

Sygn. akt: KIO 2612/13

WYROK
z dnia 22 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Agnieszka Trojanowska
Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r. przez **Odwołującego** – REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Związek Międzygminny "Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej", ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań,

przy udziale **Wykonawcy** - Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** – REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, na rzecz **Zamawiającego** - Związek Międzygminny "Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej", ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” (GOAP) z Poznania na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i zielonych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej.” Zdaniem Odwołującego - REMONDIS Sanitech Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w tym postępowaniu Zamawiający dokonał nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, opisu warunków udziału w postępowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] i w ogłoszeniu o zamówieniu oraz we wzorze umowy. Wskazując na powyższe wykonawca zarzucił naruszenie:

- 1) art. 5 oraz art. 353 (1) ustawy - kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 3.5.3 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 13 do SIWZ (dalej jako „wzór umowy”) z uwagi na:
 - a) brak wskazania terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu,
 - b) brak określenia zakresu przedmiotowego żądania zmian Harmonogramu jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy,
- 2) art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 1.1 wzoru umowy odnoszącym się do definicji „odpadów problemowych” poprzez wprowadzenie do umowy definicji nieznannej ustawie,
- 3) § 9 ust. 2 uchwały Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z dnia 12 marca 2013, NR VI 34 2013 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 w związku z art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 3.5.2 (vi) wzoru umowy poprzez przyjęcie, że odbiór Odpadów komunalnych powinien być realizowany w każdym tygodniu przez ten sam dzień, nawet jeżeli jest to dzień wolny od pracy,
- 4) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 PzP w punkcie 3.5.5 wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku opublikowania, wykonania i przekazania właścicielom Nieruchomości zatwierdzonego przez Zamawiającego Harmonogramu w formie papierowej w określonych w tym punkcie terminach podczas,

gdy z uwagi na brak wskazania terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu, terminy te mogą zostać przez Wykonawcę niedotrzymane bez jego winy,

- 5) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 3.6.1 wzoru umowy poprzez przyjęcie w sposób nieuzasadniony, że zmiana Harmonogramu obok wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności o charakterze obiektywnym wymaga nadto zgody Zamawiającego,
- 6) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 3.6.2 wzoru umowy poprzez brak wskazania terminu w jakim Wykonawca ma wykonywać zmiany Harmonogramu w sytuacjach określonych w punktach 3.6.2 od (i) do (iv),
- 7) naruszenie art. 353 § 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 3.6.2 (i) wzoru umowy poprzez brak wskazania definicji pojęcia powstania lub likwidacji miejsca gromadzenia Odpadów komunalnych z nieruchomości,
- 8) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 3.6.3 wzoru umowy poprzez nadanie Zamawiającemu uprawnienia do jednostronnej zmiany Harmonogramu podczas, gdy przesłanki takiej zmiany są określone w sposób bardzo ogólny i niezrozumiały,
- 9) naruszenie art. art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 4.2.1 wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku informowania o wszelkich zdarzeniach mających lub mogących mieć wpływ na wizerunek Zamawiającego bez podania o jakiego rodzaju zdarzeniach traktuje ten punkt,
- 10) naruszenie art. 1 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002, nr 101, poz. 926 ze zm.) w związku z art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punktach 4.2.5 oraz 7.1 wzoru umowy, poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązków administratora danych osobowych pomimo braku zawarcia osobnej umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych mieszkańców,
- 11) naruszenie art. art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 4.4 wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku uzyskania odpowiedniego poziomu recyklingu,
- 12) naruszenie art. 353 (1) § 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 6.1.4. wzoru umowy poprzez niewskazanie na jakiej podstawie będzie następować identyfikacja nowego miejsca odbioru Odpadów komunalnych z Nieruchomości,
- 13) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 6.2.1 zdanie drugie wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku naprawy lub wymiany uszkodzonego pojemnika w terminie nie późniejszym niż najbliższy dzień przypadający na wywóz odpadów komunalnych w przypadku, gdy otrzymanie informacji od Zamawiającego następuje w dniu przypadającym na wywóz odpadów komunalnych,

- 14) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 6.2.1 zdanie trzecie wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku natychmiastowej wymiany pojemnika w przypadku zaistnienia okoliczności uniemożliwiających zbiórkę, a także zagrożenia życia lub zdrowia człowieka oraz środowiska, pomimo braku zgłoszona potrzeby takiej wymiany.
- 15) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 8.2.1 wzoru umowy poprzez uzależnienie terminu wymagalności roszczenia Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia od zaakceptowania przez Zamawiającego Raportu Miesięcznego,
- 16) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 8.3.1 wzoru umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia w przypadku wystąpienia niezgodności w fakturze VAT,
- 17) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 9.1.5 wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku sporządzenia korekty faktury VAT w przypadku sporu odnośnie Raportu Miesięcznego lub załączników do niego dołączonych,
- 18) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 11.1.2 wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności za takie działania lub zaniechania, które wynikają z obowiązków nałożonych na Wykonawcę przez umowę z Zamawiającym lub z powszechnie obowiązujących przepisów prawa,
- 19) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w tych punktach wskazanych w punkcie 11.2 wzoru umowy, które uzależniają obowiązek zapłaty kary umownej także od okoliczności za które Wykonawca nie ponosi winy,
- 20) naruszenie art. 5 oraz art. 353 (1) k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w punkcie 14.1.3 (ix) wzoru umowy poprzez przyjęcie, iż przesłanką do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym jest nałożenie na Wykonawcę kar, których łączna wysokość przekroczy 20% wynagrodzenia za cały okres trwania Umowy,
- 21) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami opakowaniowymi, z dnia 25, 10. 2005 r. (Dz. U. nr 219, poz. 1858) w zakresie jakim szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 10 do SIWZ) określa kolorystykę pojemników (część VI) poprzez określenie przez Zamawiającego, iż cały pojemnik powinien być oznaczony stosownym kolorem.

i wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień:

1. w punkcie 3.5.3 wzoru umowy poprzez:
 - a. wskazanie terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu,

- b. określenie zakresu przedmiotowego żądania zmian Harmonogramu jakich Zamawiający może żądać od Wykonawcy,
2. w punkcie 1.1 wzoru umowy poprzez zmianę pojęcia „odpady problemowe” na pojęcie znane ustawie,
3. w punkcie 3.5.2 (vi) wzoru umowy poprzez przyjęcie, że odbiór Odpadów komunalnych przypadający w dzień wolny od pracy powinien przypadać w pierwszym dniu roboczym następującym po dniu ustawowo wolnym od pracy,
4. w punkcie 3.5.5 wzoru umowy poprzez wskazanie terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu,
5. w punkcie 3.6.1 wzoru umowy poprzez przyjęcie, że zmiana Harmonogramu może nastąpić wyłącznie z uwagi na nieprzewidziane okoliczności o charakterze obiektywnym i nie wymaga zgody Zamawiającego,
6. w punkcie 3.6.2 wzoru umowy poprzez wskazanie terminu w jakim Wykonawca ma wykonywać zmiany Harmonogramu w sytuacjach określonych w punktach 3.6.2 od (i) do (iv),
7. w punkcie 3.6.2 (i) wzoru umowy poprzez wskazanie definicji pojęcia powstania lub likwidacji miejsca gromadzenia Odpadów komunalnych z nieruchomości,
8. w punkcie 3.6.3 wzoru umowy poprzez precyzyjne określenie przesłanek do zmiany Harmonogramu przez Zamawiającego,
9. w punkcie 4.2.1 wzoru umowy poprzez precyzyjne wskazanie o jakich zdarzeniach mających lub mogących mieć wpływ na wizerunek Zamawiającego Wykonawca powinien go poinformować,
10. w punktach 4.2.5 oraz 7.1 wzoru umowy, poprzez odesłanie do osobnej umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych,
11. w punkcie 4.4 wzoru umowy poprzez zdjęcie z Wykonawcy obowiązku uzyskania odpowiedniego poziomu recyklingu.
12. w punkcie 6.1.4. wzoru umowy poprzez wskazanie na jakiej podstawie będzie następować identyfikacja nowego miejsca odbioru Odpadów komunalnych z Nieruchomości,
13. w punkcie 6.2.1 zdanie drugie wzoru umowy poprzez sprecyzowanie obowiązku Wykonawcy w przypadku, gdy otrzymanie informacji od Zamawiającego następuje w dniu przypadającym na wywóz odpadów komunalnych,
14. w punkcie 6.2.1 zdanie trzecie wzoru umowy poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku natychmiastowej wymiany pojemnika w przypadku zaistnienia okoliczności uniemożliwiających zbiórkę, a także zagrożenia życia lub zdrowia człowieka oraz środowiska tylko w przypadku zgłoszona potrzeby takiej wymiany.

15. w punkcie 8.2.1 wzoru umowy poprzez oderwanie terminu wymagalności roszczenia Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia od okoliczności zaakceptowania przez Zamawiającego Raportu Miesięcznego,
16. usunięcie punktu 8.3.1 wzoru umowy,
17. w punkcie 9.1.5 wzoru umowy poprzez usunięcie ostatniego zdania tego punktu,
18. w punkcie 11.1.2 wzoru umowy poprzez doprecyzowanie, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za takie działania lub zaniechania, które wynikają z obowiązków nałożonych na Wykonawcę przez umowę z Zamawiającym lub z powszechnie obowiązujących przepisów prawa,
19. wprowadzenie w punkcie 11.2 wzoru umowy, klauzuli ogólnej zwalniającej Wykonawcę od obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku, gdy Wykonawca nie ponosi winy za okoliczności, które uzasadniałyby nałożenie kary umownej na Wykonawcę,
20. usunięcie punktu 14.1.3 (ix) wzoru umowy,
21. w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 10 do SIWZ) - określenie, że oznaczenie pojemników stosownym kolorem może dotyczyć tylko pokryw pojemników.

Wykonawca stwierdził, że ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść, podnosząc, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp i k.c. jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem sformułowanie postanowień SIWZ w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i niekompletny oraz naruszający przepisy Pzp, w szczególności w zakresie opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, utrudnia mu dostęp do uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów podał, co następuje:

Ad.1. Zamawiający w punkcie 3.5.3 wzoru umowy nie wskazuje terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu. Jest to o tyle istotne, iż na Wykonawcy ciążyą dalsze obowiązki związane z opublikowaniem, wykonaniem i przekazaniem Harmonogramu mieszkańcom, a także przekazaniem go Zamawiającemu do publikacji na jego stronie internetowej (3.5.5). W tym zakresie dalsze postanowienia wzoru umowy nakładają obowiązek wykonania takich czynności w określonym terminie. Nadto niedotrzymanie tych terminów skutkuje możliwością nałożenia kary umownej przez Zamawiającego (np. w odniesieniu do publikacji na stronie internetowej Zamawiającego — 11.2.1 viii). W sytuacji więc, gdy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu projekt Harmonogramu, a zamawiający będzie zgłaszał kolejne uwagi, które spowodują opóźnienie i niedotrzymanie terminów wskazanych w punkcie 3.5.5. Zamawiający będzie uprawniony do nałożenia kary umownej. Nie będzie przy tym istotna ocena zachowania Wykonawcy w

kategoriach jego zawinienia. Takie ułożenie stosunków prawnych należy uznać, za nadużycie prawa i za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Podkreślił, że w punkcie 3.5.3 wzoru umowy nie określono zakresu przedmiotowego żądania zmian Harmonogramu, jakiego Zamawiający może żądać od Wykonawcy. Taki stan rzeczy może powodować, że żądanie zmiany będzie tak daleko idące, że spowoduje jednostronną zmianę przedmiotu umowy i narazi Wykonawcę na poniesienie kosztów, którego nawet przy dołożeniu należytej staranności nie mógłby się spodziewać. Taka sytuacja znacząco wykracza poza ramy swobodnego kształtowania stosunków cywilno-prawnych. Nadawanie jednej ze stron stosunku prawnego pozycji dominującej sprzeciwia się naturze takiego stosunku.

Ad. 2. Wykonawca podniósł, że ani ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ani ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t. jedn. Dz. U. z 2007, nr 39, poz. 251 ze zm.), ani też inne przepisy regulujące kwestie odpadów nie posługują się pojęciem „odpadów problemowych”. Zamawiający we wzorze umowy nie odsyła do żadnych aktów prawnych, z których wynikałaby definicja ustawowa użytego pojęcia, ani też obowiązków prawnych związanych z „odpadami problemowymi”. Zgodnie z art. 353 (1) k.c. 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. Stwierdził, że Zamawiający realizując zadania komunalne powinien układać stosunki umowne z wykonawcami tych zadań na podstawie i w granicach prawa. Nie może więc w umowie konstruować takich norm, które nie są znane ustawie. Zamawiający nie może też tak kształtować swoich stosunków cywilnoprawnych aby wykraczały one poza materie upoważnienia ustawowego w tym zakresie.

Ad. 3. Zgodnie z § 9 ust. 2 uchwały Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z dnia 12 marca 2013, NR VI 34 2013 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, w przypadku, gdy wyznaczony dla danej nieruchomości dzień tygodnia, w którym następuje odbiór odpadów, przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, odbiór odpadów następuje w pierwszym dniu roboczym następującym po dniu ustawowo wolnym od pracy. Tymczasem ani w punkcie 3.5.2 wzoru umowy, ani w innych jej postanowieniach nie wskazano sytuacji, w której dzień Odbioru odpadów komunalnych przypada na dzień wolny od pracy. Wzór umowy nakłada więc na wykonawcę obowiązek odbierania Odpadów komunalnych także w dniu ustawowo wolne od pracy co stoi w sprzeczności z przytoczoną na początku tego akapitu uchwałą. Sprzeczność ta występuje przeciwko celowi umowy która będzie zawarta między Wykonawcą a Zamawiającym.

Ad. 4. Zarzut dotyczący punktu 3.5.5 wzoru umowy wynika ze wcześniej sformułowanego zarzutu dotyczącego braku terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu. Brak ten powoduje, że wskazywanie jakichkolwiek terminów poprzez określenie konkretnych dat kalendarzowych może spowodować przekroczenie tych terminów. Przekroczenie to może być także spowodowane okolicznościami za które Wykonawca nie ponosi winy. Może też być tak, że termin nie zostanie dotrzymany wyłącznie z winy Zamawiającego w sytuacji, gdy będzie on zgłaszał coraz to nowe uwagi na projekcie Harmonogramu. Podkreślił, że skrajna dysproporcja pozycji stron stosunku cywilno-prawnego przeczy jego naturze.

Ad. 5. Wykonawca wskazał, że wystąpienie nieprzewidzianych okoliczności może mieć jedynie charakter obiektywny i jest oczywistym, iż musi aktualizować potrzebę zmiany Harmonogramu. Niejasne jest jednak dlaczego dodatkowo, obok wystąpienia takich okoliczności, zmiany mają być uzależnione dodatkowo od zgody Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wystarczy bowiem, aby Zamawiający został powiadomiony o okolicznościach uzasadniających zmianę Harmonogramu. Brak zgody Zamawiającego nie może stanowić tamy dla zmian Harmonogramu szczególnie, iż celem tego dokumentu jest sprawna realizacja przedmiotu umowy. Brak zgody Zamawiającego mógłby więc powodować, że Wykonawca nie mógłby realizować w sposób właściwy umowy, co mogłoby go narazić na odpowiedzialność finansową (zgodnie z przewidzianym we wzorze umowy systemem kar umownych). Jest to więc kolejny przejaw dysproporcji stron stosunku cywilno-prawnego.

Ad. 6. i 7. Zamawiający we wzorze umowy nie sprecyzował, jaki jest termin wprowadzania zmian w Harmonogramie w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w punktach 3.6.2 od (i) do (iv). Nie zostało więc określone, czy w tym zakresie zmiany takie powinny być dokonywane niezwłocznie po wystąpieniu przesłanki czy może niezwłocznie po wezwaniu przez Zamawiającego (art. 455 k.c.). Powtórzył, że brak zmian w Harmonogramie w przypadku, gdy jest to niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy będzie skutkował negatywnie dla Wykonawcy. Niejednoznaczne określenie zobowiązania Wykonawcy będzie rzutować na jego odpowiedzialności za niewykonanie umowy, a Zamawiający będzie mógł naliczyć karę umowną. Wzór umowy posługuje się pojęciami „powstania” i „likwidacji” miejsca gromadzenia Odpadów komunalnych z Nieruchomości. Próżno jednak szukać definicji tych pojęć w treści umowy. Odwołując się do wykładni językowej tych pojęć Odwołujący nie potrafi wskazać, kto będzie stwierdzał, czy dane miejsce „powstało” bądź uległo „likwidacji”, a także jakie są przesłanki takiego uznania. Należy powtórzyć, iż brak precyzji w zakresie sformułowania obowiązków Wykonawcy będzie pociągał za sobą ryzyko niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy. Wspominany już system kar umownych oderwany od badania kwestii zawinienia pogłębia tylko nierówną pozycję stron stosunku cywilno-prawnego. Mimo, że w ramach zasady swobody umów

możliwa jest dysproporcja praw i obowiązków, to jednak ukształtowanie jej na tak znacznym poziomie przeczy tej zasadzie w sposób absolutny.

Ad. 8. Zgodnie z punktem 3.6.3 Zamawiający dysponuje uprawnieniem do jednostronnej zmiany Harmonogramu w celach określonych w tym punkcie. Należy wskazać, iż przesłanki do skorzystania przez Zamawiającego z tego uprawnienia zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny. Nadto we wzorze umowy wskazano, że zmiany takie mogą być wprowadzone w celu „zagwarantowania jakości, sprawności, częstotliwości i terminowości świadczonych usług”. W szczególności takie pojęcie jak „sprawność” jest pojęciem nieostrym i może podlegać arbitralnej, a w skrajnych przypadkach dowolnej, wykładni Zamawiającego. Jak wskazano wcześniej Harmonogram ma istotny wpływ na wykonanie przedmiotu umowy. Wprowadzanie w umowie możliwości jego jednostronnej zmiany może w sposób istotny oddziaływać na prawidłowość jej wykonania. Prawidłowość wykonania umowy wpływa natomiast na możliwość zastosowania przez Zamawiającego kar umownych. Za nadużycie prawa należy uznać sytuację, gdy samo tylko działanie Zamawiającego może mieć negatywny wpływ na prawidłowość wykonania umowy przez Wykonawcę i obciążenie go obowiązkiem zapłaty kary umownej.

Ad. 9. W punkcie 4.2.1 wzoru umowy wskazano, iż Wykonawca obowiązany jest poinformować Zamawiającego, między innymi, o zdarzeniach mających lub mogących mieć wpływ na wizerunek Zamawiającego. Umowa nie daje odpowiedzi o jakie zdarzenia może tu chodzić - czy tylko o takie, które są związane z wykonywaniem umowy, czy może zakres takich zdarzeń jest szerszy. Nie jest także jasne, czy postanowienie to traktuje tylko o zdarzeniach które negatywnie oddziałują na wizerunek Zamawiającego, czy może chodzi też o zdarzenia, które ten wizerunek poprawiają. Dużej trudności musi też dostarczyć próba oceny, czy dane zdarzenie może oddziaływać na dobro osobiste Zamawiającego w postaci jego wizerunku. Należy także podkreślić, iż ochrona praw osobistych może być realizowana wyłącznie poprzez wzywanie do zaprzestania ich naruszania lub do usunięcia skutków takich naruszeń. Uprawnionym jest więc jedynie podmiot, którego prawa zostały naruszone. Nadto stwierdzenie naruszenia nie może się obejść bez oceny jak subiektywnie takie naruszenie wpływa na uprawnionego. Wykonawca nie będzie więc w stanie samodzielnie ocenić czy dane zdarzenie wpływa lub może mieć wpływ na wizerunek Zamawiającego, gdyż nie można obiektywnie dokonać takiej oceny.

Ad. 10. Zgodnie z art. 1 ust 2 ustawy o ochronie danych osobowych przetwarzanie danych osobowych może mieć miejsce ze względu na dobro publiczne, dobro osoby, której dane dotyczą, lub dobro osób trzecich w zakresie i trybie określonym ustawą. Natomiast zgodnie z art. 31 ust. 1 tej ustawy, administrator danych może powierzyć innemu podmiotowi, w drodze umowy zawartej na piśmie, przetwarzanie danych. Niewątpliwie wykonywanie przez Zamawiającego ustawowych obowiązków związanych z odbieraniem odpadów komunalnych

od mieszkańców łączy się z przetwarzaniem danych osobowych tym mieszkańców. Dane te są gromadzone przez Zamawiającego i zostaną powierzone Wykonawcy w celu realizacji umowy. Zgodnie z przytoczonymi przepisami Zamawiający jako administrator danych osobowych w celu ich powierzenia Wykonawcy musi zawrzeć z tym ostatnim umowę o powierzeniu przetwarzania danych osobowych. Umowa taka powinna regulować prawa i obowiązki stron w zakresie przetwarzania danych osobowych. Tymczasem ani w punktach 4.2.5 i 7.1 ani w pozostałych postanowieniach wzoru umowy nie zostało uregulowane powierzenie przetwarzania danych osobowych. Należy więc stwierdzić, iż na podstawie obecnego brzmienia wzoru umowy, Zamawiający nie może zgodnie z prawem powierzyć Wykonawcy przetwarzania danych osobowych mieszkańców. Tym samym Zamawiający nie może nakładać dalej idących obowiązków, które są związane z takim powierzeniem.

Ad. 11. W ocenie Odwołującego, przerzucanie na Wykonawcę obowiązku osiągnięcia okresowych poziomów recyklingu jest niezasadne w świetle treści rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29. Maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych. (Dz. U. z 2012 r. poz. 645). W rozporządzeniu przewidziano bowiem określony sposób obliczania osiągniętych poziomów recyklingu, w którym łączną masę papieru, metalu tworzyw sztucznych i szkła poddanych recyklingowi należy podzielić przez hipotetyczną masę wytworzonych odpadów (papieru, szkła, tworzyw sztucznych i metalu), obliczoną na podstawie wskaźników zawartości tych odpadów w całym strumieniu odpadów komunalnych, zawartych w Krajowym Planie Gospodarki Odpadami (takich samych dla całej Polski) lub na podstawie przeprowadzonych badań morfologicznych. Podkreślił, że ilość odbieranych odpadów zbieranych selektywnie od mieszkańców nie jest uzależniona od działalności Wykonawcy. Natomiast taki obowiązek bez trudu można znaleźć po stronie Zamawiającego rozumianego jako stowarzyszenie gmin wykonujących zadania ustawowe w zakresie edukacji i zachęcania mieszkańców do selektywnej zbiórki odpadów. W końcu, to mieszkańcy składają oświadczenia dotyczące segregowania odpadów, a wykonawca nie ma na to żadnego wpływu. Podobnie zresztą jest w sytuacji, gdy mieszkańcy, ze względu na brak odpowiedniej wiedzy ekologicznej, brak nawyków segregacji, częsty odruch lekceważenia obowiązujących przepisów, niewłaściwie lub w sposób niedostateczny segregują odpady, w związku z czym następuje zmniejszenie strumienia tych odpadów. Wykonawca można jedynie odpowiadać za osiągnięcie takiego poziomu recyklingu, za który sam ponosi odpowiedzialność w związku z realizacją umowy. Nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności za poziom recyklingu jest sprzeczny z naturą zobowiązania kształtowanego przez umowę z Zamawiającym.

Ad. 12. W punkcie 6.1.4. wzoru umowy na Wykonawcę nałożono obowiązek dostarczenia odpowiedniego kontenera lub pojemnika oraz obowiązek poinformowania Zamawiającego w

przypadku „powstania lub zidentyfikowania nowego miejsca odbioru Odpadów komunalnych z Nieruchomości”. Zamawiający nie precyzuje jednak procedury stwierdzenia powstania bądź identyfikacji takiego miejsca. Nie jest też jasne, czy obowiązek przeprowadzenia takiej procedury spoczywa na Wykonawcy.

Ad. 13. i 14. Punkt 6.2.1 zdanie drugie wzoru umowy nakłada na Wykonawcę obowiązek naprawy lub wymiany uszkodzonego pojemnika w terminie nie późniejszym niż najbliższy dzień przypadający na wywóz odpadów komunalnych. Tymczasem w sytuacji, gdyby otrzymanie informacji od Zamawiającego nastąpiło właśnie w dniu przypadającym na wywóz odpadów komunalnych to Wykonawca nie mógłby się wywiązać ze swojego zobowiązania. Takie postanowienie należy uznać za nadużycie prawa. Jednocześnie jeszcze bardziej rażącym przypadkiem nadużycia prawa jest postanowienie zwarte w punkcie 6.2.1 zdanie trzecie wzoru umowy. Mocą tego postanowienia Wykonawca obowiązany jest do natychmiastowej wymiany pojemnika w przypadku zaistnienia okoliczności uniemożliwiających zbiórkę, a także zagrożenia życia lub zdrowia człowieka oraz środowiska nawet w przypadku braku zgłoszona potrzeby takiej wymiany. Oznacza to, że na Wykonawcy ciąży określony obowiązek, o którego istnieniu może nie wiedzieć i to nawet przy zachowaniu najwyższej staranności w tym względzie. Oczywistym jest, że takie zobowiązanie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, gdyż nie można na nikogo nakładać obowiązku świadczenia nie informując go przy tym o istnieniu takiego obowiązku.

Ad. 15. Punkt 8.2.1 wzoru umowy uzależnia początek biegu terminu wymagalności roszczenia Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia od zaakceptowania przez Zamawiającego Raportu Miesięcznego. Z uwagi na fakt, że umowa nie reguluje kwestii braku akceptacji Raportu Miesięcznego przez Zamawiającego, może dojść do sytuacji, że należne wynagrodzenie nigdy nie stanie się wymagalne. Uzależnianie wymagalności roszczenia jedynie od decyzji jednej ze stron stosunku zobowiązaniowego należy uznać, za sprzeczny z naturą takiego stosunku. Zgodnie bowiem z art. 353 § 1 k.c. zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Nie mogą więc istnieć takie zobowiązania, które uzależniają obowiązek spełnienia świadczenia jedynie od woli dłużnika. Wskazał, że wszelkie roszczenia wzajemne powinny być spełniane bądź jednocześnie, bądź jedno po drugim, ale w terminach ustalonych w umowie.

Ad. 16. Wykonawca stwierdził, że argumenty z powyższego akapitu zachowują aktualność również w odniesieniu do punktu 8.3.1 wzoru umowy, w którym Zamawiający przewiduje prawo do wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia w przypadku wystąpienia niezgodności w fakturze VAT. Stwierdził, że faktura VAT jest jedynie dokumentem o charakterze podatkowym i księgowym, a fakt jej wystawienia i prawidłowości zawartych w niej informacji nie ma wpływu na wysokość i wymagalność roszczenia pieniężnego. Błędy w treści faktury

VAT można jedynie oceniać w sferze praw i obowiązków podatnika podatku od towarów i usług względem fiskusa. Postanowienie o możliwości wstrzymania zapłaty wynagrodzenia w przypadku błędów w fakturze VAT należy ocenić jako sprzeczne z naturą zobowiązań pieniężnych, natomiast samo wstrzymanie — jako nadużycie prawa.

Ad. 17. Zdaniem wykonawcy umowa nie może ingerować w powszechnie obowiązujące przepisy podatkowe. Zgodnie § 13 ust 1 rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2011 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, w przypadku gdy po wystawieniu faktury udzielono rabatów określonych w art. 29 ust. 4 ustawy, podatnik udzielający rabatu wystawia fakturę korygującą tę fakturę. Natomiast zgodnie z § 14 tego rozporządzenia fakturę korygującą wystawia się również, gdy po wystawieniu faktury podwyższono cenę lub stwierdzono pomyłkę w cenie, stawce, kwocie podatku lub w jakiejkolwiek innej pozycji faktury. Przepisy prawa precyzyjnie wskazują więc sytuację w której na wystawcy faktury ciąży obowiązek sporządzenia korekty. Z całą stanowczością należy stwierdzić, iż nie jest objęta dyspozycją cytowanych przepisów sytuacja opisana w punkcie 9.1.5 wzoru umowy. Sam spór, bez względu na jego podłożenie, nie może stanowić przesłanki do sporządzenia korekty faktury VAT. Nadto stwierdził, że postanowienia wzoru umowy nakładają na Wykonawcę obowiązki sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Nałożenie takiej obowiązki na Wykonawcę należy więc uznać za nadużycie prawa.

Ad. 18. i 19. Zgodnie z punktem 11.1.2 wzoru umowy Wykonawca zobowiązuje się zwolnić Zamawiającego z odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody powstałe w związku z realizacją Umowy, będące następstwami działań lub zaniechań Wykonawcy. Tymczasem w polskim systemie prawa cywilna odpowiedzialność deliktowa uzależniona jest od winy osoby, która ją wyrządziła (art. 415 k.c.). Jeżeli więc Wykonawca wyrządziłby szkodę wyłącznie w wyniku wykonywania obowiązków nałożonych przez umowę, w szczególności w wyniku poleceń Zamawiającego, nie można mu przypisać odpowiedzialności za takie działanie. Wykonawca powinien być więc odpowiedzialny wyłącznie w przypadku zawinionego działania lub zaniechania. Rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy o sferę tych okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi należy uznać, za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Wykonawca nie może też ponosić odpowiedzialności za działania, które wykonuje zgodnie z prawem. Powyższe należy również odnieść do systemu kar umownych przewidzianych w punkcie 11.2 wzoru umowy. Zgodnie z postanowieniami tego punktu niemal każdy obowiązek zapłaty kary umownej aktualizuje się także w przypadku okoliczności za które Wykonawca nie ponosi winy.

Ad. 20. Zamawiający w punkcie 14.1.3 (ix) wzoru umowy wskazał, że przesłanką do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym jest nałożenie na Wykonawcę kar,

których łączna wysokość przekroczy 20% wynagrodzenia za cały okres trwania Umowy. Należy wskazać, iż takie uregulowanie jest sprzeczne z prawem, gdyż instytucja kary umownej przewidziana w kodeksie cywilnym nie jest powiązana z możliwością rozwiązania umowy. Kara umowna ma bowiem funkcję rekompensacyjną a jej nałożenie nie jest przesłanką do rozwiązania stosunku prawnego. Nadto wynagrodzenie za cały okres trwania Umowy, aż do momentu jej zakończenia nie będzie znane. Nie będzie więc wiadome, kiedy nałożone kary przekroczą granice owych 20% całego wynagrodzenia.

Ad. 21. Odwołujący odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami opakowaniowymi, z dnia 25. 10. 2005r. (Dz. U. nr 219, poz. 1858) w zakresie załącznika nr 10 do SIWZ dotyczącego określenia kolorystyki pojemników podał, że w celu realizacji selektywnej zbiórki papieru, metali, plastików i szkła jest wystarczające ażeby pojemniki przeznaczone na te odpady były oznakowane stosownymi napisami, które Zamawiający przewidział w SIWZ, a kolorystyka wyróżniająca pojemniki powinna obejmować nie więcej niż pokrywę pojemnika. Dodał, że w Poznaniu już od kilkunastu lat stosuje się pojemniki do zbiórki selektywnej a podmioty składające oferty w poprzednich przetargach dotyczących części przedmiotu zamówienia opisane na wstępie poniosły już nakłady na ich zakup. Dodatkowo, Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami opakowaniowymi, z dnia 25. 10. 2005r. (Dz. U. nr 219, poz. 1858) dotyczy odpadów opakowaniowych (z grupy 15) natomiast niniejsze postępowanie dotyczy wszystkich odpadów zbieranych selektywnie (także z grupy 20). Rozporządzenie to dotyczy jedynie pojemników ustawianych w miejscach publicznych jako tzw. „gniazda recyklingowe” i nie przesądza jednoznacznie, że cały pojemnik ma być w tym samym kolorze.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca, Sita Zachód sp. z o.o. z Wrocławia, wnosząc o uwzględnienie odwołania. W pierwszej kolejności stwierdził, że ma, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp interes w uwzględnieniu odwołania. Podkreślił, że (...) odwołanie i jego zarzuty sformułowane zostały w stosunku do zamówienia publicznego, jako takiego, tj. odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia, opisu warunków udziału w zamówieniu, innych postanowień SIWZ, w tym postanowień dotyczących wzorca umowy i ogłoszenia o zamówieniu. Ogólniej ujmując odwołanie Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. dotyczy wymogów postępowania oraz późniejszych warunków wykonania zamówienia. Te z kolei w taki sam sposób i w takim samym stopniu wpływają na sytuację prawną i ekonomiczną, tak Sita Zachód sp. z o.o. jak i Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. Zatem rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., będzie jednocześnie rozstrzygnięciem na korzyść Sita Zachód sp. z o.o.,

bowiem oba te podmioty znajdują się obecnie w takiej samej sytuacji prawnej i gospodarczej (są podmiotami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 11 P.z.p.)”. Przystępujący dodał, że jego przystąpienie nie pozostaje w opozycji do odwołania i jest. zbieżne z interesem Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., a w wyniku uwzględnienia odwołania będzie miał możliwość dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w dalszej perspektywie szansę na uzyskanie zamówienia. Podkreślił także, że pojęcie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje należy rozumieć możliwie szeroko i jego zdaniem Sita Zachód sp. z o.o. ma interes prawny, albowiem (...) wszystkie wskazane przez odwołującą się spółkę zarzuty sformułowane w stosunku do zamówienia publicznego a wskazujące na problemy, które pojawiają się na etapie wykonywania zamówienia, będą dotyczyły również spółki przystępującej do postępowania odwoławczego, która potencjalnie może być wykonawcą zamówienia. Powyższe wskazuje również zdaniem wykonawcy, że na interes ekonomiczny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jest on związany z jej sytuacją w ramach tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rozstrzygnięcie na korzyść strony, do której przystępuje wpływa na pozycję Sita Zachód sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu (...) poprzez istnienie okoliczności, w których przystępujący do postępowania odwoławczego ma możliwość realizacji zamówienia publicznego, co jest tożsame z interesem ekonomicznym. Stwierdził dalej, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystępuje, gdyż rozstrzygnięcie odwołania zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w razie dokonania zmiany postanowień SIWZ, pozwoli zrównać przystępującą spółkę z innymi podmiotami pod względem konkurencyjności, z uwagi na fakt, że odwołująca się jest podmiotem doświadczonym, działającym na rynku poznańskim na zlecenie GOAP od momentu wejścia w życie nowych przepisów w zakresie gospodarki odpadami tj. od 1 lipca 2013 r. Stąd w sytuacji, gdy Odwołujący zna już rynek w stopniu większym niż pozostali jego uczestnicy, może wskazać na trafne uchybienia zamawiającego w dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego z uwagi realizację zadań w tożsamym kształcie zleconych przez ten sam podmiot jakim jest GOAP. Zatem tylko Odwołujący ma możliwość drobiazgowego i trafnego wykazania uchybień w dokumentacji zamawiającego z uwagi na fakt, że w praktyce wypróbowała już metodę współpracy z zamawiającym na gruncie nowych przepisów dotyczących gospodarowania odpadami, tj. od 1 lipca 2013 r. Podsumowując podał, że przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego, gdyż utrzymanie dotychczasowych postanowień SIWZ uniemożliwia wykonawcy przygotowanie się do ewentualnej realizacji zamówienia w sposób, w który Zamawiający może zaakceptować, zaś wprowadzenie żądanych przez Odwołującego modyfikacji SIWZ (wzorce umowy, opisie przedmiotu zamówienia, opisie warunków udziału w postępowaniu,

ogłoszeniu o zamówieniu) zwiększy prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez przystępującego umożliwi wykonawcy uzyskanie dostępu do precyzyjnych informacji na temat realizacji zamówienia publicznego. Dalej wykonawca, dzieląc stanowisko Odwołującego, odnośnie pkt 3.5.3 wzorca umowy dodatkowo podał, że Zamawiający przyznaje sobie prawo do przedstawienia uwag do projektu Harmonogramu, a (...) Wykonawca zobowiązany jest je uwzględnić, jednakże Zamawiający nie wskazuje terminu, w jakim on sam może przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu. Z drugiej strony Zamawiający nakazuje, by najpóźniej 5 dni, odpowiednio przed dniem rozpoczęcia, tj. przed dniem 1 stycznia 2015 oraz przed dniem 1 stycznia 2016 r., Harmonogram był zatwierdzony. Jeżeli więc Zamawiający będzie opóźniał się ze składaniem uwag do projektu Harmonogramu, przy czym uwagi te mogą być daleko idące, wymagające nakładu czasu i pracy dla ich uwzględnienia (brak określenia zakresu uwag), Wykonawca poniesie negatywne konsekwencje w zakresie możliwości nałożenia kar umownych (zob. szerzej odwołanie). Zamawiający nie może, zdaniem wykonawcy, (...) z jednej strony operować konkretnymi datami kalendarzowymi, a z drugiej pozostawić sobie luz decyzyjny w zakresie ilości uwag, które może złożyć do Harmonogramu, ich kalibru oraz czasu, w którym mogą być złożone przy jednoczesnym obciążeniu konsekwencjami przekroczenia tych konkretnych dat kalendarzowych wyłącznie Wykonawcy". Podkreślił, że (...) co prawda Zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jakie zostały określone w SIWZ" i może też, (...) o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353 (1) K.c, dowolnie sformułować postanowienia umowne także w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb, jednak, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, do których w przypadku regulacji dotyczących umowy odwołuje się ustawa Pzp", jednakże nie można prawa podmiotowego nadużywać. Ponadto umowa winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych". Odnośnie pkt 3.6.2 (i) zwrócił także uwagę na brak definicji pojęcia „powstania lub likwidacji miejsc gromadzenia Odpadów komunalnych z Nieruchomości" i, że postanowienia SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z intencją zamawiającego, która znajduje uzasadnienie jedynie w świetle całokształtu treści SIWZ. Jego zdaniem (...) Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wyjaśnia tego pojęcia, co powoduje np. brak możliwości precyzyjnego wykonania zadania polegającego na tym, że „Wykonawca zobowiązuje się własnym staraniem i na własny koszt w ramach zaoferowanej ceny ofertowej wyposażyć na cały okres obowiązywania Umowy wszystkie miejsca gromadzenia Odpadów komunalnych." W tym miejscu powołał się na art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, podnosząc, że przedmiot zamówienia

powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymogu tego w mniejszym postępowaniu nie zachowano, gdyż specyfikacja posługuje się pojęciami, które nie zostały zdefiniowane".

Odnosnie pkt 4.4. wzorca umowy podał, że w części 6 tabeli dotyczącej sektora XVIII wskazano, że miejscem zagospodarowania odpadów jest składowisko (lit. a), również w części 7 tabeli dotyczącej sektora XIX i takie samo postanowienie zawarto w części 8 tabeli dotyczącej sektora XX i części 9 tabeli dotyczącej sektora XXII oraz w części 10 tabeli dotyczącej sektora XXIII. Zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami gminy zapewniają osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Ponadto unieszkodliwianiu poddaje się te odpady, z których uprzednio wysegregowano odpady nadające się do odzysku i wprowadzono następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami: 1) zapobieganie powstawaniu odpadów; 2) przygotowywanie do ponownego użycia; 3) recykling; 4) inne procesy odzysku; 5) unieszkodliwianie. Jego zdaniem (...) Składowane powinny być wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych. Podał również, że we wszystkich innych częściach tabeli nr 5 z załącznika 10 do SIWZ, wskazano, że odpady w pierwszej kolejności powinny być zagospodarowane poprzez sortowanie. Jednak w niektórych przypadkach pominięto ten proces. W art. 18 ustawy o odpadach ustawodawca wyznaczył kolejność działań wynikającą z hierarchii sposobów postępowania z odpadami, których powstaniu nie udało się zapobiec i tak, po pierwsze — należy prowadzić przygotowanie odpadów do ponownego użycia lub poddanie recyklingowi, a po drugie - dopiero wtedy, gdy jest to technologicznie niemożliwe bądź ekologicznie lub ekonomicznie nieuzasadnione, można je odzyskiwać innymi sposobami. Następnie powinno nastąpić poddanie odpadów odzyskowi innymi sposobami niż przygotowanie do ponownego użycia lub recykling i dopiero wtedy, gdy jest to technologicznie niemożliwe bądź ekologicznie lub ekonomicznie nieuzasadnione, można je unieszkodliwiać sposobami innymi niż składowanie. Natomiast dopiero wtedy, gdy jest to technologicznie niemożliwe bądź ekologicznie lub ekonomicznie nieuzasadnione, można je składować. Składowanie odpadów uznane jest przez ustawodawcę za ostateczność. Dodatkowym ograniczeniem unieszkodliwiania jest przewidziany w art. 18 ust. 7 ustawy o odpadach warunek uprzedniego wysegregowania z odpadów kierowanych do unieszkodliwiania odpadów nadających się do odzysku. Tym samym w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający narusza zasadę hierarchii postępowania z odpadami nie doprowadzając do ograniczenia masy odpadów komunalnych przekazywanych do

składowania". W konkluzji stwierdza, że w tej sytuacji jest niezrozumiałe [„absurdalne”] przerzucanie na wykonawcę obowiązku uzyskania odpowiedniego poziomu recydingu skoro Zamawiający określa sposób zagospodarowania odpadów' w postaci nakazu wywozu ich na składowisko. Obowiązek recydingu został więc nie tylko sformułowany w oderwaniu od nakazu sformułowanego przez zamawiającego odnoszącego się do miejsca zagospodarowania odpadów, ale również przeczy on charakterowi zobowiązania, które przyjmuje na siebie wykonawca. W żaden sposób nie może on (wykonawca) odpowiadać za poziom recydingu odpadów, w sytuacji, gdy praktycznie nie ma na ten poziom żadnego wpływu (zob. zarzut 11 strony odwołującej). W konkluzji podkreślił, że (...) Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym. Ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania". Zdaniem Przystępującego, w tym postępowaniu sformułowanie wygórowanych wymogów nie jest realizacją uzasadnionych potrzeb zamawiającego i tym samym wykonawca domaga się takiego ukształtowania miejsca i sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych, by zachowane zostały reguły hierarchii postępowania z odpadami oraz wykreślenie obowiązku recydingu po stronie wykonawcy z powodów wskazanych przez stronę odwołującą. Przystępujący wykonawca wskazał ponadto na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zw. z pkt 5.2. i 5.3. SIWZ odnośnie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia publicznego w sposób odpowiadający konkretnemu potencjalnemu wykonawcy, albowiem te wymagania – jego zdaniem - naruszają zasadę niedyskryminacji poprzez wykorzystanie przez zamawiającego informacji, które posiada tylko podmiot, który wcześniej współpracował już GOAP.

Zamawiający zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy Sita Zachód sp. z o.o. z Wrocławia, a w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu opozycji Zamawiający stwierdził, że przystępujący wykonawca nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego oraz na wypadek dopuszczenia SITA do postępowania wniósł o pominięcie i pozostawienie bez rozpoznania twierdzeń i zarzutów sformułowanych w przystąpieniu jako wykraczających poza zarzuty sformułowane przez Odwołującego, a w odniesieniu do części zarzutów uznanie ich jako

pozostające w oczywistej i przyznanej przez Przystępującego sprzeczności z interesem Odwołującego. Zamawiający w szczególności stwierdził, że Przystępujący przyznał, że jego przystąpienie ma przede wszystkim zapewnić mu „zrównanie nierównej obecnie pozycji w zakresie dostępu do informacji o rynku poznańskim w relacji z zamawiającym w procesie wykonywania zamówienia, które to informacje obecnie posiada tylko odwołująca” oraz, że zamierza podejmować działania mające polepszyć jego rzekomo nierówną pozycję wobec Odwołującego. W konsekwencji, jego zdaniem, Przystępujący deklaruje, wbrew dyspozycji art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, że zamierza podejmować działania, które niewątpliwie będą pozostawały w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami Odwołującego. Błędnie też identyfikuje już sam zakres odwołania wskazując, że dotyczy ono ogłoszenia o zamówieniu, opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołanie dotyczy wyłącznie wzoru umowy oraz części VI Załącznika nr 10 do SIWZ, zaś Odwołujący w żadnej mierze nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia, czy też warunków udziału w postępowaniu, uznając tym samym, iż są one dla niego dogodne i nie naruszają przepisów prawa”. Zwraca także uwagę, że odnośnie pkt. 3.6.2 (i) czy też 4.4. wzoru umowy pozornie tylko podziela w tym zakresie zarzuty Odwołującego, bowiem we uzasadnieniu przywołuje argumenty, których nie formułował Odwołujący, kwestionując przywołane postanowienia wzoru umowy z innych niż Odwołujący względów zarzucając też dodatkowo naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 ustawy Pzp czy też ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, czego nie zarzucał Odwołujący. Zwraca uwagę na ostatnie zdanie części uzasadnienia dotyczącej pkt. 4.4. wzoru umowy (wymagane poziomy recyklingu), w którym Przystępujący stwierdza wprost, że „wnosi o zobowiązanie zamawiającego do wykreślenia obowiązku recyklingu po stronie wykonawcy, tj. składa wniosek wykraczający poza wnioski Odwołującego. Dalej podaje, że (...) odnosząc się pozornie do tego punktu wzoru umowy (jako objętego odwołaniem) Przystępujący kwestionuje wyznaczenie przez Zamawiającego w tabeli nr 5 Załącznika nr 10 do SIWZ składowisk, jako instalacji zagospodarowania odpadów zmieszanych, podnosząc, iż sposób wyznaczenia narusza hierarchię postępowania z odpadami i w tym zakresie wnosi o zobowiązanie do takiego ukształtowania miejsca i sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych, by zachowane zostały reguły tej hierarchii. Tymczasem wyznaczenia instalacji do przetwarzania odpadów nie kwestionuje w żadnej mierze Odwołujący i nie składa w tym zakresie żadnych wniosków. Przystępujący pozostaje zatem w sprzeczności z Odwołującym i wychodzi poza zakres odwołania”.

W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że wnoszący odwołanie wykonawca sformułował dwadzieścia zarzutów dotyczących wzoru umowy powołując się na: art. 5, art.

353 (1) oraz art. 353 § 2 Kodeksu cywilnego (dalej jako „KC”) w zw. z art. 14 ustawy Pzp (zarzuty nr 1, 2,4- 9 oraz 11-20) oraz na § 9 ust. 2 uchwały Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z 12 marca 2013 r. nr VI/34/2013 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” [dalej jako „Uchwała” (zarzut nr 3)] i na art. 1 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych, dalej jako „Ustawa o ochronie danych osobowych” (zarzut nr 10). Dalej podał, że w odniesieniu zaś do części VI załącznika nr 10 do SIWZ wykonawca zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 25 października 2005 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z opadami opakowaniowymi [dalej jako „Rozporządzenie” (zarzut nr 21)]. Wskazując na powyższe Zamawiający podkreślił, że zarzuty Odwołującego nie dotyczą jakichkolwiek naruszeń przepisów ustawy Pzp i wykraczają poza materię, która może być objęta środkami ochrony prawnej przewidzianej dla wykonawców w tej ustawie, a tym samym wykracza poza zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO” lub „Izba”) i chociażby z tej przyczyny odwołanie zasługuje na oddalenie. Dalej podał, że niezależnie od powyższego, zarzuty zawarte w odwołaniu są całkowicie bezzasadne i wynikają w dużej mierze z błędnej interpretacji postanowień ww. załączników, a brak zarzucenia Zamawiającemu naruszeń przepisów Pzp stanowi o nie wykazaniu przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 tej ustawy. W pierwszej kolejności zauważył, że w związku z treścią załącznika nr 13 czy też załącznika nr 10 do SIWZ, wykonawca nie zarzuca w odwołaniu jakiegokolwiek naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. W szczególności, zdaniem Zamawiającego, zarzuty dotyczące treści wzoru umowy oparte są wyłącznie o źle pojętą przez Wykonawcę swobodę kontraktowania oraz naturę stosunku prawnego, o których mowa w art. 353 (1) KC, jak również o art. 5 KC, dotyczący nadużycia prawa, którego rzekomo Zamawiający miał się dopuścić. Podał dalej, że kwestionując wzór umowy oraz załącznik nr 10 do SIWZ wykonawca zarzucił również rzekome naruszenie przepisów Ustawy o ochronie danych osobowych, postanowień Uchwały oraz przepisów Rozporządzenia, jednakże także w tym przypadku, brak jest zarzutów, dotyczących naruszenia przepisów PZP. Odwołanie nie obejmuje zatem materii regulowanej przez ustawę PZP i w żaden sposób nie zmierza w swej treści do eliminacji jakichkolwiek zaniechań, czy też czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia, które naruszałyby regulacje tej ustawy i powodowałyby po stronie Odwołującego chociażby potencjalną szkodę. Takiemu zaś celowi służyć mają wyłącznie środki ochrony prawnej w tej ustawie przewidziane i tego rodzaju naruszenia są objęte kognicją Izby. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki

ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów (niniejszej) ustawy. A zatem elementem koniecznym do powstania po stronie wykonawcy uprawnienia do wniesienia odwołania podlegającego rozpoznaniu przez Izbą jest naruszenie przez zamawiającego przepisów PZP połączone z ryzykiem powstania po stronie odwołującego szkody, z czym nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący nie wykazał zatem zaistnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujących dopuszczalność złożenia odwołania. Podkreślił, że wykonawca nie wykazał żadnych naruszeń przepisów PZP jak również nie zarzucił ich w odwołaniu. Tym samym Wykonawca nie zdołał nawet uprawdopodobnić, iż postanowienia wzoru umowy, czy też załącznika nr 10 do SIWZ wiążą się z możliwością powstania po jego stronie jakiegokolwiek szkody. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że sam fakt, iż postanowienia przyszłej umowy nie odpowiadają w pełni oczekiwaniom odwołujących nie może być uznany jako uprawdopodobnienie możliwości powstania szkody i Odwołujący nie wywodził potencjalnej możliwości zawarcia nieważnej umowy, powoływał się natomiast na wygórowany pułap kar umownych, niejednoznaczność ryzyka, niejednakowe traktowanie stron przyszłej umowy, a w konsekwencji na naruszenie zasady swobody kontraktowania i z uwagi na nadużycie prawa podmiotowego. Naruszenia zatem dopatrywali się na gruncie nie tyle przepisów ustawy Pzp, ile na gruncie kodeksu cywilnego (...). Zdaniem Zamawiającego, (...) odwołanie złożone przez wykonawcę zmierza wyłącznie do ukształtowania jego umownych obowiązków w sposób jak najbardziej dla niego dogodny, przy jak najmniejszym poziomie umownych zobowiązań oraz odpowiedzialności z tytułu niewykonania czy też nienależytego wykonania umowy oraz przy niemalże natychmiastowej płatności ze strony Zamawiającego bez możliwości weryfikacji prawidłowości wykonania usługi. Znamienne jest przy tym, iż żądania Wykonawcy nie odpowiadają ani potrzebom Zamawiającego, ani specyfice usługi objętej zamówieniem, która obejmuje szczególne świadczenia wykonywane na rzecz osób trzecich (tj. na rzecz właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz niezamieszkałych) oraz w szczególnych uwarunkowaniach, dotyczących niejednokrotnie zagrożenia zdrowia ludzkiego i porządku publicznego w związku z ewentualnym nienależytym wykonaniem zamówienia przez Wykonawcę. Takimi właśnie względami kierował się Zamawiający, przyjmując treść wzoru umowy kwestionowaną w sposób bezzasadny przez Wykonawcę. Podkreślił, że Zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za utrzymanie porządku i czystości na terenie Związku i jest zobowiązany zapewnić mieszkańcom odpowiedni poziom usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, zgodnie z obowiązującym prawem miejscowym. Powinności te, Zamawiający będzie wypełniał poprzez zlecenie określonych czynności wykonawcy, który świadczył będzie zleconą usługę bezpośrednio na rzecz mieszkańców.

Sposób świadczenia tej usługi określony w umowie z wykonawcą będzie się zatem przekładać w sposób bezpośredni na dotrzymanie przez Zamawiającego określonych obowiązków ciążących na nim z mocy prawa. Uwzględnienie (bezzasadnych) żądań Odwołującego, nie będzie służyło - wbrew jego twierdzeniom - eliminacji dysproporcji pozycji stron stosunku prawnego czy też doprowadzenia treści tego stosunku do zgodności z jego naturą, lecz będzie prowadziło wyłącznie do nieuzasadnionego obniżenia standardu świadczonej usługi, co tym samym utrudniać będzie Zamawiającemu realizację jego zadań ustawowych". W powyższym kontekście wskazał, że wzór umowy w brzmieniu kwestionowanym w niniejszym odwołaniu, był już przez Zamawiającego stosowany w poprzednim przetargu, który dotyczył takiego samego zamówienia, jednakże (...) w pełni akceptował wówczas wzór umowy i nie formułował zarzutów ujętych w niniejszym odwołaniu z dnia 7 listopada b.r. Istotne natomiast, że w odwołaniu tym, powołując się na naruszenie szeroko rozumianej swobody umów określonej w art. 353 (1) KC, Odwołujący próbował kwestionować w drodze odwołania jedno z postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, zarzucając, iż Zamawiający wprowadza absolutną odpowiedzialność wykonawcy za wybór usługodawcy GPS oraz prawidłowe funkcjonowanie systemu GPS. Skład orzekający rozpoznający to odwołanie oddalił ten zarzut jako niezasadny podkreślając w wyroku z dnia 20 czerwca b.r., iż „Odwołujący podniósł (ten) zarzut wyłącznie w kontekście naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazał przede wszystkim, poprzez przepis odsyłający ustawy Pzp (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), na naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego (art. 483 K.c i 353 (1) K.c), wykazując przede wszystkim nierówność stron stosunku zobowiązaniowego. Powyższe naruszenia - w ocenie Izby - nie podlegają rozpoznaniu w trybie rozpoznawania środków ochrony prawnej. (...) Tymczasem w przypadku rozpoznawania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp (odwołanie i skarga) w świetle art. 179 ust.1 ustawy Pzp istotne jest wykazanie naruszenia przepisów ustawy Pzp, a nie samoistnie przepisów Kodeksu cywilnego, czy przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach". Zamawiający dalej podał, że główny zarzut odwołania sprowadza się do oceny konkretnych wymogów związanych z realizacją przedmiotu umowy nałożonych na wykonawcę w określony sposób i z przewidzianymi w tym zakresie karami umownymi w przypadku nie wywiązania się przez niego z tego obowiązku. Powyższe związane jest wyłącznie z oceną prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia w przyszłości, a nie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp związanych z procedurą ubiegania się o zamówienie przez wykonawców na równych zasadach i w warunkach konkurencyjności. Odnosząc się następnie do poszczególnych zarzutów stwierdził, co następuje:

1. zarzut nr 1 dotyczący pkt. 3.5.3 wzoru umowy - zgłaszanie uwag do projektu Harmonogramu

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał nie tylko naruszenia przepisów ustawy Pzp, lecz również przywoływanych w odwołaniu przepisów KC, w szczególności nie wykazał z jakich przyczyn treść pkt. 3.5.3. wzoru umowy miałby stanowić nadużycie prawa i była sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, czy też wykraczała poza ramy swobody umów. Wskazując na bezzasadność zarzutu zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 455 KC, który w tym zakresie znajduje w pełni zastosowanie, jeżeli termin świadczenia dłużnika nie jest oznaczony w umowie, dłużnik powinien swe świadczenie spełnić niezwłocznie po wezwaniu od drugiej strony. Analogicznie należy uznać, iż w razie przedstawienia Zamawiającemu przez wykonawcę projektu Harmonogramu odbioru odpadów z żądaniem jego zaakceptowania zgodnie z umową, to Zamawiający będzie zobowiązany zgłosić ewentualne uwagi do tegoż projektu niezwłocznie (tj. bez zbędnej zwłoki). Chybione jest również twierdzenie Odwołującego, iż opóźnianie się Zamawiającego z przekazaniem uwag do Harmonogramu może się przyczynić do niedotrzymania przez wykonawcę terminu opublikowania i dostarczenia Harmonogramu mieszkańcom oraz samemu Zamawiającemu, co z kolei spowoduje naliczenie wykonawcy kary umownej niezależnie od kwestii zawinienia w niedotrzymaniu terminu. Podkreślił, że wzór umowy nie wprowadza innych zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy aniżeli te wynikające z zasad ogólnych określonych w art. 471 oraz art. 472 KC. Wykonawca jest zatem w każdym przypadku odpowiedzialny za zachowanie należytej staranności i w przypadku nałożenia na niego kary umownej przez Zamawiającego może się bronić przed jej zapłatą wykazując, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 KC, wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 KC. W konsekwencji niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wynikać więc musi z nie dołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 KC), czyli jego winy w postaci (co najmniej) niedbalstwa. Kwestia ta wymaga szczególnego podkreślenia w niniejszej sprawie, gdyż w odwołaniu Odwołujący wielokrotnie próbuje wykazać, iż może zostać obciążony karami umownymi nawet w sytuacjach przez Odwołującego niezawinionych, co w jego chybionym przekonaniu miałoby potwierdzać zasadność podnoszonych przez niego zarzutów. Teza taka jednakże jest sprzeczna z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, co potwierdza także orzecznictwo Sądu Najwyższego. Zdaniem Zamawiającego w świetle postanowień wzoru umowy nie ma wątpliwości, że zakres przedmiotowy ewentualnych uwag Zamawiającego do projektu Harmonogramu musi się mieścić w granicach określonych w umowie, która w pkt. 3.5.2. bardzo precyzyjnie reguluje wymaganą treść Harmonogramu. Akceptacja i ewentualne uwagi mogą zatem obejmować wyłącznie weryfikację tych

elementów Harmonogramu, które są wymagane w umowie. Wobec powyższego, zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego możliwości zgłaszania uwag do projektu Harmonogramu w sposób określony w pkt. 3.5.3. wzoru umowy mieści się w granicach swobody kontraktowania stron i nie może być kwalifikowane jako nadużycie prawa, zwłaszcza, że służyć ma wyłącznie zapewnieniu, iż Harmonogram dostarczany mieszkańcom będzie zawierał wszystkie niezbędne elementy.

2. zarzut nr 2 dotyczący pkt. 1.1. wzoru umowy pojęcie „odpadów problemowych”

Zamawiający stwierdził, że pojęcie „odpady problemowe” zostało w umowie zdefiniowane i Odwołujący nie wykazał w jaki sposób przyjęcie w umowie określonej definicji zbiorczej dla odpadów problemowych miałooby stanowić nadużycie prawa Zamawiającego do swobodnego ułożenia stosunku prawnego z wykonawcą. Zgodnie z przyjętą w umowie definicją przez zbiorcze określenie „odpady problemowe” rozumieć należy zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, odpady wielkogabarytowe oraz zużyte opony. Termin „odpady problemowe” istotnie nie jest pojęciem ustawowym i przez ustawę zdefiniowanym. Zdaniem Zamawiającego brak jest przeciwwskazań, aby Zamawiający w umowie wprowadzał własne zbiorcze pojęcia (zwłaszcza dla ułatwienia lektury umowy). Ponadto pojęcie to zostało zdefiniowane w umowie za pomocą pojęć znanych już w przepisach prawa powszechnie obowiązującego (w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach czy Rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie katalogu odpadów) takich jak: zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, odpady wielkogabarytowe, zużyte opony. Z kolei Odwołujący nie wskazał, że terminy te są dla niego niezrozumiałe i że w związku z tym nieznanym jest też zakres znaczeniowy samego pojęcia „odpadów problemowych”. Jak zresztą Odwołujący sam potwierdza, pojęcie „odpadów problemowych” nie pojawia się ani w ustawie o odpadach, ani w innych przepisach regulujących kwestie odpadów, a więc tym bardziej zasadne było jego zdefiniowanie w umowie. Żaden przepis prawa nie wymaga przy tym aby stosowanie w umowach definicje określonych pojęć było uzależnione od tego czy dane pojęcie został już zdefiniowane w ustawie.

3. zarzut nr 3 dotyczący odbioru odpadów w dzień ustawowo wolny od pracy

W tym przypadku Zamawiający podał, że (...) Jak przyznaje sam Odwołujący, zgodnie z § 9 ust. 2 Uchwały „w przypadku, gdy wyznaczony dla danej nieruchomości dzień tygodnia, w którym następuje odbiór odpadów, przypada w dzień ustawowo wolny od pracy, odbiór odpadów następuje w pierwszym dniu roboczym następującym po dniu ustawowo wolnym od pracy”. Jest to przepis prawa miejscowego, bezwzględnie wiążący wykonawców niezależnie od tego czy został zacytowany w umowie, podobnie jak postanowienia pozostałych uchwał prawa miejscowego przyjętych przez Związek, w tym treść Regulaminu utrzymania czystości, które wyznaczają zakres umownych obowiązków wykonawcy. Zwrócił uwagę, że reguła wyrażona w Uchwale, co do odbioru odpadów w dni ustawowo wolne od

pracy nie została we wzorze umowy zmodyfikowana, a co za tym idzie jest bezwzględnie wiążąca. Co więcej przywoływany przez Odwołującego pkt. 3.5.2 (vi) wzoru umowy, wbrew twierdzeniom wykonawcy, nie nakłada na niego obowiązku odbioru odpadów w dni ustawowo wolne od pracy, zgodnie bowiem z jego treścią „Harmonogram będzie uwzględniać następujące wymogi: (a) odbiór Odpadów komunalnych, który realizowany jest co najmniej raz w tygodniu, powinien przypadać w każdym tygodniu na ten sam dzień; (b) w przypadku gdy odbiór Odpadów komunalnych następuje częściej niż raz w tygodniu, odbiór Odpadów komunalnych powinien przypadać w te same dni tygodnia; (c) odbiory Odpadów komunalnych, które realizowane są rzadziej niż raz w tygodniu, powinny przypadać w ten sam dzień miesiąca (np. trzeci poniedziałek miesiąca); (d) odbiór Odpadów problemowych powinien następować zgodnie z Regulaminem Związku”. Brak jest zatem, w ww. postanowieniu wzoru umowy nakazu odbioru odpadów w dni ustawowo od pracy, albowiem w tym zakresie zastosowanie znajdują właśnie postanowienia Uchwały, które przywołał Odwołujący, a zgodnie z pkt. 3.B) ppkt. 2.2. SIWZ- „odbiór odpadów komunalnych stanowiący przedmiot zamówienia odbywać się będzie zgodnie z obowiązującym prawem powszechnym oraz miejscowym”, Jedynym celem kwestionowanego przepisu umowy było zapewnienie, aby odbiór odpadów przez wykonawców następował w sposób cykliczny i przewidywalny (tj. by nie odbywał się np. w jednym tygodniu w poniedziałek, w drugim w środę a w trzecim we wtorek)”.

4. zarzut nr 4 dotyczący pkt 3.5.5. wzoru umowy dotyczący zgłaszania uwag do Harmonogramu odbioru odpadów

Zamawiający stwierdził, że zarzut ten (...) pokrywa się częściowo z zarzutem nr 1 i opiera się na analogicznym twierdzeniu, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 5 oraz 353 (1) KC w związku z art. 14 PZP, poprzez nałożenie na wykonawcę w pkt. 3.5.5 wzoru umowy obowiązku opublikowania, wykonania i przekazania właścicielom nieruchomości zatwierdzonego przez Zamawiającego Harmonogramu w formie papierowej w określonych w tym punkcie terminach podczas, gdy z uwagi na brak wskazania terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu, terminy te mogą zostać przez Wykonawcę niedotrzymane bez jego winy. Odwołujący wnosi w tym kontekście, analogicznie jak we wnioskach do zarzutu nr 1, o wskazanie we wzorze umowy terminu, w jakim Zamawiający zobowiązany jest przedstawić uwagi do projektu Harmonogramu. Wobec tego, stanowisko Zamawiającego przedstawione do zarzutu nr 1 pozostaje w pełni aktualne również co do zarzutu nr 4. Dodatkowo podkreślił, że mieszkańcy muszą otrzymać Harmonogram z odpowiednim wyprzedzeniem, przy czym termin na przygotowanie jego projektu jest stosunkowo długi (na przekazanie pierwszego projektu Harmonogramu wykonawca ma bowiem zgodnie z umową ponad 7 tygodni od momentu jej podpisania) i to od Wykonawcy zależy kiedy opracuje jego projekt i przekaże go do

akceptacji Zamawiającego, gdyż termin wskazany w umowie na przedstawienie projektu jest określony jako „nie później niż”. Jego zdaniem jest zrozumiałe, że jeżeli niedotrzymanie terminów będzie wynikało z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, to na zasadach ogólnych (art. 471 oraz art. 472 KC) Wykonawca będzie mógł się ekskulpować od obowiązku zapłaty kary umownej. Ponownie podkreślił, że zastosowanie przez Zamawiającego mechanizmów kar umownych nie wyłącza ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej wynikających z prawa cywilnego, których wzór umowy w żaden sposób nie modyfikuje”.

5. zarzut nr 5 dotyczący pkt 3.6.1. wzoru umowy - zmiany Harmonogramu w przypadku nieprzewidzianych okoliczności

Zdaniem Zamawiającego, wykonawca nie wykazał, że zastrzeżenie obowiązku uzyskania przez wykonawcę zgody Zamawiającego na zmianę Harmonogramu odbioru odpadów w przypadku nieprzewidzianych okoliczności stanowi naruszenie swobody umów określonej w przepisach KC. Dalej podał, że (...) jest odpowiedzialny za zapewnienie świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów (za co pobiera od mieszkańców stosowną opłatę) na odpowiednim poziomie, czemu służą m.in. postanowienia umowy dotyczące opracowania oraz zmiany Harmonogramu odbioru odpadów. Zamawiający musi mieć kontrolę nad zmianami wprowadzanymi do Harmonogramu przez wykonawcę, nawet (a może przede wszystkim) w przypadku nieprzewidzianych okoliczności. Harmonogram jest jednym z kluczowych dokumentów przekazywanych przez Wykonawcę mieszkańcom i musi zawierać określone elementy wskazane w umowie, a nieograniczona swoboda wprowadzania zmian do Harmonogramu przez wykonawcę mogłaby doprowadzić w skrajnym wypadku do tego, że Harmonogram ulegałby ciągłym zmianom nie zawsze zasadnym, a wykonawcy wystarczałoby do zmiany powołanie się na „nieprzewidziane okoliczności”. Podkreślił, że obowiązek uzyskania takiej zgody w niczym nie utrudnia wykonawcy możliwości wypełniania obowiązków umownych, za co - jak już wspomniano - wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych wynikających z przepisów KC. W konkluzji stwierdził, że uregulowanie kwestii zmiany Harmonogramu w sposób określony w pkt. 3.6.1. wzoru umowy mieści się niewątpliwie w granicach swobody kontraktowania i jest uzasadnione specyfiką zlecanej usługi odbioru odpadów, świadczonej nie dla samego Zamawiającego lecz na rzecz podmiotów trzecich - mieszkańców Związku. W ocenie Zamawiającego jest konieczna jest kontrola nad tak kluczowym (także z punktu widzenia właścicieli nieruchomości objętych systemem odbioru odpadów komunalnych) elementem świadczenia usług jakim jest Harmonogram i trudno zakładać, iż wykonawca będzie ten element zmieniał w sposób jednostronny bez zgody Zamawiającego. Na marginesie zauważył, że z jednej strony w innych punktach odwołania wykonawca zarzuca Zamawiającemu, iż umowa przyznaje mu prawo do jednostronnej zmiany stosunku umownego, z drugiej natomiast - omawiany punkt

odwołania zmierza do osiągnięcia sytuacji, w której to wykonawca mógłby zmieniać Harmonogram w sposób jednostronny.

6. zarzut nr 6 i 7 dotyczące pkt 3.6.2 wzoru umowy - wprowadzanie zmian do Harmonogramu przez Wykonawcę oraz braku definicji terminów „powstania” i „likwidacji” miejsca gromadzenia odpadów

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący domagając się wskazania konkretnego terminu na wprowadzenia zmian do Harmonogramu, nie precyzuje jaki to powinien być termin. Zgodnie z pkt 3.6.2. wzoru umowy Wykonawca ma wprowadzać stosowne zmiany do Harmonogramu „na bieżąco” (tj. niezwłocznie po zaistnieniu okoliczności wskazanych w pkt. 3.6.2 od (i) do (iv) wzoru umowy) i przedstawiać je do akceptacji Zamawiającego na zasadach przewidzianych w pkt 3.5. umowy (tj. na zasadach analogicznych jak przy sporządzaniu i akceptowaniu projektu Harmonogramu na każdy rok obowiązywania umowy). W tym kontekście zarzut Odwołującego, że umowa nie wskazuje terminu wprowadzania zmian jest niezrozumiały, tym bardziej, że uzasadnienie odwołania sugeruje, iż wykonawca niepokoi się, iż brak wskazania konkretnego terminu wiążącego Wykonawcę uniemożliwi mu wprowadzenie zmian do Harmonogramu niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy i w konsekwencji narazi go na kary umowne. Tymczasem, jak wynika chociażby z argumentacji Odwołującego przedstawionej do zarzutu nr 5, wykonawca chciałby nawet zmieniać Harmonogram w niektórych przypadkach bez zgody Zamawiającego, co świadczy o tym, że jako podmiot działający w terenie posiada najlepszą i najbardziej aktualną wiedzę, co do potrzeby zmiany Harmonogramu. Tym samym realizacja obowiązku bieżącej zmiany Harmonogramu w przypadkach wskazanych w pkt. 3.6.2 od (i) do (iv) wzoru umowy nie powinna wykonawcy nastręczać trudności, albowiem zgodnie z pkt 3.6.2 wzoru umowy zmiany będą wprowadzane „bez dodatkowego żądania ze strony Zamawiającego, na bieżąco”. Trudno zatem zrozumieć wątpliwości Odwołującego i zadawane przez niego w odwołaniu pytanie, co do tego, czy zmiany należy wprowadzać po wezwaniu ze strony Zamawiającego. Odnośnie użytych w umowie terminów „powstania” i „likwidacji” miejsca gromadzenia odpadów [zarzutu nr 7] Zamawiający wyjaśnił, że samo pojęcie miejsca gromadzenia odpadów (MGO) zostało zdefiniowane w załączniku nr 11 do SIWZ. Natomiast odnosząc się do kwestii „powstania” i „likwidacji” takich miejsc Zamawiający podał, że (...) może występować jedno lub więcej punktów (miejsc) gromadzenia odpadów. Przypadki takie mogą np. wynikać z sytuacji, w której na terenie danej wspólnoty mieszkaniowej, obok lokali mieszkalnych (obsługiwanych za pomocą jednego miejsca gromadzenia odpadów), znajdują się lokale usługowe, z których każdy odrębnie generuje odpady, składa deklarację oraz wymaga dostarczenia stosownego pojemnika lub pojemników. Co więcej, w toku realizacji umowy liczba miejsc gromadzenia odpadów w ramach danej nieruchomości może ulegać

zmianie (na skutek np. powstawania czy likwidacji lokali usługowych etc). Odwołujący, jako profesjonalista, który od wielu lat działa na rynku odpadów komunalnych doskonale zdaje sobie sprawę z tych uwarunkowań. Wprowadzony zmienionymi przepisami prawa nowy system gospodarowania odpadów w sposób naturalny ograniczył elastyczną współpracę z przedsiębiorstwami zajmującymi się zbiórką i zagospodarowaniem odpadów. W dotychczasowym stanie prawnym bowiem to każdy mieszkaniec, czy podmiot prowadzący punkt usługowy był zobowiązany samodzielnie zawrzeć stosowną umowę obejmująca odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. W efekcie brak było problemów praktycznych związanych z identyfikacją danych punktów gromadzenia odpadów oraz z ich powstawaniem i likwidacją. W nowym stanie prawnym, konieczne jest zawieranie umów w trybie ustawy Pzp, które z jednej strony muszą precyzyjnie określać prawa i obowiązki stron, z drugiej jednak muszą gwarantować wystarczającą elastyczność w celu sprawnego świadczenia usług użyteczności publicznej na rzecz mieszkańców. Zamawiający nie ma możliwości zlecenia usługi odbioru odpadów komunalnych z precyzyjnie określonej liczby punktów (miejsc gromadzenia odpadów), jako że liczba ta ulegać będzie w praktyce ciągłym zmianom. Rozwiązanie takie byłoby zatem nieżyciowe i prowadziło do licznych problemów społecznych i środowiskowych. W efekcie konieczne było zapewnienie we wzorze umowy elastyczności, niezbędnej do dostosowywania umowy do zmieniających się warunków. Jednocześnie same pojęcia „powstania” i „likwidacji” miejsc gromadzenia odpadów należy rozumieć zgodnie z literalnym brzmieniem tych pojęć i z uwzględnieniem praktyki gospodarczej świadczenia usług danego rodzaju. Zamawiający w toku procedury przetargowej określił takie warunki udziału w postępowaniu, które mają zagwarantować udział w przetargów podmiotów mających stosowną wiedzę i doświadczenie. W efekcie należy oczekiwać, że wybrany wykonawca będzie w stanie w sposób precyzyjny identyfikować przypadki powstawania i likwidacji miejsc gromadzenia odpadów, korzystając przy tym - obok własnych obserwacji czynionych w trakcie świadczenia usługi odbioru odpadów - także z informacji pochodzących z innych źródeł, w tym od mieszkańców, a także informacji zgromadzonych na podstawie deklaracji właścicieli nieruchomości (pkt 5.1.1. (iii) wzoru umowy)”.

7. zarzut nr 8 dotyczący pkt 3.6.3 wzoru umowy - uprawnienie Zamawiającego do wnioskowania o zmianę Harmonogramu

Zamawiający ponownie zwrócił uwagę, że Harmonogram to dokument za pomocą którego Zamawiający realizuje zadania dotyczące gospodarowania odpadami ciążące na nim z mocy prawa. Jest zatem oczywiste, że Zamawiający zastrzegł w umowie możliwość żądania od wykonawcy wprowadzenia zmian do tego dokumentu dla zrealizowania tak istotnych celów jak te, wskazane w pkt. 3.6.3. wzoru umowy, który jest przez Odwołującego niezasadnie kwestionowany, tj.: a) w celu zapewnienia realizacji przez wykonawcę wymogów określonych

w Regulaminie Związku; b) zagwarantowania sprawności, częstotliwości i terminowości świadczonych usług, w toku wykonywania Umowy. Uregulowanie tej kwestii w taki sposób mieści się zatem w granicach swobody kontraktowania stron i jest uzasadnione specyfiką zlecanej usługi, a przesłanki do zmiany Harmonogramu na żądanie Zamawiającego są wystarczająco precyzyjne. Jak bowiem wynika z przytoczonego powyżej postanowienia wzoru umowy, zmiana Harmonogramu żądana przez Zamawiającego dotyczy wyłącznie doprowadzenia Harmonogramu do zgodności z Regulaminem Związku (który Wykonawcy jest znany) oraz ma na zapewnianie prawidłowe wykonanie umowy zgodnie z jej treścią (która Wykonawcy również jest znana). A zatem w każdym przypadku, w którym Harmonogram nie będzie zgodny z Regulaminem lub jego treść będzie zagrażała prawidłowemu wykonaniu usługi zgodnie z umową możliwa będzie zmiana Harmonogramu . Dodatkowo stwierdził, że trudno zakładać, aby Zamawiający oczekiwał zmiany Harmonogramu w sposób, który będzie sprzeczny z celem umowy, podkreślając, że w odniesieniu do umowy nie zostało wyłączone zastosowanie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym ogólnych zasad kodeksu cywilnego. Wskazał również na art. 65 §1 KC zgodnie z którym oświadczenie woli (w tym oczywiście umowy) należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Co więcej, w świetle art. 65 § 2 KC w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Dodał, że (...) Zamawiający jako podmiot sektora publicznego musi zadbać, aby usługa (realizowana na rzecz podmiotów trzecich - mieszkańców) była wykonywana w sposób należyty, z zachowaniem jak najwyższych standardów. Z tego względu wszelkie postanowienia umowne, zmierzające ku osiągnięciu takiego celu nie powinny dziwić potencjalnych wykonawców. Z drugiej strony natomiast trudno podejrzewać, iż Zamawiający będzie nakładał na wykonawców obowiązki niecelowe i nader uciążliwe, które nie będą służyły osiągnięciu określonego poziomu świadczenia usług.

8. zarzut nr 9 dotyczący pkt 4.2.1. wzoru umowy - informowanie o zdarzeniach wpływających na wizerunek Zamawiającego

Zdaniem Zamawiającego nie można w umowie uregulować w sposób wyczerpujący i kazuistyczny wszelkich sytuacji i zdarzeń, które będą miały lub będą mogły mieć wpływ na wizerunek Zamawiającego. Bezzasadne są również twierdzenia Odwołującego, jakoby z treści wzoru umowy nie było jasne, że z postanowienia tego wynika obowiązek informowania o zdarzeniach negatywnie wpływających na wizerunek Zamawiającego. Zauważył, że omawiany zarzut dotyczy postanowienia umowy o drugorzędym znaczeniu i nie ma wpływu na zasadnicze obowiązki wykonawcy. Podkreślił, że również w tym wypadku ujęcie omawianego zagadnienia w pkt 4.2.1 wzoru umowy mieści się w granicach swobody kontraktowania stron i jest uzasadnione specyfiką zlecanej usługi. Doświadczenia ostatnich

miesiący pokazują, że problematyka wyboru firmy odpowiadającej za odbiór odpadów komunalnych, jak również świadczenia tej usługi na odpowiednim poziomie stanowi zagadnienie cechujące się wysoką wrażliwością społeczną i polityczną. Również Odwołujący, jako przedsiębiorca od wielu lat działający na obszarze ZM GOAP, doskonale zdaje sobie sprawę z tej specyfiki sektora odpadów komunalnych. W tym kontekście jest oczywiste, iż Zamawiający nie może ignorować żadnych krytycznych głosów (niezależnie od ich zasadności), które kwestionowałyby jakość i sposób działania, czy to Zamawiającego, czy to wybranych przez Zamawiającego wykonawców.

9. zarzut nr 10 dotyczący pkt 4.2.5 oraz pkt 7.1. wzoru umowy - obowiązki Wykonawcy dotyczące przetwarzania danych osobowych

Zamawiający przede wszystkim stwierdził, że na wykonawcę w żadnym z postanowień wzoru umowy nie są nałożone obowiązki administratora w rozumieniu Ustawy o ochronie danych osobowych. Jedynym administratorem danych osobowych jest Zamawiający, co zostało wskazane w treści wzoru umowy (pkt. 4.2.5). Wskazał również, że Odwołujący nie kwestionuje ani faktu, że wykonanie umowy może się wiązać z przekazywaniem wykonawcy przez Zamawiającego danych osobowych, ani tego, że w takim wypadku wykonawca powinien postępować z przekazanymi danymi w sposób zgodny z prawem, w szczególności w zgodzie z Ustawą o ochronie danych osobowych. Wręcz potwierdza w swym odwołaniu, że takie dane będą wykonawcy przekazywane i będą przez niego przetwarzane. Konsekwentnie, odwołanie nie dotyczy w ogóle pkt. 4.2.4. wzoru umowy, który w sposób jednoznaczny zobowiązuje wykonawcę do zachowania poufności informacji pozyskanych w związku z realizacją umowy, w szczególności do przestrzegania przepisów dotyczących ochrony danych osobowych oraz zakazuje wykorzystywania przez wykonawcę pozyskanych danych w żaden inny sposób lub w żadnym innym celu niż dla wykonywania umowy. Dalej podał, że zarzut Odwołującego oparty na pkt. 4.2.5. wzoru umowy (punkt ten przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za skutki działania niezgodnego z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych), wedle którego skoro Zamawiający nie przewidział we wzorze umowy zawarcia z wykonawcą umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, to nie może zgodnie z prawem powierzyć wykonawcy takich obowiązków nie jest zrozumiałe i wskazał, że jak zauważył sam Odwołujący, zawarcie takiej umowy przewiduje wprost art. 31 ust. 1 Ustawy o ochronie danych osobowych. Ponadto, treść odwołania potwierdza, że Odwołującemu nie nastroczało trudności w ustaleniu jakie obowiązki dotyczące przetwarzania danych będą na nim ciążyć zgodnie z umową (która odwołuje się wprost do omawianej ustawy) i w jaki sposób powierzenie przetwarzania danych powinno zostać sformalizowane zgodnie z ww. art. 31 ust. 1 Ustawy o ochronie danych osobowych. Zawarcie umowy o przetwarzanie danych osobowych jest zatem oczywiste, wynika ze wzoru umowy i przepisów prawa powszechnie obowiązujących i z samym faktem jej zawarcia dla

wykonawcy nie wiążą się żadne dodatkowe obowiązki ponad te wskazane we wzorze umowy dotyczące odpowiedniego postępowania z przekazywanymi danymi osobowymi. W konkluzji stwierdził, że wykonawca w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób przywołane przez niego w odwołaniu postanowienia umowne naruszają art. 1 ust. 2 czy też art. 31 ust. 1 Ustawy o ochronie danych osobowych.

10. zarzut nr 11 dotyczący pkt. 4.4. wzoru umowy - poziomy recyklingu uzyskiwane przez wykonawcę

W odniesieniu do tego zarzutu Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zdaje się sugerować, przerzucanie na wykonawców obowiązku osiągnięcia określonej ilości odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny na terenie całego ZM GOAP. Tymczasem obowiązek taki w żaden sposób na wykonawcach nie ciąży i nie został nałożony w umowie. Umowa przewiduje jedynie, iż „w zakresie Odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, odbieranych przez Wykonawcę, Wykonawca zobowiązuje się do osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu”. Innymi słowy wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia poziomów recyklingu wskazanych w pkt 4.4.2 umowy jedynie w odniesieniu do tych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, które sam odbierze. Jeżeli zatem, w skrajnej sytuacji, obszar działania wykonawcy będzie obejmował tylko takie nieruchomości, których właściciele nie zadeklarowali selektywnej zbiórki odpadów i gdzie odpady komunalne w ogóle nie są zbierane selektywnie, obowiązek wykonawcy wynikający z pkt 4.4 umowy będzie wynosił 0 (zero). Dalej podał, że Odwołujący słusznie podkreśla, że obowiązek osiągnięcia określonych poziomów recyklingu ciąży na Zamawiającym. Zamawiający jednak nie prowadzi działalności w zakresie odbioru odpadów samodzielnie - w tym celu wybiera wykonawców (również w ramach niniejszego postępowania). Nie dziwi zatem, iż obowiązek publicznoprawny Zamawiającego znajduje pewne przełożenie na obowiązki umowne wykonawców. Przełożenie to jednak - co ponownie wymaga podkreślenia - odnosi się jedynie do tej części odpadów, za której odbiór odpowiada dany wykonawca.

11. zarzut nr 12 dotyczący pkt 6.1.4. wzoru umowy – brak podstaw identyfikacji nowych miejsc gromadzenia odpadów

Zamawiający podał, że samo pojęcia „powstania” i „likwidacji” miejsc gromadzenia odpadów należy rozumieć zgodnie z literalnym brzmieniem tych pojęć i z uwzględnieniem praktyki gospodarczej świadczenia usług danego rodzaju. Zamawiający w toku procedury przetargowej określił takie warunki udziału w postępowaniu, które mają zagwarantować udział w przetargów podmiotów mających stosowną wiedzę i doświadczenie. W efekcie należy oczekiwać, iż wybrany wykonawca będzie w sposób precyzyjny ustalać przypadki powstawania i likwidacji miejsc gromadzenia odpadów, korzystając przy tym - obok własnych obserwacji czynionych w trakcie świadczenia usługi odbioru odpadów - także z informacji pochodzących z innych źródeł, w tym od mieszkańców, a także informacji

zgrupowanych na podstawie deklaracji właścicieli nieruchomości (pkt 5.1.1. (iii) umowy). Jego zdaniem treść pkt 6.1.4 wzoru umowy miała na celu zapewnienie wystarczającego (i koniecznego) poziomu elastyczności w toku wykonywania usługi przez wykonawcę. Co więcej, przyjęte rozwiązanie trudno uznać za uciążliwe w sytuacji, w której terminy działania po stronie wykonawcy zaczynają biec od momentu powzięcia stosownej informacji przez wykonawcę właśnie (a nie przez Zamawiającego). Informacje takie wykonawca może pozyskiwać samodzielnie w toku wykonywania usługi, uzyskiwać od mieszkańców lub też otrzymywać od Zamawiającego (np. w związku z nowymi deklaracjami złożonymi przez mieszkańców).

12. zarzuty nr 13 oraz 14 dotyczący pkt. 6.2.1. zd. drugie oraz trzecie wzoru umowy - termin naprawy lub wymiany uszkodzonego pojemnika

Zamawiający wskazał, że pkt. 6.2.1. zdanie pierwsze wzoru umowy wprowadza jednoznaczną zasadę, że pojemnik uszkodzony powinien być naprawiony lub wymieniony przez wykonawcę niezwłocznie po otrzymaniu informacji od Zamawiającego (lub od mieszkańca), lecz najpóźniej w najbliższym dniu przypadającym na wywóz odpadów z danej nieruchomości. W tym kontekście jest oczywiste, że w przypadku, gdy stosowna informacja od Zamawiającego zostanie wykonawcy przekazana w dniu przypadającym na odbiór odpadów, to w stosunku do tego dnia dniem najbliższym przypadającym na odbiór odpadów z danego punktu będzie kolejny dzień zaplanowany w harmonogramie na odbiór, a nie dzień otrzymania tej informacji. Odnośnie zarzutu nr 14, zwrócił uwagę, że nałożenie na wykonawcę obowiązku natychmiastowej wymiany uszkodzonego pojemnika w razie gdy uszkodzenie stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego lub środowiska, bez dodatkowego zgłoszenia, mieści się w granicach swobody umów i jest uzasadnione specyfiką świadczonej usługi. W razie bowiem gdy uszkodzenie zagraża życiu, czy też środowisku to jest oczywiste że musi nastąpić jego wymiana w sposób natychmiastowy albowiem zagrożenie wyeliminować i nie ma tu miejsca na dodatkowe wezwania. To wykonawca ma również przede wszystkim monitorować te zagrożenia i ma ku temu najlepszą wiedzę i w takich nadzwyczajnych przypadkach musi działać niezwłocznie.

13. zarzuty nr 15, 16 oraz 17 dotyczące pkt. 8.2.1., 8.3.1. oraz 9.1.5. wzoru umowy - płatność wynagrodzenia należnego Wykonawcy

Zamawiający stwierdził, że powołane zarzuty odnoszą się do kwestii i uregulowań umownych, które pozostają w wyłącznej gestii Zamawiającego i są wynikiem swobody kontraktowania i kształtowania relacji umownych. Jego zdaniem, Odwołujący cytując wybrane przepisy prawa podatkowego, w żadnym punkcie nie zarzuca naruszenia tychże przepisów, a zatem legalność postanowień umowy w omawianym zakresie pozostaje poza zakresem odwołania i nie jest przedmiotem sporu. Odnośnie zarzutu nr 15 stwierdził, że specyfika świadczonej usługi oraz formuła umowy zakłada, że wykonawca będzie

otrzymywał od Zamawiającego określone wynagrodzenie ryczałtowe. Zamawiający zatem musi mieć możliwość weryfikacji, czy usługa była wykonana należycie i w sposób wyczerpujący. Co więcej, jak wielokrotnie podkreślano w niniejszym piśmie, Zamawiający udziela zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, działając w interesie publicznym - na rzecz mieszkańców ZM GOAP. W tym zakresie, z jednej strony na Zamawiającym ciąży obowiązek zagwarantowania mieszkańcom należytego poziomu świadczonych usług, z drugiej natomiast obowiązek dbania o wydatkowane środki publiczne. W efekcie trudno przyjąć, aby Zamawiający wydatkował znaczące kwoty z tytułu realizacji umowy bez wcześniejszej weryfikacji w jaki sposób (i czy w ogóle) usługa była wykonywana. Wskazał również, że praktyka warunkowania płatności od akceptacji określonych protokołów zdawczo-odbiorczych, raportów, sprawozdań etc. jest powszechnie przyjęta w obrocie gospodarczym. W efekcie nie powinna ona dziwić profesjonalnego przedsiębiorcy od wielu lat działającego na rynku. Odnośnie zarzutu nr 16 Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 353 (1) KC, „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.” Wskazana powyżej zasada swobody umów pozwala stronom umowy na swobodne ustalanie treści umów i doznaje ograniczenia jedynie w sytuacji, w której treść lub cel umowy sprzeciwiają się (i) naturze stosunku prawnego, (ii) ustawie lub (iii) zasadom współżycia społecznego. Przy czym w doktrynie prawa cywilnego podkreśla się, że wskazane powyżej wyjątki powinny być interpretowane w sposób ścisły, a w szczególności w żadnym wypadku nie powinny podlegać wykładni rozszerzającej. Zatem, aby uznać zarzuty Odwołującego za prawidłowe, wykonawca musiałby wykazać, że treść powołanego punktu 8.3.1 umowy (czyli zasadniczo możliwość wstrzymania przez Zamawiającego wypłaty wynagrodzenia, w przypadku wystawienia faktury niezgodnie z obowiązującymi przepisami lub umową), sprzeciwia się naturze stosunku prawnego, ustawie lub zasadom współżycia społecznego, czego jednak nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego żaden z omawianych wyjątków o zasady swobody umów nie występuje w opisywanym wypadku, w związku z czym zarzuty są bezzasadne i powinny być oddalone. Potwierdzeniem powyższego jest również fakt, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nie uzasadnił sprzeczności pkt 8.3.1 umowy z naturą zobowiązań pieniężnych, ograniczając się jedynie do przedstawienia bardzo ogólnego zarzutu. Nie ma jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że powoływany pkt 8.3.1 umowy nie jest sprzeczny z ustawą, gdyż nie ma żadnych przepisów, które w jakikolwiek sposób zakazywałyby zawieranie tego rodzaju postanowień w umowach cywilnoprawnych. Odnosząc się z kolei do zarzutu sprzeczności pkt. 8.3.1 umowy z naturą zobowiązań pieniężnych należy wskazać, że zgodnie z doktryną prawa cywilnego, pojęcie natury stosunku prawnego w kontekście przepisu art. 353 (1) KC może być rozumiane w dwojaki sposób: w znaczeniu szerszym i

węższym. Pojęcie natury stosunku prawnego w znaczeniu szerszym należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech obligacyjnych stosunku prawnego, czyli tych elementów, których brak może prowadzić do podważenia sensu (istoty) nawiązywanej więzi prawnej. Przykładem takiego rozumienia pojęcia natury prawnej jest uznanie za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej zastrzeżenie nierozwiązywalności umowy o charakterze ciągłym. Natomiast w znaczeniu węższym, pojęcie natury stosunku obligacyjnego należy rozumieć, jako nakaz respektowania przez strony tych elementów określonego stosunku obligacyjnego, których pominięcie lub modyfikacja prowadzić by musiały do zniekształcenia zakładanego modelu więzi prawnej, związanej z danym typem stosunku. W świetle powyższego [dotyczącego natury stosunku prawnego w kontekście ograniczenia zasady swobody umów wynikające z art. 353 (1) KC] zdaniem Zamawiającego nie ma jakiegokolwiek wątpliwości, co do tego, że możliwość wstrzymania wypłaty wynagrodzenia w przypadku wystawienia faktury niezgodnie z obowiązującymi przepisami lub umową nie jest w jakikolwiek sposób sprzeczne naturą umowy. Wskazał także na zasady wystawiania faktur VAT, które są uregulowane w odpowiednich przepisach podatkowych (ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej jako „Ustawa VAT”) oraz rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2011 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (dalej jako „Rozporządzenie MF”). W konsekwencji, prawidłowość wystawiania faktury VAT może być oceniana wyłącznie na podstawie ww. regulacji. Oznacza to, że ustalenie, czy faktura VAT została wystawiona w sposób nieprawidłowy może być dokonane jedynie na podstawie przepisów Ustawy VAT i Rozporządzenia MF. Jego zdaniem błędne wystawienie faktury nie może mieć żadnego wpływu na możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia. Podkreślił, że w świetle powołanego powyżej art. 353 (1) KC, postanowienie umowy, przyznające Zamawiającemu prawo do wstrzymania wypłaty wynagrodzenia w przypadku błędnego wystawienia faktury jest dopuszczalne w świetle zasady swobody umów. Podkreślił również, że należy odróżnić ocenę prawidłowości wystawienia faktury VAT (która dokonywana jest na podstawie powołanych powyżej regulacji podatkowych), od przyznania Zamawiającemu prawa do wstrzymania płatności wynagrodzenia w przypadku błędnego wystawienia faktury. Jego zdaniem, nie ma jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, że takie rozwiązanie jest dopuszczalne na podstawie art. 353 (1) KC oraz, że w takim przypadku nie znajdują zastosowania ograniczenia zawarte w tym przepisie. Zwrócił również uwagę, że w świetle art. 88 Ustawy VAT, odliczenie podatku VAT naliczonego z faktury wystawionej niezgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami może być kwestionowane przez organy podatkowe (np. podstawą do obniżenia podatku należnego VAT nie może być faktura, która podaje kwoty niezgodne z rzeczywistością - art. 88 ust. 3a pkt. 4 lit. b) Ustawy VAT). Zatem

otrzymanie prawidłowo wystawionej faktury VAT, co jest warunkiem koniecznym do odliczenia zawartego w niej podatku naliczonego powoduje, że pkt 8.3.1 umowy zabezpiecza Zamawiającego przed negatywnymi skutkami, mogącymi wynikać z nieprawidłowego wystawienia faktury przez wykonawcę. Odnośnie zarzutu nr 17 Zamawiający stwierdził, że zgodnie z § 13 pkt. 1 Rozporządzenia MF, w przypadku, gdy po wystawieniu faktury, udzielono rabatów, o których mowa w art. 29 ust. 4 Ustawy VAT, podatnik udzielający rabatu wystawia fakturę korygującą. Jednocześnie, zgodnie z treścią § 14 pkt 1 Rozporządzenia MF „fakturę korygującą wystawia się również, gdy po wystawieniu faktury podwyższono cenę lub stwierdzono pomyłkę w cenie, stawce, kwocie podatku lub w jakiegokolwiek innej pozycji faktury.” Zatem, zgodnie z przepisami Rozporządzenia MF, faktura korygująca powinna być wystawiona w sytuacjach opisanych powyżej, tj. w związku z udzieleniem rabatu oraz w przypadku, gdy po wystawieniu faktury podwyższono cenę, stwierdzono pomyłkę w cenie, stawce, kwocie podatku lub jakiegokolwiek innej pozycji faktury. Zwrócił również uwagę, że celem (...) wystawienia faktury korygującej jest doprowadzenie faktury pierwotnej do stanu odpowiadającego rzeczywistości i konieczność wystawienia faktury korygującej może zaistnieć w sytuacji, w której np. faktura pierwotna obejmuje kwotę wynagrodzenia za całość usługi, zaś w trakcie weryfikacji sposobu jej wykonania przez nabywcę okaże się, że część usługi wykonana jest w nieprawidłowy sposób, co wiąże się z koniecznością obniżenia wynagrodzenia. Zgodnie z art. 29 ust. 4 Ustawy VAT, podstawę opodatkowania zmniejsza się o kwoty udokumentowanych, prawnie dopuszczalnych i obowiązkowych rabatów (bonifikat, opustów, uznanych reklamacji i skont) i o wartość zwróconych towarów, zwróconych kwot nienależnych w rozumieniu przepisów o cenach oraz zwróconych kwot dotacji, subwencji i innych dopłat o podobnym charakterze, z zastrzeżeniem ust. 4a i 4b”. Dalej podał, że zgodnie (...) z powołanym powyżej pkt 9.1.5 umowy, jeżeli mimo wyjaśnień Wykonawcy nadal istnieje spór odnośnie do Raportu Miesięcznego lub załączników do niego, zostanie on rozstrzygnięty na zasadach określonych w art. 16 Umowy, a Zamawiający - do czasu rozstrzygnięcia sporu - będzie zobowiązany do zapłaty części bezspornej. W takim wypadku Wykonawca zobowiązany będzie do stosownego skorygowania faktury VAT. Jednocześnie z pkt. 9.1.4 umowy wynika, że Zamawiający ma prawo do zgłoszenia uwag do Raportu Miesięcznego przekazanego mu przez wykonawcę. Dodatkowo, zgodnie z pkt. 8.2.1 umowy, wynagrodzenie należne wykonawcy będzie płatne w ciągu 21 dni od dnia zaakceptowania przez Zamawiającego Raportu Miesięcznego, z uwzględnieniem m.in. art. 9.1 Umowy (w tym pkt. 9.1.5 umowy). Z treści umowy, a w szczególności przytoczonych powyżej punktów wynika, że podstawą do zapłaty wynagrodzenia przez Wykonawcę jest prawidłowo wystawiona faktura VAT, m.in. w oparciu o zaakceptowany przez Zamawiającego Raport Miesięczny. W konsekwencji, nie zaakceptowanie przez Zamawiającego Raportu Miesięcznego w całości lub w części może spowodować, że faktura

VAT wystawiona przez wykonawcę będzie zawierała nieprawidłową kwotę wynagrodzenia (ceny za wykonaną usługę), co w świetle przepisów Rozporządzenia MF będzie stanowiło wystarczającą podstawę do wystawienia faktury korygującej. Skarżony przez Odwołującego punkt umowy dotyczy sytuacji, w której kwestionowana będzie treść Raportu Miesięcznego, co będzie się przekładało na wysokość wynagrodzenia za wykonaną usługę. Zatem w takiej sytuacji, jak najbardziej uzasadniony będzie obowiązek wystawienia faktury korygującej przez wykonawcę (co wynika z przytoczonych wcześniej przepisów Rozporządzenia MF). Potwierdzeniem tego jest wskazany w pkt 9.1.5 umowy obowiązek zapłaty części bezspornej wynagrodzenia, co wiązać się będzie z przewidzianym w ostatnim zdaniu tego punktu obowiązkiem wystawienia faktury korygującej. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że jeżeli spór zostanie rozstrzygnięty na korzyść wykonawcy, wystawi on fakturę korygującą podwyższającą kwotę wynagrodzenia. Zatem, wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, podstawą wystawienia faktury korygującej nie będzie spór pomiędzy stronami, tylko wskazanie na fakturze nieprawidłowej kwoty wynagrodzenia, będącej efektem wątpliwości Zamawiającego odnośnie sporządzonego Raportu Miesięcznego, który jest jedyną podstawą do wystawienia faktury VAT.

14. zarzuty nr 18 i 19 dotyczące pkt. 11.1.2. oraz 11.2. wzoru umowy - odpowiedzialność wykonawcy i kary umowne

Zdaniem Zamawiającego te zarzuty świadczą o tym, że odwołanie nie zmierza do eliminacji jakichkolwiek naruszeń, jakich miałby się dopuścić Zamawiający, ale wyłącznie do ukształtowania umowy w sposób jak najbardziej dogodny dla Wykonawcy, przy jak najmniejszym poziomie jego odpowiedzialności za naruszenia, jakich się dopuścił wykonując usługę, co nie może zasługiwać na aprobatę. Opierają się one również na niezrozumieniu postanowień wzoru umowy i ignorowaniu faktu, iż nie modyfikuje on w żaden sposób przewidzianych w przepisach KC ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy (art. 471 oraz art. 472 KC) oraz zasad odpowiedzialności deliktowej za wyrządzoną szkodę (art. 415 KC). Odnośnie zarzutu nr 18 stwierdził, że Odwołujący nie kwestionuje pkt 11.1.1, zgodnie z którym „Wykonawca będzie ponosi odpowiedzialność cywilną wobec osób trzecich za skutki zdarzeń związanych z realizacją Umowy lub za brak podjęcia działań, do których był zobowiązany Umową, w szczególności za wszelkie wypadki i szkody powstałe w związku z wykonywaniem Umów. Niezrozumiałe jest zatem, jego zdaniem, kwestionowanie kolejnego pkt 11.1.2., w którym Zamawiający wskazuje jedynie, iż wykonawca zobowiązany jest (konsekwentnie) zwolnić Zamawiającego z odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody powstałe w związku z realizacją umowy, będące następstwem działań lub zaniechań wykonawcy. Odwołujący błędnie przy tym podnosi, iż tym samym następuje rzekome rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy o sferę tych okoliczności, za które odpowiedzialności on nie ponosi, w szczególności w razie braku winy

po jego stronie. Zasady odpowiedzialności deliktowej zostały określone w art. 415 KC, który wprost odwołuje się do kwestii zawinienia. W tym zakresie wzór umowy nie wprowadza żadnych odmiennych uregulowań. Chybione jest również twierdzenie Odwołującego, że skoro szkoda byłaby przez niego wyrządzona w wyniku wykonywania obowiązków nałożonych na niego przez umowę, to nigdy nie można mu przypisać odpowiedzialności za jej powstanie. Jest bowiem oczywiste, że wykonując wynikający z umowy obowiązek odbioru i transportu odpadów i dokonując w ramach tego obowiązku określonych czynności, czy to w miejscu gromadzenia odpadów na nieruchomości, czy to w trakcie transportu, nie jest wykluczone wyrządzenie przez wykonawcę szkody podmiotom trzecim (w tym w szczególności właścicielom nieruchomości), np. poprzez uszkodzenie lub zniszczenie urządzeń czy też budynków znajdujących się na nieruchomości. W żadnym zaś wypadku umowa nie zobowiązuje wykonawcy do działania niezgodnego z prawem, z góry zakładającego wyrządzenie podmiotom trzecim szkody. Podkreślił, że treść kwestionowanego w odwołaniu pkt. 11.1.2. wzoru umowy stanowi przykład standardowych klauzul stosowanych przez profesjonalistów w obrocie gospodarczym i trudno oczekiwać, żeby Zamawiający ponosił odpowiedzialność za szkody, które wykonawca wyrządza innym podmiotom w zw. z realizacją umowy. Odnośnie zarzutu nr 19 stwierdził, że twierdzenie Odwołującego jakoby niemalże każdy obowiązek zapłaty kary umownej aktualizował się również w przypadku okoliczności za które wykonawca nie ponosi winy jest całkowicie chybiony zważywszy na fakt, że w tym zakresie obowiązują ogólne wynikające z przepisów KC zasady odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, którą umożliwiają wykonawcy eskulpowanie się od zapłaty kary umownej w razie wykazania braku winy po jego stronie. W tym zakresie Zamawiający odwołuje do obszernego komentarza, który został poczyniony w kontekście innych zarzutów.

15. zarzut nr 20 dotyczący pkt. 14.1.3. (ix) wzoru umowy - natychmiastowe rozwiązanie umowy

Zdaniem Zamawiającego, przyjęcie w punkcie 14.1.3. (ix) wzoru umowy, iż przesłanką do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym jest nałożenie na wykonawcę kar, których łączna wysokość przekroczy 20% wynagrodzenia za cały okres trwania umowy, nie narusza przepisów KC i uregulowanie tej kwestii w taki sposób mieści się w granicach swobody kontraktowania stron. Zamawiający nie neguje funkcji kompensacyjnej kary umownej, ale nie widzi jaki to miałyby mieć związek z przesłankami do rozwiązania umowy i twierdzenie wykonawcy, że rozwiązanie umowy na tej podstawie jest niedopuszczalne, gdyż instytucja kary umownej przewidziana w przepisach KC „nie jest powiązana z możliwością rozwiązania umowy” jest niezasadne. Podkreślił, że podstawą do obliczenia pułapu 20% jest całkowite wynagrodzenie wykonawcy określone w pkt. 8.1.1. zdanie ostatnie wzoru umowy.

16. Zarzut nr 21 dotyczący części VI Załącznika nr 10 - kolorystyka pojemników

Zdaniem Zamawiającego, wykonawca nie wykazał w żadnej mierze z jakich przyczyn część VI Załącznika nr 10 do SIWZ miałyby utrudniać uczciwą konkurencję, czy też naruszać zasadę równego traktowania wykonawców. Zupełnie zaś niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który reguluje kwestie dokumentów żądanych od wykonawców przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - zarzut ten nie został w ogóle rozwinięty w odwołaniu. Przywołane przez Odwołującego rozporządzenie określa zasady postępowania wyłącznie - jak wskazuje już jego tytuł – z odpadami opakowaniowymi, nie zaś z wszystkimi frakcjami odpadów komunalnych. Żądanie Odwołującego dotyczy natomiast kolorystyki wszystkich pojemników, a nie tylko pojemników służących gromadzeniu odpadów opakowaniowych. Zamawiający podkreślił, że nie wszystkie odpady komunalne zbierane selektywnie są odpadami opakowaniowymi. Opakowaniem są „wprowadzone do obrotu wyroby wykonane z jakichkolwiek materiałów, przeznaczone do przechowywania, ochrony, przewozu, dostarczania lub prezentacji wszelkich produktów, od surowców do towarów przetworzonych, a także części opakowań i elementy pomocnicze połączone z opakowaniami i przeznaczone do tego samego celu, co dane opakowanie”, a powstałe z nich - i tylko z nich - odpady są odpadami opakowaniowymi („wszystkie opakowania, w tym opakowania wielokrotnego użytku wycofane z ponownego użycia, stanowiące odpady w rozumieniu przepisów o odpadach, z wyjątkiem odpadów powstających w procesie produkcji opakowań” [por. art. 3 ust. 3 pkt 1 cytowanej ustawy]. Dalej podał, że rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 25 października 2005 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami opakowaniowymi (...) dotyczy odpadów opakowaniowych (z grupy 15) natomiast niniejsze postępowanie dotyczy wszystkich odpadów zbieranych selektywnie (także z grupy 20). Stwierdził także, że cyt. rozporządzenie dotyczy jedynie pojemników ustawianych w miejscach publicznych jako tzw. „gniazda recyklingowe” oraz, że przesądza jednoznacznie, że cały pojemnik ma być w tym samym kolorze, albowiem nie wspomina o oznaczeniu kolorystycznym jedynie wybranych elementów pojemników, takich jak np. pokrywa.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wnoszący odwołanie wykonawca miał legitymację do wniesienia tego środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp. W przypadku wykonawcy będzie on legitymowany do wniesienia, tak jak w niniejszej sprawie odwołania, jeżeli wykáže interes w uzyskaniu danego zamówienia] oraz naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, uniemożliwiający mu możliwość jego uzyskania i tym samym skutkiem takich działań jest poniesienie szkody lub możliwość jej poniesienia przez tego wykonawcę. Tak jak ustaliła Izba, w niniejszej sprawie jeden z zarzutów dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a mianowicie kolorystyki pojemników, wymaganej w załączniku nr 10 do specyfikacji i oparty został na naruszeniu art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami opakowaniowymi i tym samym wykonawca ten niewątpliwie, chociażby z tego powodu, legitymowany był do wniesienia odwołania. Odwołującemu zatem przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, wypełniona bowiem została materialno-prawna przesłanka określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowana łącznie jako interes we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Rozpoznając zarzuty z odwołania, Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba uwzględniała także dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu i tym samym podnoszone przez przystępującego wykonawcę dodatkowe zarzuty zarówno faktyczne jak i prawne nie mogły być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby. Izba zwraca także uwagę, że odwołanie [art. 180 ust.3 ustawy Pzp] powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności, której zarzuca się niezgodność z ustawą i m.in. należy obok okoliczności faktycznych wskazać na okoliczności prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzuty z odwołania – w zakresie podtrzymanym na rozprawie - dotyczą załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] oraz wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 13 do tej specyfikacji. Odnośnie załącznika nr 10 do specyfikacji – jak już podano - wnoszący odwołanie wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i

Pracy z dnia 25 października 2005 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami opakowaniowymi. W przypadku kwestionowanych postanowień wzoru umowy odnośnie jej pkt 3.5.3., pkt 1.1., pkt 3.5.5, pkt 3.6.1, pkt 3.6.2., pkt 3.6.3, pkt 4.2.1., pkt 4.4., pkt 6.1.4, pkt 6.2.1. zdanie drugie i zdanie trzecie, pkt 8.2.1., pkt 8.3.1., pkt 9.1.5., pkt 8.2.1., pkt 11.1.2., pkt 11.2. oraz pkt 14.1.3. (ix)], wykonawca wskazał na naruszenie art. 5, art. 353 (1) oraz art. 353 § 2 Kodeksu cywilnego (dalej jako K.c) w zw. z art. 14 ustawy Pzp, a w odniesieniu do pkt 3.5.2 (vi) – na § 9 ust. 2 uchwały Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z 12 marca 2013 r. nr VI/34/2013 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” [dalej jako „Uchwała” (zarzut nr 3)] w zw. z art. 5, art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp i na art. 1 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych, dalej jako „Ustawa o ochronie danych osobowych” w zw. art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp w odniesieniu do pkt 4.2.5. oraz 7.1.

Rozpatrując, zarzut skierowany do załącznika nr 10 do specyfikacji Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie nie wykazał, że postanowienie dotyczące kolorystyki pojemników narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1, czy w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z odpadami opakowaniowymi, nie zezwalającą na opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przede wszystkim Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że wskazane przepisy rozporządzenia, czy też powołanej w toku rozprawy uchwały Zgromadzenia Związku Międzygminnego nr VI/30/2013 nie wymagały zastosowania jednolitej kolorystyki dla całego pojemnika. Tak jak wskazano w każdym z tych dokumentów, oznaczenia dotyczą jednolitej kolorystyki pojemnika, a nie jednego z jego elementów. Domagając się zatem kolorystyki wyróżniającej tylko, co do kłapy, wykonawca de facto domaga się dostosowania tego wymagania do jego własnej sytuacji, wskazując na stosowane od kilkunastu lat przez niego pojemniki do zbiórki selektywnej na rynku poznańskim. Izba ponadto zwraca uwagę, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, reguluje kwestie dokumentów żądanych od wykonawców przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w kontekście kwestionowanej kolorystyki pojemników wymaganej w załączniku nr 10 specyfikacji, wykonawca nie podał, który z dokumentów jest wymagany z naruszeniem powołanego przepisu.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych do wzoru umowy Izba przede wszystkim stwierdza, że w przypadku odwołania, dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie postanowień umowy, podmiotem posiadającym interes w wniesieniu środka ochrony prawnej jest każdy wykonawca zainteresowany ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia publicznego, który wykaże [co najmniej uprawdopodobni], że postanowienia te obiektywnie uniemożliwiają temu wykonawcy udział w postępowaniu lub naruszają uczciwą konkurencję. Taki pogląd wynika z reprezentowanego w doktrynie i orzecznictwa szeroko rozumianej legitymacji materialno-prawnej do wniesienia m.in. odwołania, określanej również, jako „interes w uzyskaniu zamówienia publicznego”.

Zdaniem Izby, z argumentacji Odwołującego, wynika w szczególności, że żądania z odwołania zmierzają do dogodnego ukształtowania umownych obowiązków wykonawcy i obniżenie poziomu umownych zobowiązań oraz odpowiedzialności z tytułu niewykonania, czy też nienależytego wykonania umowy, a także zapewnienie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy bez względu na ocenę przez Zamawiającego wykonanych czynności i bez możliwości weryfikacji prawidłowości wykonania usługi oraz zwolnienie wykonawcy z odpowiedzialności odszkodowawczej, na rzecz podmiotu trzeciego, w przypadku wyrządzenia mu szkody przez tego wykonawcę w związku z realizacją umowy oraz zwolnienie wykonawcy z obowiązku świadczenia usługi w dni wolne od pracy i zawarcie z wykonawcą umowy odrębnej umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych.

W niniejszej sprawie, Izba zwraca uwagę, że wykonawca wskazując na podstawę prawną zarzutu nawiązuje do art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej. Zatem czynnością, o której stanowi ten przepis, będzie taka czynność prawna, jak oświadczenie woli oraz inne pozostałe czynności takie jak m.in. oświadczenia wiedzy, z którymi normy prawne wiążą określone konsekwencje prawne [np. zawiadomienia, czy poświadczenia]. Stosowanymi najczęściej przepisami kodeksu cywilnego są przykładowo przepisy dotyczące zdolności do czynności prawnych, czy też czynności prawnych i ich formy czy też zasad obliczania terminów - w zakresie oczywiście nie uregulowanym w ustawie Pzp. Tym samym, zdaniem Izby, w odniesieniu do wzoru umowy, z uwagi na podnoszony zarzut naruszenia art. 5, art. 353 (1) oraz art. 353 § 2 Kodeksu cywilnego nie ma zastosowania wskazywany art. 14 ustawy Pzp. Odnosnie tak sformułowanych zarzutów do wzoru umowy mogłoby mieć zastosowanie, co najwyżej nawiązanie do art. 139 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Jednocześnie

Izba dalej zauważa, że odwołanie [art. 180 ust.3 ustawy Pzp] powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności, której zarzuca się niezgodność z ustawą i m.in. należy obok okoliczności faktycznych wskazać na okoliczności prawne uzasadniające wniesienie odwołania, analogicznie jak wymaga tego omówiony wcześniej przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Tym samym podnosząc zarzut w odwołaniu należy wskazać przepis ustawy Pzp, którego naruszenie jest podnoszone przez wykonawcę i które prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, bądź utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności uniemożliwiając wykonawcy złożenie oferty. Dalej Izba stwierdza, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia można również rozważać ewentualny wpływ postanowień wzoru umowy na możliwość uzyskania zamówienia, a w związku z tym zastosowanie normy z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis stanowi o ewentualnym wpływie na wynik postępowania. Zdaniem Izby bowiem, obiektywna niemożność ubiegania się danego wykonawcy o zamówienie może być zrównana z wpływem na jego wynik, materializujący się zawężeniem kręgu uczestników postępowania. Zdaniem Izby zwiększone ryzyka ekonomiczne, nie muszą pozbawiać wykonawcy możliwości sporządzenia ważnej oferty.

Izba stwierdza także, że wykonawca kwestionując postanowienia wzoru umowy nie wykazał, że zawarcie umowy na warunkach określonych we wzorze umowy i wskazywanych w tym wzorze ryzykach spowoduje zawarcie nieważnej umowy, bądź też obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia. Odwołujący nie wykazując naruszenia przepisów ustawy Pzp, również nie wykazał przyczyn z powodu których kwestionowane postanowienia wzoru umowy miałyby stanowić nadużycie prawa i miałyby pozostawać w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, czy też wykraczać poza ramy swobody umów, a zatem naruszać wskazany art. 5 kc oraz art. 353 (1) i 353 § 2 kc.

Izba wskazuje również, że w przypadku gdyby doszło do naruszenia któregośkolwiek z przepisów ustawy Kodeks cywilny nie wszystkie uwzględnione zarzuty, odnoszące się do postanowień przyszłej umowy mogą skutkować, ze względu na odpowiednie zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnieniem odwołania. Tylko bowiem ustalenie wpływu na wynik postępowania stwierdzonych naruszeń może powodować jego uwzględnienie.

W odniesieniu do kwestionowanych postanowień wzoru umowy w części dotyczącej braku określenia terminów dla dokonania czynności przez Zamawiającego, Izba zauważa, że zgodnie z art. 455 K.c., w przypadku nie oznaczenia w umowie terminu świadczenia dłużnika, dłużnik ten powinien swe świadczenie spełnić niezwłocznie po wezwaniu przez drugą stronę. Analogicznie należy zatem uznać, że w razie przedstawienia przez wykonawcę

projektu m.in. Harmonogramu odbioru odpadów, z żądaniem jego zaakceptowania zgodnie z umową, to Zamawiający – wobec braku terminu na dokonanie tej czynności - zobowiązany będzie niezwłocznie zgłosić ewentualne uwagi do tego Harmonogramu. Analogiczna zasada dotyczy także wykonawcy, który zgodnie ze wzorem umowy jest również zobowiązany niezwłocznie [na bieżąco] po zaistnieniu okoliczności dokonywać zmian w Harmonogramie oraz niezwłocznie dokonywać wymiany [naprawy] uszkodzonego pojemnika w przypadku zaistnienia okoliczności uniemożliwiających zbiórkę, a także zagrożenie życia lub zdrowia człowieka lub środowiska.

Odnośnie procedury wprowadzania zmian do Harmonogramu, Izba w tym miejscu stwierdza, że Harmonogram jest jednym z kluczowych dokumentów przekazywanych mieszkańcom i musi zawierać określone elementy wskazane w umowie. Ponadto, to Zamawiający jest odpowiedzialny za zapewnienie świadczenia usługi odbioru oraz zagospodarowania odpadów i zatwierdzając taki Harmonogram, powinien mieć zapewnioną kontrolę nad wprowadzanymi do niego zmianami przez wykonawcę, nawet jeżeli te zmiany zostały ograniczone do „nieprzewidzianych okoliczności”. Trudno upatrywać w tym uwarunkowaniu naruszenia swobody umów określonej w przepisach kodeksu cywilnego, albowiem obowiązek uzyskania takiej zgody nie utrudnia wykonawcy możliwości wypełniania obowiązków umownych, za którą ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych wynikających z przepisów K.c. Również nie można uznać, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, za nadużycie prawa, zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego możliwości żądania od wykonawcy wprowadzenia zmian do Harmonogramu, dla zrealizowania tak istotnych celów jak zapewnienie realizacji przez wykonawcę wymogów określonych w Regulaminie Związku oraz zagwarantowania sprawności, częstotliwości i terminowości świadczonych usług, w toku wykonywania umowy, Zdaniem Izby uregulowanie tej kwestii w taki sposób mieści się w granicach swobody kontraktowania stron i jest uzasadnione specyfiką zlecanej usługi, a przesłanki do zmiany Harmonogramu są dostatecznie precyzyjne, a zmiana Harmonogramu żądana przez Zamawiającego może dotyczyć wyłącznie doprowadzenia Harmonogramu do zgodności z Regulaminem Związku (który Wykonawcy jest znany) oraz ma na zapewnianie prawidłowe wykonanie umowy zgodnie z jej treścią (która Wykonawcy również jest znana).

Izba zwraca uwagę, że wzór umowy nie wprowadza innych zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, aniżeli te, które wynikają z zasad ogólnych określonych w art. 471 K.c oraz art. 472 K.c. Wykonawca jest zatem w każdym przypadku odpowiedzialny za zachowanie należytej staranności i w przypadku nałożenia na niego kary umownej przez Zamawiającego może się bronić przed jej zapłatą wykazując, że

niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Tak jak słusznie wskazał Zamawiający, powołując się na orzecznictwa Sądu Najwyższego, przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 K.c, wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 K.c. W konsekwencji niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność i tym samym wynikać musi, co najmniej z nie dołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 K.c.), czyli jego winy w postaci, chociażby niedbalstwa. Kwestia ta wymaga szczególnego podkreślenia w niniejszej sprawie, gdyż w odwołaniu Odwołujący wielokrotnie próbuje wykazać, iż może zostać obciążony karą umowną nawet w sytuacjach przez Odwołującego niezawinionych, co w jego chybnym przekonaniu miałyby potwierdzać zasadność podnoszonych przez niego zarzutów. Także opóźnianie się Zamawiającego z przekazaniem uwag do Harmonogramu, powodujące niedotrzymanie przez wykonawcę terminu opublikowania i dostarczenia Harmonogramu mieszkańcom oraz samemu Zamawiającemu, nie powodować naliczenie wykonawcy kary umownej niezależnie od kwestii zawinienia w niedotrzymaniu terminu. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że wykonawcy nie został narzucony minimalny okres w którym należy opracować taki Harmonogram, jednakże nadmierne wydłużenie terminu opracowania może prowadzić także, do braku możliwości wywiązania się przez Zamawiającego z obowiązków umownych. Co do kwestionowanych postanowień dotyczących kar umownych Izba stwierdza, że odnośne postanowienia wzoru umowy nie modyfikują ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, o których stanowi wskazany art. 471 K.c. i art. 472 K.c. oraz zasady odpowiedzialności deliktowej za wyrządzoną szkodę regulowane art. 415 K.c. Z kolei żądanie wprowadzenia do wzoru umowy klauzuli zwalniającej wykonawcę z odpowiedzialności za szkodę, która byłaby przez niego wyrządzona w wyniku wykonywania obowiązków nałożonych na niego przez umowę, zdaniem Izby, nie zasługuje na aprobatę. Wykonując wynikający z umowy obowiązek odbioru i transportu odpadów i dokonując w ramach tego obowiązku określonych czynności, czy to w miejscu gromadzenia odpadów na nieruchomości, czy to w trakcie transportu i wyrządzając szkodę podmiotom trzecim (w tym w szczególności właścicielom nieruchomości), np. poprzez uszkodzenie lub zniszczenie urządzeń czy też budynków znajdujących się na nieruchomości, wykonawca będzie niewątpliwie ponosił za taką szkodę odpowiedzialność odszkodowawczą.

Odnośnie podstaw rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, gdy nałożone kary przekroczą łącznie 20 % wynagrodzenia za cały okres trwania umowy, Izba stwierdza, że podstawą do obliczenia wskaźnika 20% jest całkowite wynagrodzenie wykonawcy

określone w pkt. 8.1.1. zdanie ostatnie wzoru umowy, a funkcja kompensacyjna kary umownej, nie ma związku z przesłankami do rozwiązania umowy.

Odnośnie zasad rozliczania wynagrodzenia i sporządzania faktur, Izba w szczególności stwierdza, że warunkowanie płatności od akceptacji określonych protokołów zdawczo-odbiorczych, raportów, sprawozdań etc, jest powszechnie przyjętą praktyką w obrocie gospodarczym i trudno dopatrywać się w takim postanowieniu naruszenia art. 5 K.c. oraz art. 353 (1) K.c. Zdaniem Izby, wykonawca, aby udowodnić zasadność zarzutu musiałby wykazać, że treść powołanego punktu 8.3.1 umowy (czyli zasadniczo możliwość wstrzymania przez Zamawiającego wypłaty wynagrodzenia, w przypadku wystawienia faktury niezgodnie z obowiązującymi przepisami lub umową), sprzeciwia się naturze stosunku prawnego, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Powoływany pkt 8.3.1 umowy nie jest sprzeczny z ustawą, gdyż przepisy prawa nie zawierają zakazu zamieszczania tego rodzaju postanowień w umowach cywilnoprawnych. Izba podkreśla, że podstawą wystawienia faktury może być zatwierdzony przez Zamawiającego Raport Miesięczny, W konsekwencji, nie zaakceptowanie takiego Raportu przez Zamawiającego w całości lub w części może spowodować, że faktura VAT wystawiona przez wykonawcę będzie zawierała nieprawidłową kwotę wynagrodzenia (ceny za wykonaną usługę)podatkowych), a to będzie uprawniało Zamawiającego do wstrzymania płatności do czasu prawidłowo wystawionej faktury. Izba zwraca również uwagę, że zgodnie z pkt 9.1.5 umowy obowiązek zapłaty w terminie 21 dni dotyczy części niespornej wynagrodzenia i zgodnie z pkt 9.1.5 umowy, jeżeli mimo wyjaśnień Wykonawcy nadal istnieje spór odnośnie do Raportu Miesięcznego lub załączników do niego, zostanie on rozstrzygnięty na zasadach określonych w art. 16 wzoru umowy i Zamawiający - do czasu rozstrzygnięcia sporu - będzie zobowiązany do zapłaty części bezspornej.

Izba stwierdza, że we wzorze umowy nie zostały nałożone na wykonawcę obowiązki administratora w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych. Tym administratorem danych zgodnie z pkt 4.2.5. wzoru umowy jest Zamawiający. Z kolei wykonawca zgodnie z pkt. 4.2.4. wzoru umowy jest zobowiązany do zachowania poufności informacji pozyskanych w związku z realizacją umowy, w szczególności do przestrzegania przepisów dotyczących ochrony danych osobowych oraz zakazuje wykorzystywania przez wykonawcę pozyskanych danych w żaden inny sposób lub w żadnym innym celu niż dla wykonywania umowy, a pkt 4.2.5. wzoru umowy przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za skutki działania niezgodnego z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych. Zamawiający zatem nie przewidział we wzorze umowy powierzenia mu obowiązków administratora przetwarzania danych osobowych i tym samym wykonawca w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób

przywołane przez niego w odwołaniu postanowienia umowne naruszają art. 1 ust. 2 czy też art. 31 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych.

Także zarzut, dotyczący wymagania nieuprawnionego świadczenia w dni wolne od pracy nie znajduje potwierdzenia we wzorze umowy. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że zgodnie z pkt. 3.B) ppkt. 2.2. siwz - odbiór odpadów komunalnych stanowiący przedmiot zamówienia odbywać się będzie zgodnie z obowiązującym prawem powszechnym oraz miejscowym." Z kolei zgodnie z § 9 ust. 2 uchwały „w przypadku, gdy wyznaczony dla danej nieruchomości dzień tygodnia, w którym następuje odbiór odpadów, przypada w dzień ustawowo wolny od pracy, odbiór odpadów następuje w pierwszym dniu roboczym następującym po dniu ustawowo wolnym od pracy". Reguła wyrażona w Uchwale, co do odbioru odpadów w dni ustawowo wolne od pracy nie została we wzorze umowy zmodyfikowana, a co za tym idzie jest bezwzględnie wiążąca. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że to Harmonogram opracowywany przez wykonawcę określa terminy odbioru odpadów, a taki odbiór ma następować cyklicznie i w sposób przewidywalny oraz zgodny z przepisami, w przypadku tzw. odpadów problemowych. Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, że przepis prawa nie wymaga, aby stosowanie w umowach definicji określonych pojęć było uzależnione od tego, czy dane pojęcie został już zdefiniowane w ustawie. Zamawiający miał zatem prawo wprowadzić do umowy - zwłaszcza dla ułatwienia lektury jej postanowień - własne zbiorcze pojęcia. Izba zwraca również uwagę, że „odpady problemowe” zostały zdefiniowane w umowie za pomocą pojęć znanych już w przepisach prawa powszechnie obowiązującego (w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach czy rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie katalogu odpadów), takich jak zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, odpady wielkogabarytowe, zużyte opony Tym samym nie można zgodzić się z poglądem wykonawcy, że przyjęcie w umowie określonej definicji zbiorczej dla odpadów problemowych miałoby stanowić nadużycie prawa Zamawiającego do swobodnego ułożenia stosunku prawnego z wykonawcą.

Odnosząc się z kolei do zarzutu, dotyczącego użytych w umowie terminów „powstania” i „likwidacji” miejsca gromadzenia odpadów, Zamawiający, zdaniem Izby, wyjaśnił, że samo pojęcie miejsca gromadzenia odpadów (MGO) zostało zdefiniowane w załączniku nr 11 do SIWZ. Natomiast odnosząc się do kwestii „powstania” i „likwidacji” takich miejsc Zamawiający podał, że (...) może występować jedno lub więcej punktów (miejsc) gromadzenia odpadów. Przypadki takie mogą np. wynikać z sytuacji, w której na terenie danej wspólnoty mieszkaniowej, obok lokali mieszkalnych (obsługiwanych za pomocą jednego miejsca gromadzenia odpadów), znajdują się lokale usługowe, z których każdy odrębnie generuje odpady, składa deklarację oraz wymaga dostarczenia stosownego

pojemnika lub pojemników. Co więcej, w toku realizacji umowy liczba miejsc gromadzenia odpadów w ramach danej nieruchomości może ulegać zmianie (na skutek np. powstawania czy likwidacji lokali usługowych etc). Zatem Zamawiający nie ma możliwości zlecenia usługi odbioru odpadów komunalnych z precyzyjnie określonej liczby punktów (miejsc gromadzenia odpadów), która to liczba podlegać będzie w praktyce ciągłym zmianom. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że pojęcie „powstania” i „likwidacji” miejsc gromadzenia odpadów należy rozumieć zgodnie z literalnym brzmieniem tych pojęć i z uwzględnieniem praktyki gospodarczej świadczenia usług danego rodzaju m.in. przez podmiot mający stosowną wiedzę i doświadczenie.

W odniesieniu do zarzutu związanego z obowiązkiem osiągnięcia przez wykonawcę okresowego poziomu recyklingu, Izba przede wszystkim stwierdza, że ten obowiązek, dotyczy odpadów komunalnych odbieranych przez wykonawcę, a nie zbieranych selektywnie na terenie całego ZM GOAP. Obowiązek osiągnięcia określonych poziomów recyklingu ciąży oczywiście na Zamawiającym, jednakże Zamawiający nie jest zobowiązany do prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów samodzielnie, z tego też względu dla realizacji zadania wybiera wykonawców, którym powierza jego realizację i takie działanie jest dopuszczalne przepisami prawa.

Zarzut dotyczący obowiązku informacyjnego o zdarzeniach mogących mieć wpływ na wizerunek Zamawiającego ma drugorzędne znaczenie i nie ma wpływu na zasadnicze obowiązki wykonawcy. Nie powoduje także – wbrew twierdzeniom wykonawcy - zapłaty kary umownej.

W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawca w odniesieniu do kwestionowanych postanowień wzoru umowy nie wskazał w odwołaniu, ani w trakcie rozprawy, zarzucanych zamawiającemu przepisów ustawy Pzp. Izba stwierdza również, że podnoszone zarzuty wynikają w dużej mierze z błędnej interpretacji postanowień wzoru umowy. Izba stwierdza także, że zarzuty podnoszone do wzoru umowy związane są z realizacją przedmiotu zamówienia w przyszłości, a nie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp w związku z procedurą ubiegania się o zamówienie przez wykonawców i wnoszący odwołanie wykonawca, nie wykazał również, kwestionowane przez niego postanowienia wzoru umowy stanowią nadużycie prawa oraz pozostają w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, o których stanowi art. 5 kc i wykraczają poza ramy swobody umów, czym naruszają wskazany art. 353 (1) i 353 § 2 kc.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....