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 1 sierpnia 2022 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez przyjęcie w ramach rozdziału XII OPZ ust. 4 – iż:

- „Zamawiający może zobowiązać Wykonawcę do realizacji zamówienia z wykorzystaniem stacji przeładunkowej zapewnianej przez Zamawiającego”;

jak również, iż może to nastąpić

- „na cały okres realizacji zamówienia, jak i wyłącznie na część tego okresu”,

oraz

- „w zakresie wszystkich frakcji odpadów komunalnych których dotyczy Usługi”,

podczas gdy wskazane powyżej uprawnienie Zamawiającego skorelowane z obowiązkiem Wykonawcy nie uwzględnia specyfiki realizacji umowy oraz wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez co nie pozwala na należyte skalkulowanie oferty, w zakresie w jakim każdy z wykonawców zmuszony jest jednocześnie kalkulować koszty realizacji zamówienia bezpośrednio – od siebie do wytwórcy odpadów i dalej miejsca gospodarowania, oraz pośrednio – od siebie do wytwórcy odpadów przez stacje przeładunkową Zamawiającego do miejsca gospodarowania tj. z dodatkowym

kilometrażem do bazy przeładunkowej, kosztem logistyki przeładowania nieznannej ilości odpadów.

b) art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez przyjęcie w ramach rozdziału XII OPZ ust. 4 – iż:

- *„Zamawiający może zobowiązać Wykonawcę do realizacji zamówienia z wykorzystaniem stacji przeładunkowej zapewnianej przez Zamawiającego”;*

W tym w szczególności iż:

- *„Uprawnienie o którym mowa w poprzednim zdaniu: dotyczy stacji przeładunkowej: położonej na działce o numerze ewidencyjnym 32/3, obręb Polska Wieś, miejscowość Borówko, gmina Pobiedziska, powiat poznański, województwo wielkopolskie,*
- *obsługiwanej przez Zamawiającego lub podmiot wyznaczony przez Zamawiającego. Obsługa stacji przeładunkowej obejmuje m.in. nadzór nad czynnościami wyładowniczymi i załadowniczymi,*

podczas gdy w Miejscowości Borówko, gmina Pobiedziska, powiat poznański, województwo wielkopolskie – znajduje się składowisko odpadów i PSZOK wykorzystywany przez Zakład Komunalny w Pobiedziskach Sp. z o. o. – spółkę celową Zamawiającego zdolną do złożenia oferty w postępowaniu, która to w ww. sytuacji znajduje się w preferencyjnej sytuacji albowiem nie jest zmuszona uwzględniania w kalkulacji dodatkowych kosztów ryzyka skorzystania z zamawiającego z uprawnienia dot. korzystania z stacji przeładunkowej oraz związanego z tym zwiększenia kosztów wykonawcy tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób który nie zapewnia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

c) naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1, 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c., w zw. z art. 5 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że:

- i. stronom przyznane zostało w § 15 ust 3 - 5 PPU uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia umownego w sytuacji zmiany ceny paliw w ujęciu rocznym – które to jednak zgodnie z § 15 ust 5 wynieść może jedynie od 0,3% (trzy dziesiąte procenta) ceny jednostkowej, do 1% procenta cen jednostkowych; w syt. zmiany ceny paliwa o co najmniej 5%.

gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że znacznie przewyższy zakładany przez Zamawiającego próg do 1%, a tym samym

wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia do rzeczywistego wzrostu kosztów,

- ii. stronom przyznane zostało w § 15 ust 3 - 5 PPU uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia umownego w sytuacji zmiany ceny paliw w ujęciu rocznym możliwe jednak zgodnie z §15 ust. 6 PPU ograniczone zostało wyłącznie do okresu od 1 stycznia 2024 od 31 grudnia 2024 podczas gdy, aby waloryzacja realnie spełniała swoją funkcję, konieczne jest jej zagwarantowanie w postanowieniach umownych, w taki sposób, aby była dopuszczalna bez względu na czas, jaki upłynął od daty zawarcia umowy lub poprzedniej waloryzacji, a jej przeprowadzenie uwarunkowane było tylko obiektywną sytuacją, w której wartość wzrostu (lub spadku) kosztów osiągnie ustalony przez strony poziom w zw. z czym świadczenia realnie przestaną być ekwiwalentne.
- d) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 2 PZP w zw. z art. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego i art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za (i) osiągnięcie wymaganych przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach² („UCPG”) poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, oraz za (ii) osiągnięcie wymaganych przepisami UCPG poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych, ulegających biodegradacji i przekazywanych do składowania, a nawet zagrożenie powyższych zobowiązań ustanowionymi na te okoliczności karami umownymi, podczas gdy powyższe zobowiązania stanowią obowiązki ustawowe Zamawiającego, nie uwzględniają specyfiki realizacji umowy, czyniąc je w praktyce niewykonalnymi a dodatkowo przewidującymi naliczanie kar umownych za okoliczności, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka), co też uniemożliwia wykonawcy dokonanie rzetelnej wyceny swojej oferty.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- 1) w stosunku do zarzutu a) i b) – zmianę OPZ rozdziału XII OPZ ust. 4 poprzez wskazanie, iż *„Zamawiający może udostępnić Wykonawcy za jego zgodą stację przeładunkową do realizacji zamówienia”*
- 2) nakazanie Zamawiającemu w stosunku do zarzutu c) –
 - zmianę z § 15 ust 4 i 5 PPU i nadanie mu brzmienia:
 4. Zmiana, o której mowa powyżej w ust. 3 nastąpi w przypadku, gdy od dnia przypadającego na ostatni dzień terminu składania ofert, cena paliwa (Olej Napędowy

Ekodiesel) opublikowana przez PKN Orlen, wrośnie lub zmaleje co najmniej o 5% względem ceny paliwa (Olej Napędowy Ekodiesel) na dzień składania oferty.

5. Jeżeli średnia cena paliwa w okresie od terminu składania ofert, będzie wyższa lub niższa, względem ceny paliwa (Olej Napędowy Ekodiesel) na dzień składania oferty, o:

1) co najmniej 5% jednakże nie więcej niż o 5,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,3%,

2) co najmniej 5,6% jednakże nie więcej niż o 6% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,4%,

3) co najmniej 6,1% jednakże nie więcej niż o 6,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,5%,

4) co najmniej 6,6% jednakże nie więcej niż o 7% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,6%,

5) co najmniej 7,1% jednakże nie więcej niż o 7,5 % to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,7%,

6) co najmniej 7,6% jednakże nie więcej niż o 8 % to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,8%,

7) co najmniej 8,1% jednakże nie więcej niż o 8,5 % to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 0,9%,

8) co najmniej 8,6%, jednakże nie mniej niż o 9%to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 7 niniejszej umowy ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1%.

9) co najmniej 9,1% jednakże nie więcej niż o 9,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,1%,

10) co najmniej 9,6% jednakże nie więcej niż o 10,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,2%,

11) co najmniej 10,1% jednakże nie więcej niż o 10,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,3%,

12) co najmniej 10,6% jednakże nie więcej niż o 11,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,4%,

13) co najmniej 11,1% jednakże nie więcej niż o 11,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,5%,

14) co najmniej 11,6% jednakże nie więcej niż o 12,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,6%,

15) co najmniej 12,1% jednakże nie więcej niż o 12,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,7%,

16) co najmniej 12,6% jednakże nie więcej niż o 13,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,8%,

17) co najmniej 13,1% jednakże nie więcej niż o 13,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 1,9%,

18) co najmniej 13,6% jednakże nie więcej niż o 14,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,0%,

19) co najmniej 14,1% jednakże nie więcej niż o 14,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,1%,

20) co najmniej 14,6% jednakże nie więcej niż o 15,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,2%,

21) co najmniej 15,1% jednakże nie więcej niż o 15,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,3%,

22) co najmniej 15,6% jednakże nie więcej niż o 16,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,4%,

23) co najmniej 16,1% jednakże nie więcej niż o 16,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,5%,

24) co najmniej 16,6% jednakże nie więcej niż o 17,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,6%,

25) co najmniej 17,1% jednakże nie więcej niż o 17,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,7%,

26) co najmniej 17,6% jednakże nie więcej niż o 18,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,8%,

27) co najmniej 18,1% jednakże nie więcej niż o 18,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 2,9%,

28) co najmniej 18,6% jednakże nie więcej niż o 19,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,0%,

29) co najmniej 19,1% jednakże nie więcej niż o 19,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,1%,

30) co najmniej 19,6% jednakże nie więcej niż o 20,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,2%,

31) co najmniej 20,1% jednakże nie więcej niż o 20,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,3%,

32) co najmniej 20,6% jednakże nie więcej niż o 21,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,4%,

33) co najmniej 21,1% jednakże nie więcej niż o 21,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,5%,

co najmniej 21,6% jednakże nie więcej niż o 22,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,6%,

34) co najmniej 22,1% jednakże nie więcej niż o 22,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,7%,

35) co najmniej 22,6% jednakże nie więcej niż o 23,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,8%,

36) co najmniej 23,1% jednakże nie więcej niż o 23,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 3,9%,

37) co najmniej 23,6% jednakże nie więcej niż o 24,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,0%,

38) co najmniej 24,1% jednakże nie więcej niż o 24,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,1%,

39) co najmniej 24,6% jednakże nie więcej niż o 25,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,2%,

40) co najmniej 25,1% jednakże nie więcej niż o 25,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,3%,

41) co najmniej 25,6% jednakże nie więcej niż o 26,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,4%,

42) co najmniej 26,1% jednakże nie więcej niż o 26,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,5%,

43) co najmniej 26,6% jednakże nie więcej niż o 27,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,6%,

44) co najmniej 27,1% jednakże nie więcej niż o 27,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,7%,

45) co najmniej 27,6% jednakże nie więcej niż o 28,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,8%,

46) co najmniej 28,1% jednakże nie więcej niż o 28,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 4,9%,

47) co najmniej 28,6% jednakże nie więcej niż o 29,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 5,0%,

48) co najmniej 29,1% jednakże nie więcej niż o 29,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 5,1%,

49) co najmniej 29,6% jednakże nie więcej niż o 30,0% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 5,2%,

50) co najmniej 30,1% jednakże nie więcej niż o 30,5% to wszystkie ceny jednostkowe o których mowa w § 8 ust. 8 ulegną odpowiednio podwyższeniu lub obniżeniu o 5,3%.”

6. Zwaloryzowane ceny jednostkowe stanowiąc podstawę do rozliczeń na okres od złożenia wniosku przez stronę.

3) nakazanie Zamawiającemu w zakresie zarzutu d):

- wykreślenie § 10 ust. 1 pkt 27 i pkt 28
- zmianę § 2 ust. 8 PPU poprzez nadanie mu brzmienia:

„8. Wykonawca w zakresie swoich możliwości zobowiązany jest realizować zamówienie w sposób zmierzający do osiągnięcia przez Miasto i Gminę Pobiedziska odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz zmierzający do zapewnienia ograniczenia masy odpadów komunalnych przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3b i 3c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, (dalej: „u.c.p.g.”), w okresie realizacji zamówienia, w szczególności poprzez niepodejmowanie działań kolidujących z powyższym, oraz zgodny z aktami prawa, w tym aktami prawa miejscowego, przy czym obowiązek ten nie oznacza obciążenia wykonawcy obowiązkiem niezależnego od winy osiągnięcia przez Wykonawcę poziomów minimalnych o których mowa w Rozdziale VII ust. 3 i 5 OPZ w oderwaniu od winy Wykonawcy.

- Zmianę Rozdziału VII ust. 3 zdanie 1 poprzez wskazanie, iż „Wykonawca w zakresie swoich możliwości zobowiązany jest do realizacji Usług w sposób zmierzający do osiągnięcia, minimalnych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu następujących frakcji odpadów komunalnych odebranych w toku realizacji zamówienia (w konkretnym wskazanym poniżej roku realizacji zamówienia):

1) szkło białe (kody: 15 01 07, 20 01 02),

2) szkło kolorowe (kody: 15 01 07, 20 01 02),

3) papier (kody: 15 01 01, 20 01 01),

4) tworzywa sztuczne, metale, opakowania

wielomateriałowe (kody: 15 01 02, 15 01 04, 15 01

05, 15 01 06, 20 01 39, 20 01 40),

5) bioodpady (kody: 20 02 01, 20 01 08)

6) odpady wielkogabarytowe (kody: 20 03 07),

7) zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (20 01 35 *, 20 01 36).

Minimalny poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu ww. frakcji odpadów komunalnych:

1) 2023 r. wynosi 35% wagowo,

2) 2024 r. wynosi 45% wagowo.

- Zmianę Rozdziału VII ust. 5 poprzez wskazanie, iż:

„Wykonawca zobowiązany jest w zakresie swoich możliwości do realizacji Usług w sposób zmierzający do tego, że masa bioodpadów przekazanych do składowania, nie przekroczy 35% wagowo, w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że Odwołujący zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu. Zgodnie zaś z orzecnictwem, na etapie kwestionowania postanowień SWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, dla uznania istnienia interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że pozostaje on zainteresowany uzyskaniem danego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Pomimo powyższego, Odwołujący wskazuje, że wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia dokumentacji Postępowania będą w praktyce uniemożliwiały złożenie rzetelnie wycenionej oferty, co w konsekwencji prowadzi do ryzyka poniesienia przez Odwołującego wymiernej szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Ad zarzutu opisanego w pkt a) *petitum* odwołania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem I OPZ, Przedmiot Zamówienia, ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 3 Wykonawca zapewnia zagospodarowanie odpadów w instalacji posiadającej niezbędne uprawnienia do odzysku lub unieszkodliwienia określonych frakcji odpadów komunalnych (pkt 12). Wykonawca jest więc zobowiązany zagospodarować odebrane odpady, ale równocześnie ma swobodę wyboru instalacji pod warunkiem spełniania wymogów prawno formalnych.

Odwołujący wyjaśnił, że na regionalnym rynku występuje kilka instalacji zagospodarowujących odpady komunalne zebrane selektywnie, zlokalizowanych w różnych odległościach od granic gminy Pobiedziska:

- a/ ROWAJ Sp. z o.o., Powodowo 49, 64 200 Wolsztyn,
- b/ ORDO POZNAŃ Sp. z o.o. Sp.k., Ul. Gdyńska 131, 62 004 Czerwonak,
- c/ EKO TOM T. Sp. J., ul. Poligonowa 1, Bolechowo, 62 005 Owińska,
- d/ Alkom SP. z o.o., ul. Północna 1, 61 719 Poznań,
- e/ PUK A. Z., Pławce 5a, 63 000 Pławce, Środa Wielkopolska,
- f) Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Odpadami w Zakurzewie, Zakurzewo 39A, 86 300,
- g/ Miejska f Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. Oleśnica, Batalionów Chłopskich, 56 400,
- h/ STENA RECYCLING Sp. z o.o., ul. Rabowicka 2, 62-020 Swarzędz,
- i/ REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61 483 Poznań,
- j) POLCOPPER Sp. z o.o., Romana Maya 1, Poznań

Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca dokonując wyboru instalacji kieruje się:

- a) względami logistycznymi rozumianymi jako:
 - odległość od gminy (rejonu odbioru odpadów),
 - odległość od bazy Wykonawcy,
 - odległość od instalacji do bazy Wykonawcy i do gmin y,
 - czas dojazdu,
 - czas postoju na instalacji,
- b) proponowanymi warunkami współpracy w zależności od łączących strony relacji biznesowych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem XIII rodzaj i ilość odpadów, Zamawiający szacuje ilość odpadów zebranych selektywnie na 5787 Mg w roku 2023 i 5959 w zamówieniu opcyjnym. Stacja przeładunkowa ROZDZIAŁ XII. ZBIERANIE I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH ust. 4 pkt 1 jest prowadzona przez podmiot posiadający decyzję na zbieranie do 3000 Mg. W obecnym stanie prawnym, decyzje na zbieranie charakteryzują się nie tylko wskazaniem maksymalnej ilości odpadów możliwych do zebrania w ciągu roku,

ale także sprecyzowaniem ilości poszczególnych frakcji odpadów, które mogą być zbierane w danym czasie, równocześnie, co może być znaczącym ograniczeniem uniemożliwiającym wręcz zbieranie ilości pełnoładunkowych. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie podaje informacji dot.:

- maksymalnej ilości poszczególnych frakcji odpadów możliwych do zebrania w ciągu roku
- ilości poszczególnych frakcji odpadów, które mogą być zbierane w danym czasie

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wskazuje konkretnych frakcji, ani ilości odpadów, które miały by być zbierane na stacji, a jedynie zdawkowo wskazuje w ust. 4 pkt 2 li a. że obowiązek może dotyczyć całego okresu realizacji zamówienia, jak i wyłącznie części tego okresu oraz (lit. b) w zakresie wszystkich frakcji odpadów komunalnych których dotyczą Usługi, jak również w zakresie wyłącznie niektórych frakcji odpadów komunalnych.

W ocenie Odwołującego brak precyzyjnych zapisów uniemożliwia skalkulowanie oferty, ponieważ Wykonawca nie ma danych by obliczyć:

- ile z szacowanych 268 Mg szkła białego odbierze i przetransportuje bezpośrednio do instalacji, ile zaś odbierze, przetransportuje do stacji przeładunkowej w Borówkowie, a następnie kolejnym transportem zbiorczym dostarczy do instalacji końcowej,
- ile z szacowanych 397 Mg szkła kolorowego odbierze i przetransportuje bezpośrednio do instalacji, ile zaś odbierze, przetransportuje do stacji przeładunkowej w Borówkowie, a następnie kolejnym transportem zbiorczym dostarczy do instalacji końcowej,
- ile z szacowanych 481 Mg papieru i tektury odbierze i przetransportuje bezpośrednio do instalacji, ile zaś odbierze, przetransportuje do stacji przeładunkowej w Borówkowie, a następnie kolejnym transportem zbiorczym dostarczy do instalacji końcowej,
- ile z szacowanych 755 Mg tworzyw i metali odbierze i przetransportuje bezpośrednio do instalacji, ile zaś odbierze, przetransportuje do stacji przeładunkowej w Borówkowie, a następnie kolejnym transportem zbiorczym dostarczy do instalacji końcowej,
- ile z szacowanych 3500 Mg bioodpadów odbierze i przetransportuje bezpośrednio do instalacji, ile zaś odbierze, przetransportuje do stacji przeładunkowej w Borówkowie, a następnie kolejnym transportem zbiorczym dostarczy do instalacji końcowej,
- ile z szacowanych 370 Mg odpadów wielkogabarytowych odbierze i przetransportuje bezpośrednio do instalacji, ile zaś odbierze, przetransportuje do stacji przeładunkowej w Borówkowie, a następnie kolejnym transportem zbiorczym dostarczy do instalacji końcowej,

W konsekwencji powyższego niemożliwe jest realnie przewidzenie:

- prawidłowej ilości i rodzaj u pojazdów,
- liczby osób niezbędnych do realizacji zamówienia
- przeliczenie tras i odległości.

Odwołujący podniósł, iż w ust. 4 pkt 1 lit h, tiret 7, Zamawiający przewiduje, że Wykonawca będzie odbierał odpady z prasokontenera lub zgromadzone w boksie: „Po wypełnieniu prasokontenera lub zebrania w boksie logistycznej ilości odpadów, będą one przewożone do miejsca ich przetwarzania”. W tym miejscu należy podkreślić, że odpady gromadzone w prasokontenerach, wymagają innego środka transportu, niż odpady gromadzone luzem. Prasokontenery wymagają pojazdu hakowego, podczas gdy odpady gromadzone luzem można przewozić naczepą, pojazdem typu „ruchoma Również powyższa zmienna uniemożliw i a kalkulację oferty. Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego kolejnym czynnikiem, który wykonawca bierze pod uwagę szacując koszty zamówienia, jest gęstość nasypowa odpadów. Obrazowym przykładem jest waga odpadów zmieszanych w pojeździe bezpylnym (śmieciarka), która średnio wynosi 7 Mg podczas gdy w tę samą śmieciarkę można przewieźć jednorazowo tylko 2 4 Mg odpadów papieru i tektury. Powyższe ma kluczowe znaczenie w realizowaniu zbiorczych odbiorów, o których mowa powyżej albowiem zmusza wykonawcę do dostosowania ilości zasobów sprzętu ludzi ect.) do konkretnych odpadów. W zakresie podniesionych powyżej uwag w ocenie wykonawcy Brak

informacji odnośnie ilości i rodzaju frakcji w zakresie wymogu stosowania stacji przeładunkowej (możliwej do narzucenia Wykonawcy przez Zamawiającego) uniemożliwia skalkulowanie oferty poprzez niemożność przyjęcia założeń ani odnośnie rodzaju transportu, ani odnośnie niezbędnej liczby frachtów (tras), powoduje również istotne trudności organizacyjne po stronie Wykonawcy który nie jest w stanie realnie zaplanować realizacji zamówienia. Wedle art. 99 ust. 1. PZP Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Analogicznie zgodnie z art. 16 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Odwołujący powołał się na stanowisko izby wyrażone w orzecznictwie, zgodnie z którym opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidując w ramach OPZ po swojej stronie uprawnienie do zobowiązania Zamawiającego realizacji całości (lub nieokreślonej części) zamówienia za pośrednictwem stacji przeładunkowej dopuścił się wieloznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia nie pozwalającego na realną kalkulację przez wykonawców oferty ze szczególnym uwzględnieniem ilości sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, ilości czynności niezbędnych do jego wykonania, kosztów paliwa,

zaangażowania czasowego pracowników oraz sprzętu. W ocenie Odwołującego opisany powyżej obowiązek winien być usunięty z SWZ – i zastąpiony uprawnieniem wykonawcy do skorzystania ze stacji tudzież doprecyzowany w sposób opisany we wnioskach *petitum*.

Ad zarzutu opisanego w pkt b) *petitum* odwołania.

Niezależnie od uwag poczynionych powyżej odnośnie niejasności regulacji OPZ dot. stacji przeladunkowej odnieść należy się również do ich niekonkurencyjnego w ocenie wykonawcy charakteru.

Odwołujący wskazał, że jak wynika rozdziału XII OPZ ust. 4 – iż:

- „Zamawiający może zobowiązać Wykonawcę do realizacji zamówienia z wykorzystaniem stacji przeladunkowej zapewnianej przez Zamawiającego;

W tym w szczególności iż:

- „Uprawnienie o którym mowa w poprzednim zdaniu: dotyczy stacji przeladunkowej: położonej na działce o numerze ewidencyjnym 32/3, obręb Polska Wieś, miejscowość Borówko, gmina Pobiedziska, powiat poznański, województwo wielkopolskie, obsługiwanej przez Zamawiającego lub podmiot wyznaczony przez Zamawiającego. Obsługa stacji przeladunkowej obejmuje m.in. nadzór nad czynnościami wyładowniczymi i załadowniczymi.

Odwołujący podniósł, że w Miejscowości Borówko, gmina Pobiedziska, powiat poznański, województwo wielkopolskie – znajduje się składowisko odpadów i PSZOK wykorzystywany przez Zakład Komunalny w Pobiedziskach Sp. z o. o. – podmiot zajmujący się m. in. Zbieranie Odpadów Innych Niż Niebezpieczne – którego to całość udziałów posiada Gmina Pobiedziska – tj. Zamawiający. Odnosząc się do powyższego podnieść należy, iż niezależnie od tego czy stacja przeladunkowa położonej na działce o numerze ewidencyjnym 32/3, obręb Polska Wieś, miejscowość Borówko, gmina Pobiedziska, powiat poznański, województwo wielkopolskie, na chwilę obecną wykorzystywana jest przez Zakład Komunalny w Pobiedziskach Sp. z o. o. czy też jest to niezależna od obecnej infrastruktury przedsiębiorcy nieruchomość – to podmiot ten ma z perspektywy obowiązku o którym mowa w rozdziale XII OPZ ust. 4 oczywistą korzyść w porównaniu z innymi konkurentami. Odwołujący podkreślił, iż każdy z innych podmiotów zainteresowanych Zamówieniem, nie posiadający infrastruktury na terenie miejscowości Borówko zmuszony jest przy uwzględnieniu uprawnienia Zamawiającego z rozdziału XII OPZ ust. 4 do kalkulowania ewentualnych (zależnych od oświadczenia Zamawiającego) zwiększonych kosztów realizacji zamówienia związanych z wprowadzeniem do trasy

„baza wykonawcy -> wytwórca odpadów -> podmiot gospodarujący odpady”,

(gdzie „->” oznacza podróż od punktu poprzedzającego do punktu następującego)

Wymaganych przez uprawnienie z rozdziału XII OPZ ust. 4 dodatkowych kroków w postaci: „baza wykonawcy -> wytwórca odpadów -> baza przeładunkowa Borówko, czynności rozładunku na bazie Borówko, czynności załadunku na bazie Borówko -> podmiot gospodarujący odpady”.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 99 ust. 4 PZP „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”. Analogicznie wedle art. 16 ust 1 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w uchwale z dnia 12 września 2019 r. KIO/KD 58/19.

Odwołujący wskazał, że o ile obowiązek o którym mowa w rozdziale XII ust. 4 OPZ nie powoduje ograniczenia konkurencji do jednego produktu na rynku to zdecydowanie ogranicza on konkurencje na korzyść jednego podmiotu i to bezpośrednio kontrolowanego przez Zamawiającego tj. Zakład Komunalny w Pobiedziskach Sp. z o.o. który mając już infrastrukturę na terenie miejscowości Borówko jest niewrażliwy na utrudnienia organizacyjne związane z ewentualnym skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnienia z rozdziału XII ust. 4 OPZ.

Ad zarzutu opisanego w pkt c) *petitum* odwołania.

Odwołujący podkreślił, że cena paliwa jest istotnie jednym z istotnych części składowych determinujących koszty odbioru i zagospodarowania odpadów. Niemniej jednak w ocenie Odwołującego narzucony przez Zamawiającego model waloryzacji w oparciu o cenę paliw, w którym to jednak:

- Ograniczono waloryzację jedynie do 1% wynagrodzenia
- Dopuszczono waloryzację jedynie w zakresie 2024 r. tj. w okresie opcyjnym

narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego dopuszczalny zakres waloryzacji jest zbyt niski (1%) oraz zbyt odłożony w czasie, w stopniu w jakim uznać go należy za całkowicie irrelevantny. W

ocenie wykonawcy przy tak skonstruowanych postanowieniach waloryzacyjnych w praktyce nie będzie możliwe w ramach postanowień waloryzacyjnych- zrealizowanie celu, jakiemu służyć ma przepis art. 439 Pzp, co świadczy wręcz o pozornym wypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 439 ust. 1 Pzp. Odwołujący podniósł, że klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp, ma kluczowe znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia, zatem jej postanowienia powinny być nie tylko precyzyjne, ale też adekwatne do celu, jakiemu klauzula ma służyć. Odwołujący wskazał, że usługi objęte przedmiotem zamówienia należą do tzw. usług „niskomarżowych”. W sytuacji, gdy Zamawiający decyduje o tym, że wykonawca będzie uprawniony do zmiany wynagrodzenia dopiero od 2024 roku i to wyłącznie o 1% cen jednostkowych to postanowienia takie dokumentacji w rzeczywistości prowokują sytuację, w której wykonawca (w dłuższej perspektywie czasowej) będzie musiał świadczyć usługę poniżej rzeczywistych kosztów, zanim w ogóle będzie możliwa zmiana jakakolwiek zmiana wynagrodzenia, jak również później; bo dla zmiany odpowiadającej realnemu wzrostowi cen materiałów i kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie ma przy takich postanowieniach umownych przestrzeni. Odwołujący zwrócił uwagę na rekordowo wysoki i wciąż rosnący poziom inflacji podnosząc iż aktualnie polska gospodarka zmaga się z najwyższym poziomem inflacji od blisko 22 lat, a skutków tego zjawiska nie sposób przewidzieć, połączenie z niską marżą wykonawców świadczących usługi odbioru odpadów komunalnych, wskazuje na to, że narzucony przez Zamawiającego schemat waloryzacji wynagrodzenia nie pozwala ani na odpowiednio szybkie dostosowanie umowy do nowej rzeczywistości, ani w ogóle nie pozwala na dostosowanie umowy do realnych warunków jej wykonania, narażając wykonawcę na rażącą stratę – nawet w przypadku całkowicie poprawnego i przykładowego wykonania umowy. Odwołujący argumentował, że choć wprowadzenie maksymalnej wartości zmian wynagrodzenia jest konieczne, nie tylko ze względu na brzmienie przepisów Pzp, ale także z uwagi na funkcjonowanie Zamawiającego w oparciu pewne plany finansowe, to jednak działanie to nie może być dowolne. Wręcz przeciwnie, działanie Zamawiającego musi uwzględniać nie tylko jego interes gospodarczy, ale także realizować cel, jakiemu służy wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych do kontraktu. Zamawiający w każdym przypadku powinien więc wziąć pod uwagę znane mu (w momencie przygotowania postępowania) warunki rynkowe, które obecnie są bardzo niestabilne, i planowany czas realizacji kontraktu. W tych warunkach, mając na uwadze choćby poziomy inflacji, ograniczenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do zaledwie 1% wynagrodzenia brutto całkowitej wartości przedmiotu umowy, rodzi wysokie prawdopodobieństwo, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że przewyższy zakładany przez Zamawiającego próg przed zakończeniem kontraktu, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, że istotą waloryzacji jest dostosowanie wysokości wynagrodzenia do realnych kosztów wykonania usługi w przypadku, gdy wysokość kosztów ulega zmianie niezależnie od woli i działań stron umowy. Z tych powodów nie jest dopuszczalne, aby waloryzacja limitowana była poprzez wprowadzanie przedziałów czasowych – po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, czy też po upływie 6 miesięcy od daty ostatniej waloryzacji - jak to uregulował Zamawiający w SWZ. Utrzymanie bowiem takich postanowień jedynie pogłębia pozorność realizacji obowiązku ustawowego jaki spoczywa na Zamawiającym na podstawie art. 439 ustawy Pzp. Nie dość, że wskazane w postanowieniach dokumentacji Postępowania wartości procentowe powodują w istocie wyłączenie waloryzacji wynagrodzenia, to dodatkowo ograniczenie przeprowadzenia waloryzacji w określonych przedziałach czasowych potęguje wadliwość i pozorność czynności, jaką podjął w tym Postępowaniu Zamawiający, regulując kwestie dotyczące waloryzacji wynagrodzenia umownego.

W związku z tym, że projektowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna nie jest dostosowana do realiów kontraktu i zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej, w ocenie Odwołującego nie odpowiada ona tym samym wymogom art. 439 ustawy Pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu i stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie, a co najmniej stanowi o pozornym ich wypełnianiu. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje także Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu kosztów, a co najmniej dążenie do maksymalnego ograniczenia takich sytuacji kosztem wykonawcy, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i stanowi naruszenie przepisu art. 353¹ k.c. i 5 k.c. Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone w orzecznictwie Izby oraz w doktrynie. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady proporcjonalności, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. W tym kontekście naruszenie zasady proporcjonalności Odwołujący wiąże z przerzuceniem na wykonawcę zbyt dużego ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, co nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Pzp ani k.c. Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją omawianych naruszeń jest także naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Należy podkreślić, że istotą zasady efektywności jest osiągnięcie najlepszych efektów za jak najniższą cenę, tzw. *best value for money*. Czynności i zaniechania Zamawiającego, które skutkują podniesieniem cen przez wykonawców z uwagi na konieczność wycenienia ryzyka, z pewnością naruszają tę zasadę. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie

ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż przedmiotem konkurowania między wykonawcami staje się sposób wyceny ryzyka wzrostu kosztów realizacji umowy. W świetle powyższego za zasadny uznać należy postulat Odwołującego w zakresie dotyczącym zmiany projektowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej.

Odwołujący wskazał również, że w orzecznictwie sądów powszechnych zwraca się przy tym uwagę, że: treść zasad współżycia społecznego nie jest zdefiniowana. Podkreśla się, że przy uwzględnieniu, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania.” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, sygn. akt: I ACa 454/20, LEX nr 3189604). Do takich reguł niewątpliwie należeć będą zasady słuszności, zasady uczciwego obrotu, zasady uczciwości czy zasady lojalności (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 listopada 2019 r., sygn. akt: I ACa 1106/18, LEX nr 3122714). Odwołujący zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym odmowa wprowadzenia realnej i odpowiadającej istniejącym warunkom rynkowym klauzuli waloryzacyjnej, stanowić będzie próbę przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożność realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie w warunkach siły wyższej, co jest działaniem moralnie nagannym i nieetycznym, całkowicie naruszającym zasadę równości stron postępowania, a w konsekwencji sprzecznym z zasadami współżycia społecznego.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinność ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i warunków zamówienia. Zasada przejrzystości, w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by Wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego skalkulowania, przygotowania i złożenia oferty w Postępowaniu oraz oszacowania kosztów realizacji ze świadomością zapewnienia ich pokrycia przez Zamawiającego w przypadku niezależnych od wykonawcy wzrostów poszczególnych istotnych kosztów realizacji umowy.

Ad zarzutu opisanego w pkt d) *petitum* odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z Rozdziałem VII OPZ oraz § 10 ust. 1 pkt 27 i 28 § 2 ust. 8 PPU Zamawiający obciążył Wykonawcę obowiązkami osiągnięcia określonych poziomów ponownego użycia i recyklingu, jak również obowiązkiem ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji i przekazywanych do składowania; które to dodatkowo obarczył ww. obowiązkiem karą umowną której redakcja sugeruje oderwanie od winy oraz oparcie na zasadzie ryzyka.

W ocenie Odwołującego przywołane powyżej zapisy nie uwzględniają okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności specyfiki realizacji umowy, czyniąc je w praktyce niewykonalnym a dodatkowo przewidują naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane jakkolwiek z prawidłowym wykonaniem zamówienia, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 433 pkt 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego i art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podniósł, że Zobowiązanie w zakresie Recyklingu jak i Zobowiązanie w zakresie ograniczenia masy odpadów pozostają w rzeczywistości zobowiązaniami nałożonymi na Zamawiającego na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. W świetle omawianej dokumentacji Postępowania Zamawiający stara się „przerzucić” te zobowiązania na wykonawcę, pomimo tego, że ten nie posiada tak istotnego (jak Zamawiający) wpływu na sposób gospodarowania odpadami i pozostaje tylko jednym (z wielu) podmiotów zaangażowanych w cały system gospodarki odpadami. Zdaniem Odwołującego obciążenie wykonawcy zarówno Zobowiązaniem w zakresie Recyklingu jak i Zobowiązaniem w zakresie ograniczenia masy odpadów budzi jeszcze poważniejsze wątpliwości natury prawnej biorąc pod uwagę fakt, że redakcja rozdziału VII OPZ w szczególności ust 3 i 4 oraz korespondujących z nimi kar umownych sugeruje, że wywiązanie się z tych zobowiązań nie będzie zależne od zawinienia wykonawcy a jego odpowiedzialność będzie miała w tym przypadku charakter odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, uwzględniającego także konsekwencje wynikające z działań innych podmiotów biorących udział w systemie gospodarki odpadami (np. podmioty prowadzące punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych czy inne podmioty zbierające odpady komunalne).

Odwołujący wyjaśnił, że według posiadanych przez niego informacji, powyższe stanowi pierwszy tego typu przypadek w Polsce, w którym podmiot prowadzący postępowanie na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów kształtuje przyszły stosunek prawny w sposób tak rażąco niekorzystny dla wykonawcy i w żaden sposób nieproporcjonalny w stosunku do celu, który Zamawiający zamierzał osiągnąć tym zapisem.

Odnosząc się do Zobowiązania w zakresie Recyklingu, Odwołujący wskazał, że sposób obliczania wskazanych powyżej poziomów przygotowania odpadów do ponownego

użycia i recyklingu reguluje szczegółowo Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych („Rozporządzenie w sprawie obliczania poziomów recyklingu”). Zgodnie ze wzorem zawartym w §3 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie obliczania poziomów recyklingu, poziom ten oblicza się odnosząc łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do łącznej masy wytworzonych odpadów komunalnych zgodnie z poniższym wzorem:

$$P = \frac{Mr}{Mw} \times 100$$

gdzie:

P - oznacza poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, wyrażony w %,

Mr - oznacza łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażoną w Mg,

Mw - oznacza łączną masę wytworzonych4 odpadów komunalnych, wyrażoną w Mg.

Z powyższego wzoru wynikają dwa logiczne wnioski uwzględniające zależności pomiędzy poszczególnymi jego elementami (dzielnikiem i dzielną).

Po pierwsze, im większa jest ilość wytworzonych odpadów komunalnych tym trudniej będzie osiągnąć wymagane treścią Rozporządzenia poziomy. Ustawodawca mianem odpadów wytworzonych określa bowiem wszystkie strumienie komunalne, które mogą zostać wytworzone na terenie gminy, nawet te nieobjęte przedmiotem niniejszego zamówienia. Niestety, nawet te grupy wytworzonych odpadów będą miały wpływ na ewentualne osiągnięcie poziomów przez gminę, głównie z uwagi na świadczenie usług przez inne podmioty wpisane do rejestru działalności regulowanej zobowiązane do sprawozdawczości na podstawie, której gmina przygotowuje swoje sprawozdanie. Mowa tu o podmiotach wskazanych w ust. 5 Rozporządzenia w sprawie obliczania poziomów recyklingu: w przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne: 1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne.

Po drugie, im większa będzie ilość odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi(które będą uwzględniane w liczniku omawianego wzoru), tym łatwiej będzie osiągnąć wymagane poziomy.

Zdaniem Odwołującego odnosząc powyższe do specyfiki usługi będącej przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, można łatwo zauważyć, że

przecież wykonawca nie będzie miał wyłącznego wpływu na to, czy omawiane poziomy będą w rzeczywistości spełnione czy nie.

Największy wpływ na powyższe zobowiązanie mają sami mieszkańcy czy gmina (tutaj: Zamawiający), która zobowiązana jest tak sformułować akty prawa miejscowego (np. częstotliwość odbioru dostosowana do danej frakcji, rodzaj stosowanych pojemników), aby można było ten poziom osiągnąć. Oczywiście nie można również w całym systemie pominąć roli wykonawcy (podmiot odbierający odpady komunalne), ale bardzo duże znaczenie w tym systemie mają również inne podmioty działające na podstawie art. 9g UCPG (tj. podmioty, które w przyszłości będą miały zawarte indywidualne umowy z właścicielami nieruchomości niezamieszkałych), podmioty prowadzące punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych („PSZOK”), czy podmioty zbierające odpady komunalne (np. skupy surowców wtórnych). Oczywiście jest, że wykonawca w żaden sposób nie może wpłynąć na zmniejszenie ilości wytwarzanych odpadów przez mieszkańców Gminy Pobiedziska, które do ponownego użycia i poddania ich recyklingowi będą się nadawały, co w konsekwencji zwiększyłoby szanse osiągnięcia pożądanego poziomu. Także oczywiście jest, że wykonawca jako jeden z podmiotów systemu gospodarowania odpadami nie ma żadnego wpływu na ilości odpadów przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi w odniesieniu do odpadów odbieranych (także np. przez inny podmiot na podstawie przywołanego powyżej art. 9g UCPG) czy zbieranych przez innych „uczestników” systemu gospodarowania odpadami (podmioty zbierające czy PSZOK). Przykładowo, dany odpad wpływający korzystnie na prawdopodobieństwo osiągnięcia poziomu recyklingu (np. papier) może zostać odebrany bezpośrednio przez wykonawcę (wówczas ten odpad „przybliży” wykonawcę do osiągnięcia wymaganego parametru), ale może też zostać zawieszony przez tego mieszkańca do PSZOK, czy podmiotu zbierającego i wówczas nie będzie on brany pod uwagę w strumieniu odpadów, za który odpowiada wykonawca. Nie można także zapomnieć o organizowanych zbiórkach makulatury, nakrętek czy innych surowców w placówkach oświatowych, co również ma istotny wpływ na ubytek strumienia frakcji poddawanej recyklingowi, którą wykonawca miałby potencjalnie odbierać u źródła. Wykonawca oczywiście nie ma żadnego wpływu na to, co z tym przykładowym odpadem zrobi mieszkaniec.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, próba obciążenia omawianymi zobowiązaniami wykonawcy jest tym bardziej nieuzasadniona.

Odnosząc się do Zobowiązania w zakresie ograniczenia masy odpadów, Odwołujący wskazał, że sposób obliczania wskazanych powyżej poziomów masy odpadów komunalnych, ulegających biodegradacji i przekazywanych do składowania reguluje szczegółowo Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji

(„Rozporządzenie w sprawie ograniczenia masy odpadów”). Wzór na osiągnięcie omawianych parametrów znajduje się w załączniku nr 2 do Rozporządzenia w sprawie ograniczenia masy odpadów. Analizując ten wzór ponownie należy zauważyć, że istotny wpływ na osiągnięcie tego parametru będzie miał strumień odpadów zmieszanych, na który wykonawca nie ma istotnego wpływu. Powyższe uwzględnia też różne frakcje odpadów, które pozostają w ogóle poza zakresem umowy z wykonawcą (np. tekstylia, oleje i tłuszcze jadalne, drewno inne niż wymienione w kodzie 20 01 37). To Zamawiający podejmuje w zakresie tych odpadów decyzje w zakresie ich zagospodarowania a w konsekwencji próba obciążenia wykonawcy odpowiedzialnością za brak osiągnięcia wymaganych parametrów nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. W pozostałym zakresie argumentacja Odwołującego dotycząca Zobowiązania w zakresie Recyklingu znajduje odpowiednie zastosowanie. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę omawianych zapisów (tj. zarówno Zobowiązania w zakresie Recyklingu jak i Zobowiązania w zakresie ograniczenia masy odpadów z dokumentacji Postępowania) oraz wykreślenie kar umownych przewidzianych w PPU. Podkreślenia wymaga, iż o ile od wykonawcy uprawnione jest wymaganie działania profesjonalnego oraz wspierania zamawiającego w wypełnianiu przez niego obowiązków na niego nałożonych ustawą, nie sposób zaaprobować oderwanego od winy przerzucenia przez Zamawiającego obowiązków na wykonawcę który to jest jedynie jednym z wielu niezależnych elementów systemu gospodarowania odpadami.

W złożonej pismem z 11 sierpnia 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut opisany w pkt II lit. c) ppkt i) *petitum* odwołania, natomiast w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W złożonym piśmie procesowym z 15 sierpnia 2022 r. Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut opisany w pkt II lit c) ppkt ii) *petitum* odwołania. W pozostałym zakresie, tj. zarzuty opisane w pkt II, lit a), b) oraz d) *petitum* odwołania, Odwołujący podtrzymał odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą zainteresowanym udziałem w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego, w ustawowym terminie, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

W zakresie zarzutu opisanego w pkt II lit. c) ppkt i) *petitum* odwołania, postępowanie odwoławcze zostało umorzone, z uwagi na złożenie w odpowiedzi na odwołanie, przez Zamawiającego oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w tej części.

Co do zarzutu opisanego w pkt II lit. c) ppkt ii) *petitum* odwołania, postępowanie odwoławcze zostało umorzone wobec wycofania przez Odwołującego tego zakresu odwołania.

W pozostałym zakresie, podtrzymanym przez Odwołującego, odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie załącznika nr 1 do SWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”), Izba ustaliła co następuje:

„1. Przyjęte w OPZ dane dotyczące ilości, w szczególności w zakresie informacji dotyczących nieruchomości, pojemników, worków oraz odpadów (wielkości strumienia odpadów komunalnych, w tym również ich poszczególnych frakcji) stanowią jedynie przybliżone wartości, ustalone w oparciu o dane historyczne (własne i operatora działającego na rzecz Zamawiającego – od 2022 r. i uzyskane od ZM GOAP oraz operatora działającego na jego rzecz – do 2022 r.). Dane zostały zebrane, zweryfikowane i przedstawione przy dochowaniu należytej staranności, w szczególności przy uwzględnieniu danych historycznych oraz możliwych do przewidzenia zjawisk wpływających dezaktualizująco na dotychczasowy stan, w tym z uwzględnieniem ewentualnych nieprawidłowości w danych przedstawionych przez dotychczasowego operatora.

2. Wszystkie ilości minimalne, maksymalne lub gwarantowane są wskazywane w sposób wyraźny przez Zamawiającego, jako posiadające taki charakter.

3. *W przypadku powstania wątpliwości interpretacyjnych co do charakteru danej informacji o ilości, wielkości lub innej danej liczbowej, należy przyjąć, że ma ona charakter szacunkowy i prognostyczny.*” (vide: Rozdział III OPZ).

„1. *Zamówienie:*

1) *w zakresie realizacji usług odbioru i transportu odpadów komunalnych, wykonywane będzie:*

a) *od dnia 1 stycznia 2023 r. do dnia 31 grudnia 2023 r. (okres podstawowy) – przy zastrzeżeniu uprawnienie o którym mowa w ust. 3 poniżej,*

b) *od dnia 1 stycznia 2024 r. najdłużej do dnia 31 grudnia 2024 r. (okres opcyjny) – przy zastrzeżeniu reguł dotyczących prawa opcji wyrażonych w §13 Wzoru umowy,(...)” (vide: Rozdział IV OPZ).*

„3) *przed dniem rozpoczęcia realizacji usług odbioru, transportu i przekazywania do zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest podjąć wszelkie czynności przygotowawcze warunkujące należyte, w tym terminowe realizowanie usług odbioru, transportu i przekazywania do zagospodarowania odpadów komunalnych, w szczególności: (...)*

b) *zapewnić odpowiedni zasób kadrowy oraz sprzętowy, nie mniejszy niż minimalny zasób wymagany przez Zamawiającego lub zadeklarowany przez Wykonawcę i niezbędny dla prawidłowego rozpoczęcia i kontynuowania realizacji usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych,*

c) *zapewnić miejsce zbierania odpadów, które Wykonawca zamierza wykorzystywać przy realizacji zamówienia,*

d) *zapewnić miejsce zagospodarowania odpadów w których nastąpi zagospodarowanie odpadów, za wyjątkiem miejsca zagospodarowania odpadów zapewnianego przez Zamawiającego, (...)” (vide: Rozdział IV OPZ).*

„4. *Transport odpadów komunalnych obejmuje usługę przewozu, środkami pozostającymi w dyspozycji Wykonawcy (również na podstawie umowy z innymi podmiotami) odpadów komunalnych z:*

1) *MGO do miejsca zbierania odpadów komunalnych, którymi mogą być:*

a) *właściwa instalacja, w której może nastąpić zbieranie odpadów,*

b) *stacja przeładunkowa, w której nastąpi zbieranie odpadów przed ich przekazaniem do właściwej instalacji*

które dalej i powyżej łączne zwane są „miejscami zbierania odpadów” a miejsca wskazane (co do kategorii i rodzaju) powyżej w lit a) samodzielnie „miejscami zagospodarowania odpadów”.

2) *miejsca zbierania odpadów komunalnych do instalacji (miejsca zagospodarowania odpadów komunalnych) jeżeli odpady będą zbierane w innym miejscu niż miejsce zagospodarowania odpadów.” (vide: Rozdział V OPZ).*

W Rozdziale VI OPZ zostały opisane warunki lokalne miejsca odbioru odpadów komunalnych, w tym szacunkowa liczba nieruchomości z których nastąpi odbiór odpadów komunalnych w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem VII OPZ: „3. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji Usług w sposób zapewniający osiągnięcie wymaganych kontraktowo, minimalnych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu następujących frakcji odpadów komunalnych odebranych w toku realizacji zamówienia (w konkretnym wskazanym poniżej roku realizacji zamówienia):

- 1) *szkło białe (kody: 15 01 07, 20 01 02),*
- 2) *szkło kolorowe (kody: 15 01 07, 20 01 02),*
- 3) *papier (kody: 15 01 01, 20 01 01),*
- 4) *tworzywa sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe (kody: 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 39, 20 01 40),*
- 5) *bioodpady (kody: 20 02 01, 20 01 08)*
- 6) *odpady wielkogabarytowe (kody: 20 03 07),*
- 7) *zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (20 01 35 *, 20 01 36).*

Minimalny poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu ww. frakcji odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę w ramach realizacji zamówienia w:

- 1) *2023 r. wynosi 35% wagowo,*
- 2) *2024 r. wynosi 45% wagowo.*
4. *Poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu będą obliczane jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy odebranych przez Wykonawcę odpadów komunalnych (frakcji wymienionych w ust. 3 powyżej) oraz z wykorzystaniem mechanizmu obliczeniowego wynikającego z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu*

odpadów komunalnych (w brzmieniu na dzień otwarcia ofert), właściwego dla podmiotu o którym mowa w art. 9g u.c.p.g. (odbierającego odpady komunalne w oparciu o umowę).

5. *Wykonawca zobowiązany jest do realizacji Usług w sposób zapewniający, że masa bioodpadów przekazanych do składowania, nie przekroczy 35% wagowo, w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 r.*

6. *Poziom składowania oblicza się z wykorzystaniem mechanizmu obliczeniowego wynikającego z Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczenia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (w brzmieniu na dzień otwarcia ofert), właściwego dla podmiotu o którym mowa w art. 9g u.c.p.g. (odbierającego odpady komunalne w oparciu o umowę).*

7. *Wymogi o których mowa w ust. 3 i 5 będą ustalane z uwzględnieniem wielkości (wagi) strumienia odpadów odebranych odpowiednio w 2023 r. i 2024 r., przez Wykonawcę. (...)*

W Rozdziale IX OPZ zostały opisane szczegółowe zasady postępowania w przypadku stwierdzenia nieprawidłowej zbiórki odpadów, z którego wynika obowiązek wykonawcy do kontroli prawidłowego deponowania odpadów przez właścicieli nieruchomości, poprzez kontrolę spełniania wymagań dotyczących sposobu prowadzenia selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Jak wynika z tych postanowień: „2. *Kontrola powinna obejmować w szczególności, zgodność zdeponowanego w pojemniku lub worku odpadu z przeznaczeniem pojemnika lub worka.*” oraz „*Wykonawca zobowiązany jest do zweryfikowania czy odpady zdeponowane w pojemniku lub worku stanowią odpad komunalny (...)*”. W związku z powyższym, wykonawca jest zobowiązany do przekazywania Zamawiającemu niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 3 dni roboczych, informacji o nieruchomościach, których właściciele nie wywiązują się z obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych lub deponują w pojemnikach / workach odpady inne niż odpady komunalne.

Na podstawie Rozdziału XII w brzmieniu nadanym modyfikacją z 8 sierpnia 2022 r. Izba ustaliła, że:

„1. *Odpady odebrane w toku realizacji zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do zagospodarowania do miejsca zagospodarowania:*

- 1) *zapewnianego przez Wykonawcę (dotyczy wszystkich frakcji odpadów za wyjątkiem niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych),*
- 2) *zapewnianego przez Zamawiającego (dotyczy niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych). Zamawiający wskazuje następujące miejsce zagospodarowania: Instalacja Termicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Poznaniu.*

2. Przekazanie odpadów komunalnych do miejsca ich zagospodarowania może nastąpić:

- 1) bezpośrednio,
- 2) za pośrednictwem miejsca zbierania odpadów.

3. Zamawiający dozwala Wykonawcy na wykorzystanie stacji przeładunkowej zapewnianej przez Wykonawcę, w procesie logistycznym realizacji zamówienia, z zastrzeżeniem, że wykorzystanie stacji przeładunkowej jest warunkowane:

- 1) zamontowaniem na stacji przeładunkowej legalizowanej wagi najazdowej, na której następować będzie ważenie pojazdów przywożących odpady komunalne odebrane w toku realizacji zamówienia,
- 2) zapewnieniem przez Wykonawcę aby stacja przeładunkowa spełnia wszelkie prawem przewidziane wymagania dla tej kategorii obiektu (w tym dla pełnienia przez nią funkcji stacji przeładunkowej dla stosownych kategorii frakcji odpadów),
- 3) zapewnieniem przez Wykonawcę że operator stacji przeładunkowej będzie posiadał wszelkie prawem wymagane uprawnienia warunkujące dopuszczalność przyjęcia odpadów komunalnych, a wykorzystanie stacji przeładunkowej, z uwzględnieniem przyjętych zamierzeń logistycznych, będzie prawnie dozwolone,
- 4) w przypadku odpadów o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 u.o., zapewnieniem przez Wykonawcę, że stacja przeładunkowa prowadzona jest przez podmiot o którym mowa w art. 23 ust. 10 u.o.

4. Niezależnie od uprawnienia, o którym mowa powyżej w ust. 3, Zamawiający może zobowiązać Wykonawcę do realizacji zamówienia z wykorzystaniem stacji przeładunkowej zapewnianej przez Zamawiającego. Uprawnienie o którym mowa w poprzednim zdaniu:

- 1) dotyczy stacji przeładunkowej:
 - a) pozostającej w bezpośredniej lub pośredniej dyspozycji Zamawiającego, która będzie mogła być wykorzystana, w tym zgodnie z prawem, w ramach realizacji Usług,
 - b) która będzie wykorzystywana wyłącznie na potrzeby realizacji zamówienia, z wyłączeniem odbiorów zastępczych realizowanych w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez Wykonawcę,
 - c) prowadzonej przez podmiot posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych w ilości do 3.000 Mg/rok.
 - d) obsługiwanej przez Zamawiającego lub podmiot wyznaczony przez Zamawiającego. Obsługa stacji przeładunkowej obejmuje m.in. nadzór nad czynnościami wyładowczymi i załadowniczymi,
 - e) otwartej w dniach od poniedziałku do piątku w godzinach w godzinach od 6:00 do 20:00 oraz w sobotę w godzinach od 6:00 do 15:00,

f) położonej na działce o numerze ewidencyjnym 32/3, obręb Polska Wieś, miejscowość Borówko, gmina Pobiedziska, powiat poznański, województwo wielkopolskie,

g) wyposażonej w rampę załadunkowo- wyładowniczą, boksy i infrastrukturę techniczną,

h) którą planuje się wyposażyć w:

- boks nr 1 o objętości użytkowej $10,0 \text{ m} \times 8,0 \text{ m} \times 3,0 \text{ m} = 240,0 \text{ m}^3$ do magazynowania odpadów papieru i makulatury

- boks nr 2 o objętości użytkowej $10,0 \text{ m} \times 8,0 \text{ m} \times 3,0 \text{ m} = 240,0 \text{ m}^3$ do magazynowania odpadów tworzyw sztucznych i metali;

- boks nr 3 o objętości użytkowej $10,0 \text{ m} \times 8,0 \text{ m} \times 3,0 \text{ m} = 240,0 \text{ m}^3$ do magazynowania odpadów szkła białego;

- boks nr 4 o objętości użytkowej $10,0 \text{ m} \times 8,0 \text{ m} \times 3,0 \text{ m} = 240,0 \text{ m}^3$ do magazynowania odpadów szkła kolorowego;

- boks nr 5 o objętości użytkowej $10,0 \text{ m} \times 8,0 \text{ m} \times 3,0 \text{ m} = 240,0 \text{ m}^3$ do magazynowania odpadów biodegradowalnych;

- boks nr 6 o objętości użytkowej $10,0 \text{ m} \times 8,0 \text{ m} \times 3,0 \text{ m} = 240,0 \text{ m}^3$ do magazynowania odpadów wystawowych;

- rampę załadowniczo – wyładowniczą o wymiarach ok. $20,0 \text{ m} \times$ ok. $20,0 \text{ m}$, powierzchni ok. $400,0 \text{ m}^2$, wysokości $2,7 \text{ m}$ od poziomu gruntu, zadaszona (dach na wysokości $4,0 \text{ m}$ nad koroną rampy), otoczona z trzech stron siatką wychwytną, od strony wyładowniczej wyposażona w ograniczniki ruchu od krawędzi. Projektowana rampa przeznaczona będzie do przeładowywania odpadów, na rampę będą wjeżdżać samochody typu śmieciarka z segregowanymi odpadami komunalnymi i wysypywać (według rodzaju odpadów) do właściwego prasokontenera lub na łyżkę ładowarki umieszczonej poniżej. Po zapełnieniu prasokontenera lub zebrania w boksie logistycznej ilości odpadów, będą one przewożone do miejsca ich przetwarzania,

- drogę dojazdową o szerokości ok. $6,0 \text{ m}$, długości ok. $27,0 \text{ m}$, nachyleniu podjazdu 10% , powierzchni ok. $162,0 \text{ m}^2$;

- place manewrowe o powierzchni $1.203,0 \text{ m}^2$ (kostka betonowa z izolacją) z wpustami drogowymi do zbierania wód opadowych i roztopowych w ilości 8 sztuk;

- drogi dojazdowe do stacji przeładunkowej od części technicznej składowiska i od wjazdu na terenie zakładu o szerokości ok. $4,0 \text{ m}$, powierzchni ok. $1.277,7 \text{ m}^2$

2) może nastąpić:

a) na cały okres realizacji zamówienia, jak i wyłącznie na część tego okresu,

b) w zakresie wszystkich frakcji odpadów komunalnych których dotyczą Usługi, jak również w zakresie wyłącznie niektórych frakcji odpadów komunalnych,

- c) w sposób zapewniający ewidencjonowalność przyjęcia, przechowania i wydania odpadów Wykonawcy.
- d) po wyznaczeniu przez Zamawiającego okresu początkowego rozpoczęcia wykorzystywania stacji przeładunkowej, który nie będzie krótszy niż 30 dni od dnia skierowania oświadczenia do Wykonawcy,
- e) po wyznaczeniu Wykonawcy 14 dniowego terminu na wyrażenie stanowiska w zakresie optymalnego sposobu wykorzystania, udostępnionej stacji przeładunkowej oraz zidentyfikowanych problemów z jej wykorzystaniem, w tym w zakresie ewentualnej konieczności dostosowania sprzętu i wynikających z tego ewentualnych kosztów dodatkowych,
- f) z zastrzeżeniem dozwolenia Wykonawcy na wykorzystanie całej dostępnej przepustowości stacji przeładunkowej, chyba że będzie ona większa niż ilość odpadów (w tym poszczególnych frakcji), które Wykonawca będzie zobowiązany odebrać w toku realizacji zamówienia,
- g) z założeniem trwałości wykorzystania stacji przeładunkowej w całym zakresie wolumenu odpadów, który pozostaje do odebrania przez Wykonawcę, przy zastrzeżeniu uzgodnień o których mowa w ust. 5 poniżej,
- h) jednokrotnie w toku realizacji zamówienia, z możliwością cofnięcia obowiązku korzystania ze stacji przeładunkowej za porozumieniem stron lub mocą czynności jednostronnej Zamawiającego w przypadku nienależytego wykorzystywania stacji przeładunkowej przez Wykonawcę,
- h) z uwzględnieniem efektywności wykorzystywania stacji przeładunkowej, w tym wpłynięcia jej wykorzystywania na oszczędność wydatkowania środków finansowych na realizację zamówienia oraz ograniczenia kosztów funkcjonowania systemu gospodarki odpadami komunalnymi Miasta i Gminy Pobiedziska,
- i) z uwzględnieniem ewentualnej konieczności zmiany miejsc zbierania odpadów zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie, a następnie wskazanych w umowie i wyrażeniu zgody na zmianę umowy w tym zakresie, o ile miejsce zbierania odpadów będzie spełniało wymagania ustanowione w dokumentach zamówienia”.

Zgodnie z §2 ust. 8 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ:

„8. Realizacja zamówienia musi nastąpić w sposób zmierzający do osiągnięcia przez Miasto i Gminę Pobiedziska odpowiednich poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz zmierzający do zapewnienia ograniczenia masy odpadów komunalnych przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3b i 3c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, (dalej: „u.c.p.g.”), w okresie realizacji zamówienia, w szczególności poprzez osiągnięcie przez

Wykonawcę poziomów minimalnych o których mowa w Rozdziale VII ust. 3 i 5 OPZ, jak również przy niepodejmowaniu działań kolidujących z powyższym, oraz zgodny z aktami prawa, w tym aktami prawa miejscowego, w szczególności:

- 1) u.c.p.g.,
- 2) ustawą z dnia z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej: „u.o.”),
- 3) ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (dalej: „P.o.ś”),
- 4) Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
- 5) Uchwałą nr XLIII/376/2021 Rady Miejskiej Gminy Pobiedziska z dnia 23 września 2021 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Pobiedziska , zwaną dalej: „Regulaminem”,
- 6) Uchwałą nr XLIII/377/2021 Rady Miejskiej Gminy Pobiedziska z dnia 23 września 2021 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczaną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, zwaną dalej: „Uchwałą szczegółową”,
- 7) Uchwałą nr XLIII/378/2021 Rady Miejskiej Gminy Pobiedziska z dnia 23 września 2021 r. w sprawie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, zwaną dalej: „Uchwałą ws. nieruchomości niezamieszkałych”
- a także wszystkimi ustanowionymi w dokumentach zamówienia wymogami.”

Zgodnie z treścią §10 ust. 1 pkt 27 i 28 wzoru umowy:

„1. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej:

- 27) w wysokości iloczynu 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 (właściwej w okresie realizacji zamówienia), i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu o którym mowa w Rozdziale VII ust. 3 OPZ, tj. odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,
- 28) w wysokości iloczynu 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 masy składowanych odpadów komunalnych przekraczającej poziom składowania wyrażonej w Mg i wynikającej z Rozdziału VII ust. 5 OPZ,”

Izba ustaliła, że w zakresie §10 ust. 1 wzoru umowy, Zamawiający zawarł adnotację, zgodnie z którą: *„Wszystkie kary zależne są od zawinienia Wykonawcy i nie stanowią kar gwarancyjnych. Zapis ma charakter informacyjny i nie zmienia ciężaru dowodu w zakresie, w jakim przepisy prawa nakładają na Wykonawcę ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż nie ponosi on winy w naruszeniu kontraktu.”*

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

(...)

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

art. 433 pkt 2 ustawy Pzp

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...)

- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

art. 353¹ kodeksu cywilnego

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

art. 387 §1 kodeksu cywilnego

§ 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W zakresie zarzutu opisanego w pkt II lit. a) *petitum* odwołania, Izba po zapoznaniu się z uzasadnieniem odwołania oraz ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, a także ze stanowiskami zaprezentowanymi podczas rozprawy, doszła do przekonania, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że jest między Stronami okolicznością bezsporną, że na obecną chwilę, stacja przeładunkowa aktualnie znajduje się na etapie projektowym. Wobec powyższego, jak poinformował Zamawiający wykonawców pismem z 8 sierpnia 2022 r., Zamawiający nie posiada jeszcze stosownych informacji odnoszących się do ilości odpadów jakie będą zbierane na tej stacji. Jednocześnie Izba na mocy art. 522 ust. 1 ustawy Pzp Izba jest zobowiązana przy wyrokowaniu brać pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, co oznacza, że rozpoznając odwołanie Izba jest zobowiązana wziąć pod uwagę zmiany treści SWZ, w tym Rozdziału XII OPZ wprowadzone modyfikacją z 8 sierpnia 2022 r. Nie sposób nie dostrzec, że Zamawiający w wyniku tych zmian wprowadził do treści OPZ postanowienia mające na celu umożliwienie wykonawcy przygotowania się do skorzystania ze stacji przeładunkowej (*vide*: Rozdział XII, ust. 4 pkt 2 lit. d) OPZ), a także dające mu wpływ na sposób korzystania ze stacji przeładunkowej (*vide*: Rozdział XII, ust. 4 pkt 2 lit. e) oraz ust. 5 OPZ). W ocenie składu orzekającego, choć powyższe nie rozwiązuje podniesionego w treści odwołania problemu braku wskazanych przez Odwołującego danych do oszacowania ceny usługi z uwzględnieniem korzystania ze stacji przeładunkowej Zamawiającego, to jednak daje wykonawcy możliwości elastycznego zaprojektowania sposobu realizacji usługi z uwzględnieniem konieczności skorzystania ze stacji przeładunkowej. Zamawiający jest więc otwarty na współdziałanie z wykonawcą i uwzględnienie jego interesu. Ponadto mając na uwadze podniesione przez Odwołującego argumenty w pkt 2.6 – 2.10 uzasadnienia odwołania, Izba wskazuje, że jak zwrócił uwagę Zamawiający w Rozdziale XII ust. 4 pkt 1 lit h) OPZ, zostały podane ilości boksów wraz z wymiarami oraz przeznaczeniem dla konkretnych frakcji odpadów, co powinno ułatwić wykonawcom zaprojektowanie sposobu wykonania usługi z wykorzystaniem stacji przeładunkowej, w tym szacunek ceny. Nie ulega też wątpliwości, że zamysłem Zamawiającego jest optymalizacja sposobu świadczenia usługi, w tym obniżenie jej kosztów

i jest to główny cel budowy stacji przeładunkowej, a następnie ewentualnego zobowiązania wykonawcy do korzystania z tej stacji. Stanowisko Zamawiającego wyrażone na stronie 11 oraz w pkt 2 (*vide*: str. 13 – 15 oraz 21 – 23) odpowiedzi na odwołanie jest dla składu orzekającego przekonujące. Dodatkowo Izba dostrzega, że w zadanych przez wykonawców pytaniach, na które Zamawiający odpowiedział pismem z 8 sierpnia 2022 r., wykonawcy również wyrażali zapatrywanie, że ewentualne wykorzystanie stacji przeładunkowej przyczyni się do ograniczenia ilości sprzętu oraz osób potrzebnych do realizacji zamówienia.

Po drugie, zauważyć należy, że w przypadku odwołań dotyczących treści SWZ trafność zarzutu niejednokrotnie determinowana jest charakterem lub zakresem żądań. W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie również z powodu jego konstrukcji. Z jednej bowiem strony Odwołujący argumentuje, że przez brak wskazanych w uzasadnieniu odwołania informacji nie jest w stanie precyzyjnie skalkulować ceny oferty ale jednocześnie wnioskuje tylko o zmianę Rozdziału XII OPZ ust. 4 OPZ przez wskazanie, że *„Zamawiający może udostępnić Wykonawcy za jego zgodą stację przeładunkową do realizacji zamówienia”*, zatem aby możliwość skorzystania ze stacji przeładunkowej została uzależniona od zgody wykonawcy. Dostrzeżenia jednak wymaga, że zgodnie z treścią Rozdziału XVII SWZ zawierającego opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał w pkt 2, że:

„Do oceny ofert w tym do ich porównania ofert Zamawiający będzie brał pod uwagę cenę łączną brutto za wykonanie przedmiotu niniejszego zamówienia – obejmującą:

1) cenę za odbiór i transport szacowanego strumienia (podstawowego oraz opcyjnego) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych,

2) średnią arytmetyczną cen za odbiór, transport i zagospodarowanie szacowanego strumienia (podstawowego oraz opcyjnego) pozostałych frakcji odpadów komunalnych zaoferowanych za realizację zamówienia w wariantcie:

a) podstawowym (bez wykorzystywania stacji przeładunkowej o której mowa w Rozdziale XII ust. 4 i 5 OPZ) oraz w wariantcie

b) z wykorzystywaniem stacji przeładunkowej o której mowa w Rozdziale XII ust. 4 i 5 OPZ - w okresie podstawowym, jak i w okresie opcyjnym,

3) dostawę i montaż transponderów RFID

Cena łączna ustalona będzie w oparciu o ceny jednostkowe wyrażone w ofercie wykonawcy.”

oraz:

„Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym, sporządzonym wg wzoru, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia, która musi odpowiadać wartościom wyszczególnionych w formularzu ofertowym cenom składowym oraz cenom jednostkowym.”

Powyższe postanowienia zostały odzwierciedlone w treści formularza ofertowego. Tym samym niewątpliwie na potrzeby wyliczenia ceny oferty brutto należy podać m.in. cenę za świadczenie usługi z wykorzystaniem stacji przeładunkowej, co Odwołujący zupełnie pominął w treści zarzutu i skorelowanego z nim żądania. Tym samym uwzględnienie rozpoznawanego zarzutu i uczynienie zadość żądaniu Odwołującego nie wpłynie na zmianę postanowień Rozdziału XVII SWZ wskazanych wyżej i w konsekwencji nie uchroni wykonawcy od konieczności kalkulacji ceny świadczenia usługi z uwzględnieniem stacji przeładunkowej Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe zarzut został oddalony.

Odnosząc się do zarzutu opisanego w pkt II lit. b) *petitum* odwołania, w ocenie Izby zarzut również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Istotą zarzutu jest twierdzenie, zgodnie z którym okoliczność, że w miejscowości Borówko znajduje się składowisko odpadów i PSZOK wykorzystywany przez Zakład Komunalny w Pobiedziskach sp. z o.o., tj. pomiot zajmujący się m.in. zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, którego całość udziałów posiada Zamawiający, wpływa na uprzywilejowanie tego podmiotu z uwagi na to, że każdy inny podmiot zainteresowany udziałem w tym postępowaniu, a nie mający infrastruktury na terenie miejscowości Borówko zmuszony jest przy uwzględnieniu obowiązku świadczenia usługi z wykorzystaniem stacji przeładunkowej opisanej w Rozdziale XII OPZ do skalkulowania ewentualnych zwiększonych kosztów realizacji zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia odwołania tymi kosztami są transport z bazy przeładunkowej Borówko, czynności rozładunku na bazie Borówko oraz czynności załadunku na bazie Borówko. Tym samym w ocenie Odwołującego obowiązek wskazany w Rozdziale XII ust. 4 OPZ powoduje ograniczenie konkurencji na korzyść jednego podmiotu i to bezpośrednio kontrolowanego przez Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że założona lokalizacja stacji przeładunkowej jest taka sama dla wszystkich wykonawców i każdy w wykonawców okoliczność tą musi uwzględnić w swojej ofercie. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że wskazane przez Odwołującego elementy infrastruktury pozostają bez związku z zakresem usług realizowanych w ramach zamówienia. Zamawiający podniósł również, że nie ma żadnych przeszkód aby wykonawca podjął kroki dostosowujące swój sposób realizacji zamówienia, w tym lokalizację swojej bazy magazynowo – transportowej czy też instalacji wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający argumentował, że podjęta przez niego inicjatywa budowy stacji przeładunkowej pozytywnie wpływa na konkurencję w tym postępowaniu, gdyż przekłada się na większe zainteresowanie podmiotów mogących świadczyć usługę, które do tej pory miały z różnych powodów utrudniony dostęp do zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na jego niewykazanie. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego nie sposób nie dostrzec, na co słusznie wskazał Zamawiający podczas rozprawy, że Odwołujący w ewentualnym zobowiązaniu wykonawcy przez Zamawiającego do wykorzystania stacji przeładunkowej upatruje jedynie potencjalnego wzrostu kosztów świadczenia usługi uwzględniając swoje doświadczenia z dotychczasowej realizacji usługi na rzecz Zamawiającego. Jednak Odwołujący zupełnie pomija możliwość zaplanowania realizacji usługi w odmienny sposób od przyjętego dotychczas. Z pewnością okoliczności realizacji tego zamówienia odbiegają od tych, w których Odwołujący realizuje aktualnie świadczoną na rzecz Zamawiającego usługę i powinny zostać wzięte pod uwagę przy projektowaniu sposobu realizacji tego zamówienia w taki sposób aby było to dla wykonawcy jak najlepiej opłacalne. Odwołujący w treści zarzutu zupełnie pominął ten aspekt i nie wykazał, że nie jest możliwe takie zaprojektowanie świadczenia przez niego usługi w ramach tego zamówienia aby pominąć wskazany w treści zarzutu potencjalny koszt. W tym Odwołujący nie wykazał, że nie ma możliwości zlokalizowania bazy na terenie gminy. Zarzut opiera się zatem jedynie na gołosłownym twierdzeniu oderwanym od okoliczności realizacji zamówienia, które są odmienne od tych dotyczących realizacji dotychczasowego zamówienia. Ponadto Izba przychyliła się do argumentacji zaprezentowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie w pkt 3 uznając ją za przekonującą.

Z tych względów zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut opisany w pkt II lit. d) *petitum* odwołania podlegał oddaleniu jako bezzasadny. W pierwszej kolejności wskazać należy, że twierdzenie Odwołującego, zgodnie którym Zamawiający obarczył wykonawcę obowiązkami wskazanymi w treści zarzutu, których niedopełnienie skutkuje naliczeniem kary umownej „*której redakcja sugeruje oderwanie od winy oraz oparcie na zasadzie ryzyka*”, nie znajduje potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie sprawy. Jak bowiem wynika z załącznika nr 2 do SWZ zawierającego wzór umowy, w zakresie §10 ust. 1, Zamawiający zawarł adnotację w postaci przypisu oznaczonego nr 3, zgodnie z którą: „*Wszystkie kary zależne są od zawinienia Wykonawcy i nie stanowią kar gwarancyjnych. Zapis ma charakter informacyjny i nie zmienia ciężaru dowodu w zakresie, w jakim przepisy prawa nakładają na Wykonawcę ciężar dowodu w zakresie wykazania, iż nie ponosi on winy w naruszeniu kontraktu.*”. Powyższe ustalenie powoduje, że zarzut staje się w tym zakresie bezzasadny. Ponadto, odnosząc się do części zarzutu koncentrującej się na argumentacji wskazanej w pkt 5.12 - 5.14 uzasadnienia odwołania, w tym zakresie skład orzekający przychylił się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, zgodnie z którym to na wykonawcy realizującym zamówienie ciąży w takich sytuacjach obowiązek poinformowania Zamawiającego o ewentualnych nieprawidłowościach w zbieraniu odpadów przez mieszkańców gminy. Oczywistym natomiast jest, że skoro zgodnie z adnotacją

zawartą w umowie wszystkie kary umowne są zależne od zawinienia wykonawcy, to nie będzie on ponosił negatywnych konsekwencji za tego rodzaju sytuacji. Ponadto Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, w tym przywołane tam orzecznictwo. Nie ma w ocenie składu orzekającego przeszkód aby obarczyć wykonawcę obowiązkiem kontraktowym w zakresie osiągnięcia określonych poziomów recyklingu i w zakresie ograniczenia masy odpadów, w szczególności mając na uwadze fakt, że to za pośrednictwem wykonawcy zamawiający realizuje obowiązki w zakresie odbioru odpadów i ich zagospodarowania. Natomiast zaniechanie skorelowania tego obowiązku z narzędziami zmierzającymi do zapewnienia jego realnego wypełnienia w postaci np. kar umownych byłoby ze strony Zamawiającego rażącym niedopatrzaniem.

Z tych względów zarzut został oddalony.

Złożone przez Strony dowody w postaci wyciągów z dokumentacji innych postępowań nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy odwoławczej jako nieodnoszące się do postępowania będącego przedmiotem rozpoznania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z §5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: