

**Sygn. akt: KIO 369/18**

**WYROK**  
**z dnia 19 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Izabela Niedziałek - Bujak**

**Renata Tubisz**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawcę SUEZ Wschód Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lublin, Pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: SUEZ Wschód Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: SUEZ Wschód Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: SUEZ Wschód Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin na rzecz Zamawiającego: Gminy Lublin, Pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

**Przewodniczący:**.....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Lublin, Pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - 7 części, numer referencyjny: ZP-P-1.271.7.2018.

Ogłoszenie o zamówienie ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lutego 2018 r. pod nr: 2018/S 033-071944, tego samego dnia Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: SUEZ Wschód Sp. z o.o., ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin w dniu 26 lutego 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy:

a) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - braku wskazania przez Zamawiającego maksymalnej ilości pojemników (w tym określonego rodzaju) i worków, jakie Wykonawca powinien zapewnić dla realizacji Zamówienia i poprzestanie jedynie na informacji iż Wykonawca zobowiązany jest zapewnić „odpowiednią ilość pojemników lub worków do zbierania odpadów komunalnych” - pkt 3.2.2) SIWZ, par 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, oraz poprzestaniu na wskazaniu, że Wykonawca „uzgadnia bezpośrednio z właścicielem nieruchomości ilość i rodzaj (pojemność) pojemników lub worków odrębnie dla poszczególnych typów nieruchomości”- par 2 ust. 1 Załącznika nr 1 do SWIZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia („SOPZ”), pomimo, że mieszkańcy nie są dla Wykonawcy stroną umowy. Przy braku wskazania maksymalnej liczby worków, jakie Wykonawca miałby dostarczać właścicielom Zamawiający przewiduje dodatkowo, że ilości te powinny być ustalane zgodnie z zapotrzebowaniem zgłaszanym „ustnie, telefonicznie, e-mailowo, za pośrednictwem formularza na stronie www Wykonawcy oraz osobiście w Biurze Obsługi Klienta” (par 2 pkt 8 SOPZ). Co również ma znaczenie Zamawiający nie wskazał nawet maksymalnej liczby nieruchomości, dla których Wykonawca zobowiązany będzie zapewnić pojemniki i worki w ramach realizacji Zamówienia (par 2 pkt 13 SOPZ), oraz nie wskazał maksymalnej ilości zmiany lokalizacji pojemników, których koszty ma ponieść Wykonawca (par 2 pkt 15 i 16 SOPZ).

b) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - braku wskazania przez

Zamawiającego jakiegokolwiek okresu przejściowego na sporządzenie i dostarczenie właścicielom nieruchomości harmonogramów (par 5 ust. 1 SOPZ, oraz par 5 ust. 7 pkt 1 SOPZ) oraz na rozstawienie pojemników i przekazanie worków (par 3 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy) -których wykonanie przez Wykonawcę - w przypadku zawarcia umowy 1 lipca 2018 lub później - miałyby następować de facto w tym samym dniu co dzień zawarcia umowy i rozpoczęcia odbioru odpadów, co jest czynnością niemożliwą do realizowania.

c) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - nałożenie na Wykonawcę kary umownej za zwłokę w dostarczeniu harmonogramu oraz rozstawieniu pojemników i przekazaniu worków także w sytuacji, w której dojdzie do zawarcia umowy 1 lipca 2018 lub później - pomimo, że w takiej sytuacji spełnienie obowiązku rozstawienia pojemników i dostarczenia worków w terminie wymaganym przez Zamawiającego nie będzie możliwe (par 13 ust. 4 pkt 2, pkt 4 i pkt 5 wzoru umowy) oraz brak ograniczenia w naliczeniu kary za niedostarczenie na nieruchomość harmonogramu odbioru odpadów w przypadku stosowania się przez właściciela nieruchomości do harmonogramu mimo niedostarczenia harmonogramu w sposób fizyczny.

d) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - brak wskazania okresu przejściowego oraz wskazania jak w takim okresie mają być odbierane i zagospodarowywane odpady pomiędzy „starym” systemem zbiórki (podział tylko na frakcje - zmieszaną i segregowaną/suchą) a „nowym” systemem (zarówno dla nieruchomości jednorodzinnych i wielorodzinnych pojawiają się 3 nowe frakcje podlegające odbiorowi), co w przypadku zawarcia umowy 1 lipca 2018 lub później uniemożliwi Wykonawcy dokonywanie prawidłowego odbioru odpadów.

e) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - braku wskazania przez Zamawiającego co w sytuacji, gdy ilości odpadów podlegające odbiorowi i zagospodarowaniu spowodują przekroczenie maksymalnej kwoty wynagrodzenia ujętej w par 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy, przy jednoczesnym zachowaniu obowiązku odbioru przez Wykonawcę odpadów w sposób ciągły w każdej ilości (par 3 ust. 1 i 2 SOPZ).

f) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - nałożenie na Wykonawcę sprzecznego z Ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu w każdym kwartale danego roku, pomimo, że zgodnie ww. ustawą spełnienie takiego obowiązku rozliczane jest rocznie (par 7 ust. 1 - 3 wzoru umowy).

g) w odniesieniu do części zamówienia numer 3, 4, 5 - nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialność za osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, pomimo że w odniesieniu do zmieszanych odpadów komunalnych (kod 20 03 01) wykonawca nie jest zobowiązany do ich zagospodarowania a tylko odebrania i transportu, wraz z nałożeniem kar umownych za nieosiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu mimo, że wykonawca nie ma wpływu na wybór instalacji dla zmieszanych odpadów komunalnych, ani na

przestrzeganie zasad segregacji przez mieszkańców. (Zamawiający w zakresie części 3, 4 i 5 w odniesieniu do zmieszanych odpadów komunalnych (kod 20 03 01) zorganizował Zamówienie tylko na odbiór i transport tych odpadów).

h) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - nałożenie na Wykonawcę obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych dla składowania, także w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji i tym samym ograniczenia Zamówienia w odniesieniu do bioodpadów tylko do odbioru i transportu tych odpadów, bez ich zagospodarowania - odpady te mają zostać w takiej sytuacji przekazane do zagospodarowania w „gminnej instalacji do przetwarzania bioodpadów”.

i) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - nałożenie na Wykonawcę sprzecznego z Ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązku sporządzania kwartalnych raportów dotyczących osiągniętych poziomów recyklingu (par 9 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy), pomimo że zgodnie z ww. ustawą instalacje zagospodarowujące odpady przedstawiają informacje umożliwiające sporządzenie raportu zaledwie dwa razy w roku (art. art. 90a UCPG). Wymóg taki narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez faworyzowanie wykonawców posiadających instalacje.

j) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - ustalenie poziomu kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu dla frakcji papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła na poziomie 5 - krotności kary, którą może otrzymać Zamawiający z tytułu nieosiągnięcia tych poziomów.

k) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - ustalenie poziomu kar umownych za nieosiągnięcie poziomów i) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, oraz ii) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych dla składowania, na poziomie 2 - krotności kary, którą może otrzymać Zamawiający z tytułu nieosiągnięcia tych poziomów.

l) w odniesieniu do wszystkich 7 części Zamówienia - brak określenia lokalizacji „gminnej instalacji do przetwarzania bioodpadów” przez Zamawiającego w przypadku nieskorzystania z niego z prawa opcji w zakresie zagospodarowania odpadów biodegradowalnych i tym samym konieczności przekazania tych odpadów przez Wykonawcę do takiej nieokreślonej w chwili składania ofert „gminnej instalacji do przetwarzania bioodpadów” (par. 4 ust. 8 wzoru umowy dla części 1-6 oraz par. 4 ust. 9 dla części 7 Zamówienia).

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 353<sup>1</sup>

Kodeksu cywilnego („KC”) w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, przejawiające się w szczególności w: 1) zaniechaniu wskazania jakie ilości worków i pojemników Wykonawca zobowiązany jest zapewnić w toku realizacji Zamówienia, które to worki i pojemniki muszą być wliczone w wynagrodzenie za odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów 2) zaniechaniu wskazania maksymalnej dodatkowej ilości worków jakie Wykonawca miały dostarczać właścicielom zgodnie ze zgłaszanym przez nich zapotrzebowaniem, 3) zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego maksymalnego zwiększenia ilości nieruchomości dla których Wykonawca zobowiązany jest zapewnić worki i pojemniki, które w ramach wynagrodzenia za odbiór i zagospodarowanie odpadów wykonawca ma dostarczać właścicielom nieruchomości, 4) zaniechaniu określenia przez Zamawiającego maksymalnej ilości zmiany lokalizacji pojemników, których koszty ma ponieść Wykonawca w ramach wynagrodzenia za odbiór i zagospodarowanie odpadów, 5) zaniechania wskazania jakiegokolwiek okresu przejściowego na sporządzenie i dostarczenie harmonogramów oraz na wyposażenie nieruchomości w worki i pojemniki (co w przypadku podpisania umowy na krótko przed 1 lipca 2018 lub po tej dacie sprawa, że wypełnienie tego obowiązku w terminie będzie niemożliwe), 6) zaniechania wskazania sposobu odbierania i zagospodarowywania odpadów w okresie pomiędzy „starym” a „nowym” systemem, 7) zaniechaniu określenia, co w przypadku gdy ilości odbieranych i zagospodarowywanych odpadów spowodują przekroczenie maksymalnej kwoty wynagrodzenia, 8) zaniechaniu wskazania przez Zamawiającego lokalizacji „gminnej instalacji do przetwarzania bioodpadów” do której Wykonawca będzie zobowiązany przetransportować odpady w przypadku nieskorzystania z Zamawiającego z prawa opcji, co uniemożliwia Wykonawcy rzetelne oszacowanie oferty oraz powoduje przerzucenie ryzyka w ww. zakresie w całości na wykonawcę.

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp , jak również art. 3b, 3c, 9oa Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej UCPG) oraz § 1 - Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, jak również § 1 Rozporządzenia ministra środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązków niemożliwych do wykonania i sprzecznych z prawem a przez to rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotne przekroczenie zasady swobody umów, w szczególności polegające na nałożeniu na wykonawcę obowiązków: 1) w odniesieniu do części 3, 4 i 5 - obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, pomimo że Zamawiający wyłączył z zakresu Zamówienia w tych częściach zagospodarowanie zmieszanych odpadów

komunalnych i wykonawca nie ma wpływu na instalacje, wskazaną mu przez Zamawiającego, 2) nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu w każdym kwartale roku, pomimo że obowiązek taki nie wynika z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku i w praktyce może być niemożliwy do wykonania, 3) nałożenie na wykonawcę obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji także w sytuacji nieskorzystania przez zamawiającego z prawa opcji i tym samym „wyjęcia” zagospodarowania odpadów biodegradowalnych z zakresu Zamówienia, 4) nałożeniu na Wykonawcę sprzecznego z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązku sporządzania kwartalnych raportów dotyczących osiągniętych poziomów recyklingu pomimo, że zgodnie z ww. ustawą podmioty prowadzące instalacje przedstawiają takie informacje dwa razy w roku, 5) nałożenie na wykonawcę obowiązku uzgodnienia ilości pojemników jakie wykonawca ma zapewnić z podmiotem trzecim, na którego działania lub zaniechania wykonawca nie ma żadnego wpływu, 6) na zobowiązaniu Wykonawcy - w sytuacji podpisania umowy na krótko przed dniem 1 lipca 2018, lub po tej dacie- do dostarczenia bardzo dużej ilości worków i pojemników oraz sporządzenia oraz dostarczenia harmonogramów praktycznie w jednym momencie na terenie całego sektora, na którym wykonawca miałby świadczyć usługi,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 i 353<sup>1</sup> KC, art. 483 i 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku określenia warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i uczciwej konkurencji tj. poprzez przyznanie Zamawiającemu: a) prawa do nałożenia kar z zwłokę w spełnieniu obowiązku, którego terminowe wypełnienie w sytuacji zawarcia umowy na krótko przed 1 lipca 2018 lub później w praktyce będzie niemożliwe (sporządzenie i dostarczenie harmonogramów oraz wyposażenie nieruchomości w pojemniki i worki, b) prawa do naliczenia kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu pomimo braku wpływu wykonawcy na osiągnięte w poziomie tj. i) dla części 3, 4 i 5 z zakresu Zamówienia wyłączone zostało zagospodarowanie odpadów zmieszanych, ii) dla wszystkich części Zamówienia w przypadku nieskorzystania z prawa opcji - zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji zostaje wyłączone z zakresu Zamówienia, iii) dla wszystkich części Zamówienia - w roku 2018 i 2021 Wykonawca będzie wykonywał umowę tylko przez pół roku jednak został obciążony odpowiedzialnością i karą za osiągnięcie danego poziomu w całym roku , c) prawa do naliczenia kar umownych w rażąco dużej wysokości, sprzecznej z zasadami współżycia społecznego i społeczno-gospodarczym przeznaczeniem kary tj. pięciokrotności i dwukrotności kary jaka może zostać nałożona na Zamawiającego za nieosiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu.

Odwołujący wnosił o zmianę postanowień Ogłoszenia i SIWZ poprzez:

- wskazanie w par. 2 SOPZ maksymalnej liczby worków i pojemników, jakie Wykonawca ma dostarczyć właścicielom nieruchomości dla danej części Zamówienia.

- wykreślenie z pkt 3.2.2) SIWZ, par. 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, oraz par 2 ust. 1 SOPZ zapisów mówiących o uzgadnianiu z właścicielami nieruchomości ilości i rodzajów pojemników lub worków które mają być dostarczone na nieruchomości.

- wykreślenie par 2 pkt 8 ppkt 3 b SOPZ mówiącego o możliwości dowolnego zgłaszania przez mieszkańców dodatkowej ilości worków, jakie Wykonawca ma dostarczyć właścicielom nieruchomości zgodnie ze zgłaszanym zapotrzebowaniem.

- wskazanie w par 2 pkt 13 SOPZ maksymalnego zwiększenia ilości nieruchomości, dla których Wykonawca zobowiązany jest zapewnić pojemniki i worki wtoku realizacji Zamówienia.

- wskazanie w par 2 pkt 15 i 16 SOPZ maksymalnej ilości zmiany lokalizacji pojemników, których koszty ponosi Wykonawca.

- wskazanie w ramach par. 3 wzoru umowy wystarczającego, co najmniej 1 miesięcznego okresu na sporządzenie i dostarczenie harmonogramów właścicielom nieruchomości.

- dostosowanie zapisów par. 13 ust. 4 pkt 2 wzoru umowy do wskazanego powyżej okresu na sporządzenie i dostarczenie harmonogramów właścicielom nieruchomości, po przekroczeniu którego kara za zwłokę w tym przedmiocie będzie mogła być naliczana.

- wprowadzenie w par. 13 ust. 4 pkt 2 i pkt 3 ograniczenia w naliczeniu kary za niedostarczenie na nieruchomość harmonogramu odbioru odpadów w przypadku stosowania się przez właściciela nieruchomości do harmonogramu mimo niedostarczenia harmonogramu w sposób fizyczny.

- wskazanie w ramach par. 3 wzoru umowy wystarczającego, co najmniej dwumiesięcznego okresu na wyposażanie nieruchomości w worki i pojemniki w ramach każdej części Zamówienia.

- dostosowanie zapisów par. 13 ust. 4 pkt 4 i pkt 5 wzoru umowy do wskazanego powyżej okresu na wyposażenie nieruchomości w worki i pojemniki, po przekroczeniu którego kara za zwłokę w tym przedmiocie będzie mogła być naliczana.

- wskazanie w SOPZ, w przypadku zawarcia umowy w dniu 1 lipca 2018 lub później, w jaki sposób ma przebiegać odbiór i zagospodarowanie odpadów w okresie pomiędzy „starym” a „nowym” systemem zbiórki odpadów.

- wskazanie w par. 3 ust. 1 i 2 SOPZ, że Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia ciągłego i nieprzerwanego odbioru odpadów, jednakże tylko do momentu wyczerpania maksymalnej kwoty wynagrodzenia określonej w umowie.

- wskazanie w ramach par. 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy, że w przypadku wyczerpania całkowitej kwoty wynagrodzenia za realizację danej części Zamówienia objętej umową,



przedmiotowa umowa ulega automatycznemu rozwiązaniu, a dla zapewnienia ciągłego i nieprzerwanego odbioru odpadów Zamawiający może udzielić Wykonawcy zamówienia z wolnej ręki.

- w odniesieniu do części Zamówienia numer 3, 4 i 5 - wykreślenie z wzoru umowy pełnej odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie poziomów recyklingu z powodu zorganizowania Zamówienia w zakresie zmieszanych odpadów komunalnych tylko na odbiór, bez zagospodarowania tych odpadów.

- w odniesieniu do części zamówienia numer 3, 4 i 5 - wykreśleniu z par. 13 wzoru umowy kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu.

- w odniesieniu do wszystkich części Zamówienia - wykreślenie pełnej odpowiedzialności Wykonawcy za osiągnięcie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji.

- określenie w ramach par. 13 ust. 1-3 wzoru umowy, że w sytuacji nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w odniesieniu do zagospodarowania odpadów biodegradowalnych, Wykonawca nie podlega karze za nieosiągnięcie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

- wykreślenie z par. 7 wzoru umowy zobowiązania wykonawcy do osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu i poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji w każdym kwartale realizacji Zamówienia i wpisanie zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zobowiązania do osiągnięcia ww. poziomów w ujęciu rocznym (poza latami 2018 i 2021, gdzie Wykonawca będzie wykonywał przedmiot Zamówienia przez pół roku).

- wykreślenie z par. 9 wzoru umowy obowiązku wykonawcy do przedstawiania kwartalnych raportów zawierających informację (par 9 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy).

- wskazanie w par 4 ust. 8 wzoru umowy dla części Zamówienia nr 1-6, oraz w par 4 ust. 9 wzoru umowy dla części numer 7 Zamówienia, lokalizacji gminnej instalacji do przetwarzania bioodpadów.

- dostosowanie wszystkich innych zapisów Ogłoszenia i SIWZ, w tym OPZ i wzoru umowy w zakresie wynikającym z powyższych zmian.

Odwołujący wnosil również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W odniesieniu do zarzutu ad 1 a) - brak określenia maksymalnej liczby worków i pojemników, które Wykonawca ma zapewnić w toku realizacji zamówienia Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami ogłoszenia i SIWZ, przedmiotem zamówienia

jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Lublin.

Wyjaśnił przy tym, że zamówienie podzielone jest na 7 części i w ramach realizacji usług dla każdej części, zgodnie z pkt 3.2.2) SIWZ oraz par. 2 ust. 1 pkt 3 Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia pojemników i worków z których prowadzony ma być odbiór poszczególnych frakcji odpadów. Jednocześnie całość wynagrodzenia Wykonawcy, za wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym wyposażenie nieruchomości w ww. pojemniki i worki, zawierać się musi w kwocie wynagrodzenia za odbiór i zagospodarowanie odpadów.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że o ile wynagrodzenie za główny przedmiot umowy (odbiór i zagospodarowanie odpadów) ma charakter obmiarowy (cena za 1 Mg), o tyle wynagrodzenie za wyposażenie nieruchomości w worki i pojemniki ma charakter ryczałtowy - zawierający się niezależnie od ilości pojemników i worków w wskazanej powyżej cenie za odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Z tego wnioskował, że Wykonawca musi więc w takiej sytuacji wiedzieć jaki jest rozmiar/zakres usługi wymaganej przez Zamawiającego.

Zauważył przy tym, że w związku z wejściem w życie Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, Zamawiający doprowadził do modyfikacji systemu selektywnej zbiórki panującego w mieście Lublin. I tak, w przypadku prowadzenia zbiórki w sposób selektywny, dotychczas nieruchomości jednorodzinne wyposażone były w jeden pojemnik (odpady zmieszane) i dwa worki (selektywnie zbierane tzw. „suche” odpady i odpady zielone), zaś nieruchomości wielorodzinne wyposażone były w dwa pojemniki (na odpady zmieszane i selektywnie zbierane). W związku ze zmianą systemu zbiórki, frakcja która dotychczas określana była jako sucha, zawierająca tworzywa sztuczne, metale, papier i szkło, zostanie w ramach zamówienia rozdzielona na 3 frakcje zawierające i) tworzywa sztuczne z metalami, ii) papier i iii) szkło. Dodatkowo, odpady biodegradowalne występujące dotychczas tylko jako tzw. odpady zielone, zostały podzielone na odpady zielone (kod 20 02 01) i odpady tzw. „kuchenne” (kod 20 01 08). W efekcie, w ramach realizacji zamówienia nieruchomości jednorodzinne muszą zostać wyposażone w 2 pojemniki i 4 rodzaje worków (zamiast dotychczasowego 1 pojemnika i 2 rodzajów worków), oraz nieruchomości wielorodzinne muszą zostać wyposażone w 5 pojemników (zamiast dotychczasowych 2 pojemników).

Odwołujący argumentował, że w skali całego zamówienia (jak podaje Zamawiający w wykazie nieruchomości łączna liczba budynków mieszkalnych to 20.666 budynków jedno i wielo-rodzinnych), a nawet w skali poszczególnych jego części, wyposażenie nieruchomości w pojemniki i worki będzie stanowiło bardzo istotny czynnik kosztotwórczy. Co więcej, skala w jakiej wykonawca będzie musiał dokonać zakupu przedmiotowych pojemników i worków, jest na tyle duża, że Wykonawca musi z góry wiedzieć ile pojemników i worków ma zapewnić. Jest to istotne zarówno na etapie przygotowywania kalkulacji oferty, jak również na etapie przygotowywania się od strony logistycznej do zakupu i dostarczenia dużej ilości pojemników i worków.

Niedopuszczalne – zdaniem Odwołującego - jest w tej sytuacji poprzestanie przez Zamawiającego na stwierdzeniach, że wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia „odpowiedniej ilości pojemników lub worków do zbierania odpadów komunalnych” (pkt 3.2.2 SIWZ, § 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy).

Zarzucił również, że Zamawiający w ramach ogłoszenia i SIWZ nie podaje nawet szacunkowej liczby worków i pojemników, jakie zobowiązany jest Wykonawca zapewnić, lecz nakazuje Wykonawcy „uzgodnienie bezpośrednio z właścicielem nieruchomości ilość i rodzaj (pojemność) pojemników lub worków odrębnie dla poszczególnych typów nieruchomości” (§ 2 ust. 1 SOPZ).

W ocenie Odwołującego - niedopuszczalne jest takie przerwienie na Wykonawcę zadania, które należy do Zamawiającego, tj. określenia wielkości zamówienia, które Wykonawca ma wykonać.

Podkreślił, że właściciele nieruchomości nie pozostają z Wykonawcą w jakimkolwiek stosunku zobowiązaniowym i nie są dla niego stroną umowy, a Zamawiający w tym zakresie nie przewiduje dodatkowo żadnych reguł „rozstrzygających” np. co się stanie jeśli zdaniem wykonawcy należy podstawić 2 pojemniki o pojemności 240l, zaś w opinii mieszkańca potrzebne będą 3 pojemniki o pojemności 1100l.

Według Odwołującego - całkowicie nieprawidłowe jest więc założenie, aby treść zobowiązania łączącego Zamawiającego i Wykonawcę, określana była przez podmiot trzeci, niezależny od tego stosunku zobowiązaniowego.

Z powyższego – w opinii Odwołującego – wynika, że przedmiot zamówienia został więc bezspornie opisany w sposób niejednoznaczny i mogący prowadzić do bardzo dużej rozbieżności w ramach składanych ofert. Dodatkowo, w związku z wspomnianą powyżej

całkowitą zmianą systemu selektywnej zbiórki trudno uznać, aby podmioty dotychczas realizujące odbiór odpadów z terenu gminy Lublin mogły jednoznacznie wskazać ilości potrzebnych pojemników czy worków, z tego powodu, że nie jest to możliwe (nawet biorąc pod uwagę doświadczenie i informacje o nieruchomościach przekazane przez Zamawiającego), a także dlatego, że takie kształtowanie opisu przedmiotu zamówienia mogłoby prowadzić do pokrzywdzenia podmiotów dotychczas nie realizujących odbioru odpadów na terenie miasta Lublin.

Na marginesie tak określonego obowiązku Wykonawcy do uzgodnienia z właścicielami nieruchomości ilości i rodzaju pojemników i worków, zwrócił uwagę, że w praktyce w przypadku zawarcia umowy 1 lipca 2018 lub później wymóg taki będzie niemożliwy do zrealizowania, gdyż Zamawiający oczekiwać będzie prowadzenie odbiorów wg nowego systemu już od pierwszego dnia obowiązywania umowy.

Jednocześnie Wykonawca wyraził przekonanie, że zastosowany przez Zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia narusza także zasady uczciwej i transparentnej konkurencji, gdyż szacunki przyjmowane przez Wykonawców mogą od siebie bardzo istotnie odbiegać, przez co i same oferty będą nieporównywalne.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający zobowiązany jest do podania maksymalnej ilości pojemników i worków, jakiej wymaga od Wykonawcy dla każdej części zamówienia.

Powyższe argumenty zachowują swoją aktualność, także względem postanowień dotyczących:

- swobodnego/uznaniowego zgłaszania przez właścicieli nieruchomości dodatkowego zapotrzebowania na worki, bez wskazania jakichkolwiek maksymalnych ilości worków, które miałyby zapewnić Wykonawca
- dowolnego zwiększania przez Zamawiającego liczby nieruchomości, dla których Wykonawca zobowiązany będzie zapewniać worki i pojemniki, bez określenia maksymalnej ilości takich zwiększeń lub maksymalnej ilości pojemników i worków, które musiałyby zapewnić dla takich nowo obsługiwanych nieruchomości.
- swobodnej ilości zgłaszania przez Zamawiającego żądanych zmian lokalizacji pojemników należących do Zamawiającego, które to przemieszczenia pojemników Wykonawca zobowiązany jest zrealizować każdorazowo, w dowolnej ilości i na własny koszt.

Odwołujący przekonywał, że wskazanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny jest niezbędne do należytej wyceny ofert, w tym w szczególności do uzyskania przez Zamawiającego ofert porównywalnych tj. skalkulowanych

na podstawie jasnych, jednoznacznych informacji i danych. Niewskazanie ilości pojemników i worków powoduje, że oferty wykonawców będą nieporównywalne, bo każdy z nich jest uprawniony do przyjęcia różnych szacunków. Tylko właściwy sposób opisu przedmiotu zamówienia daje Zamawiającemu gwarancję uzyskania ofert porównywalnych, obejmujących ten sam zakres rzeczowy zamówienia i ryzyka mu towarzyszące zaś wykonawcom daje szansę na rzetelną wycenę kosztów realizacji zamówienia i oszacowanie ceny oferty.

Odwołujący wyraził również pogląd, że nie sposób sobie wyobrazić, że w przypadku usługi odbioru i utrzymania odpadów można było skalkulować realną i opłacalną ofertę cenową możliwą do prawidłowego porównania z innymi ofertami bez znajomości podstawowych parametrów mających znaczenie dla jej kalkulacji. Tymi są niewątpliwie maksymalna ilość odpadów oraz podstawowe koszty materiałowe - koszty pojemników.

Poprzez brak wskazania maksymalnej ilości pojemników i worków określonego rodzaju oraz ilości worków, podania maksymalnego zwiększenia nieruchomości (maksymalnej ilości nieruchomości), które mają być wyposażone w pojemniki i worki, maksymalnej ilości zmian lokalizacji pojemników gminnych, Zamawiający w całości przerzuca na wykonawcę całe ryzyko niedoszacowania przez siebie ww. parametrów.

W ten sposób, sprzecznie z treścią art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wykonawcy zostali pozbawieni możliwości oszacowania takiego ryzyka i jego wliczenia w cenę oferty.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający winien – zdaniem Odwołującego - sprecyzować wszystkie ww. okoliczności i w ten sposób, dokonać opis przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Uzasadnione byłoby również wprowadzenie w § 16 wzoru umowy możliwości zmiany umowy w razie zwiększenia ponad maksymalne wielkości ilości pojemników, worków czy ilości punktów do zaopatrzenia w worki i pojemniki.

W zakresie zarzutu dotyczącego ad 1 i) - k) rażąco wysokich kar za nie osiągnięcie poziomów recyklingu i redukcji ilości składowanych odpadów biodegradowalnych Odwołujący wskazał na postanowienie § 13 ust. 1-3 wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek zapłaty bardzo wysokich kar umownych z tytułu nieosiągnięcia określonych poziomów recyklingu i redukcji składowania odpadów biodegradowalnych, bo aż pięciokrotności (poziomy recyklingu) i dwukrotności (odpady bio) kar które Zamawiający może otrzymać od WIOŚ.

W ocenie Odwołującego - tego rodzaju zastrzeżenie należy uznać za zdecydowanie zbyt daleko idące i naruszające art. 5 KC, art. 353<sup>1</sup> KC oraz 483 KC w zw. z art. 14 ustawy

Pzp poprzez rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przyznania Zamawiającemu uprawnienia do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej.

Zdaniem Odwołującego - wysokość kary umownej, jeśli w ogóle taka kara znajdowała by się w umowie, powinna wynosić równowartość kary nałożonej przez WIOŚ na Zamawiającego, a i to tylko w przypadku faktycznej zapłaty takiej kary przez Zamawiającego. W przeciwnym razie zapisy te prowadzą do istotnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego.

Co istotne, wywodził, że tak określone kary umowne w praktyce powodują, że po stronie Zamawiającego nie ma najmniejszej motywacji do wspierania osiągnięcia tych poziomów, współpracowania z Wykonawcą w zakresie akcji edukacyjnych o konieczności segregowania odpadów itp.

W praktyce bowiem Zamawiający może być zainteresowany wręcz nieosiągnięciem nałożonych na Wykonawcę poziomów, gdyż okoliczność taka będzie prowadziła do istotnego wzbogacenia po jego stronie. Tym bardziej więc w zaproponowanym przez Zamawiającego ukształtowaniu tych kar umownych widać rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów oraz przede wszystkim naruszenie społeczno-gospodarczego przeznaczenia tego prawa i zasad współżycia społecznego.

Pismem z dnia 9 marca 2018r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, oświadczając, że uznaje odwołanie w części zarzutów określonych w treści odwołania jako lit. b), c), d), e), f), g), h), i), l), oraz w części zarzutu określonego lit. a) w zakresie treści § 2 ust.1 pkt 3 wzoru umowy, obejmującego nałożony na wykonawcę obowiązek uzgadniania z właścicielami nieruchomości ilości i rodzaju pojemników, oraz z zakresie braku wskazania maksymalnej ilości zmiany lokalizacji pojemników i wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Nadto, Zamawiający oświadczył, że nie uznaje zarzutów odwołania w pozostałej części tj. lit. j), k) oraz części zarzutu, objętego lit. a) dotyczącej braku wskazania przez Zamawiającego maksymalnej ilości pojemników i worków, jakie wykonawca powinien zapewnić do realizacji zamówienia oraz braku wskazania maksymalnej ilości nieruchomości.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 marca 2018r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 19 marca 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do ustalenia na gruncie SIWZ maksymalnej ilości worków i pojemników do realizowanej zbiórki selektywnej, a także ustanowienia kary umownej w wysokości iloczynu pięciokrotności i dwukrotności stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt.3.2.2. SIWZ postanowił, że zakres zamówienia obejmuje wykonanie usługi polegającej na wyposażeniu nieruchomości, na której zamieszkują mieszkańcy, w odpowiednią ilość pojemników i worków do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywaniu pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym. Analogiczne brzmienie Zamawiający zawarł w § 2 ust.1 pkt 3 wzoru umowy.

Na tle powyższego wymagania SIWZ Odwołujący sformułował zarzut obowiązku wskazania przez Zamawiającego maksymalnej liczby worków i pojemników.

Według zapatrywania Izby, wszystkie informacje podane przez Zamawiającego na gruncie pkt.3.4. SIWZ oraz załączników nr 5a – g, nr 7, nr 12 (wielkość zamówienia – oznaczone masy odpadów do odbioru, rodzaje pojemników określone w uchwale nr 484/XVIII/2016 Rady Miasta Lublin z dnia 19 maja 2016r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublin i zmieniającej ją uchwałę nr 954/XXXVI/2017 z dnia 16 listopada 2017r.(Dz.U.2017r., poz.4633), wskazane ilości budynków jednorodzinnych i wielorodzinnych, ilości gospodarstw domowych w zabudowie jednorodzinnej i wielorodzinnej) były jednoznaczne i wyczerpujące oraz umożliwiały Odwołującemu odpowiednie określenie liczby worków i pojemników, a przez to właściwe skalkulowanie oferty.

Mając wiedzę, co do ilości budynków i ilości osób oraz wymagania co do pojemności pojemników, Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Lublina, Odwołujący może wyliczyć ilość niezbędnych pojemników i worków, dostosować do tej ilości i pojemności pojemników harmonogram wywozu nieczystości.

Izba dokonując rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie wzięła pod uwagę okoliczność wykonywania przez Odwołującego podobnej umowy, przy uwzględnieniu analogicznych postanowień SIWZ ( vide: zamówienie o numerze ZP-P-I.2711.77.2015).

Zdaniem Izby - na powyższy stan rzeczy nie ma wpływu zmiana systemu selektywnej zbiórki powodująca zwiększenie ilości frakcji, a w konsekwencji zwiększenie ilości worków i pojemników. W ocenie Izby sam mechanizm szacowania ilości worków i pojemników nadal pozostaje ten sam.

Faktu tego nie zmienia stanowisko Odwołującego, że w odniesieniu do gospodarstw domowych jednoosobowych i dwuosobowych można oszacować wielkość wymaganych worków i pojemników, natomiast przy gospodarstwach powyżej 3 osób nie można ustalić takich ilości, co nie zostało przez Odwołującego wykazane.

Powoływana przez Odwołującego okoliczność wskazująca, że ilości worków i pojemników mogą odbiegać od tych deklarowanych przez mieszkańców, co również ma wpływ na niedokładność szacowania, a tym samym na konieczność posiadania wiedzy odnośnie maksymalnej ilości worków i pojemników, nie ma żadnego znaczenia, z tego względu, że taka sytuacja może hipotetycznie wystąpić w każdym kontakcie. Odwołujący w ogóle nie udowodnił skali takich sytuacji wpływających na sporządzenie oferty.



Dodatkowo, wymaga również zauważenia, iż pojemniki i worki nie stanowią przedmiotu zamówienia i nie są elementem oferty wycenianej w oparciu o frakcje odpadów, które będą podlegały zagospodarowaniu. Według ustaleń Izby pojemniki takie po zakończeniu umowy pozostaną w gestii Odwołującego.

Stąd, ilości pojemników i worków faktycznie stanowią niejako zasób techniczny konieczny do realizacji zamówienia i stanowią normalny element przedsiębiorstwa zajmującego się świadczeniem tego rodzaju usług. Kwestii prawidłowej organizacji do wykonania świadczenia nie można przerzucać na Zamawiającego, który dostarczył wszystkie dane jakie posiada.

Reasumując, Izba stanęła na stanowisku, że zarzut naruszenia art.29 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie zasługuje na uwzględnienie.

Dodatkowo, Izba uznała, że powyższy opis przedmiotu zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji(art.29 ust.2 ustawy Pzp) i nie narusza zasady równości i konkurencyjności(art.7 ust.1 ustawy Pzp), skoro w sprawie tej żaden z wykonawców nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, który zresztą sam przyznał, że na rynku odpadów działają również inne podmioty w warunkach konkurencji.

Dalej, w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia drugiego zarzutu odwołania(lit. j i k), Izba ustaliła, że w Zamawiający wprowadził następujące brzmienie § 13 ust.1 – 3 wzoru umowy:

„§ 13 ust.1 wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej, w przypadku nieosiągnięcia w danym kwartale obowiązywania umowy ograniczenia składowania, recyklingu, przygotowania do ponownego użycia oraz odzysku w wysokości obliczonej odrębnie dla wymaganego poziomu:

- 1) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła,
- 2) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych,

3) ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przeznaczonych do składowania.

ust.2 kary umowne, o których mowa w ust.1 pkt 1, oblicza się jako iloczyn pięciokrotnej wysokości stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła.

ust.3 kary umowne, o których mowa w ust.1 pkt 2 i 3, oblicza się jako iloczyn dwukrotnej wysokości stawki opłaty za zmieszane odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego:

- 1) poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych,
- 2) poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przeznaczonych do składowania.”

W zakresie zarzutu nadmiernie wygórowanych kar umownych trzeba wskazać na istotną okoliczność związaną z ustalonym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert i jej wagi – poziom recyklingu – 40%(pkt 13.2 SIWZ) na wybór oferty najkorzystniejszej, a także wiążący dla przyszłego wykonawcy charakter deklaracji przyjętej na etapie złożenia oferty.

Każdy wykonawca składając deklarację co do poziomu recyklingu powinien mieć świadomość odpowiedzialności za złożone oświadczenie, które ma istotne znaczenie z punktu widzenia uznania oferty za najkorzystniejszą.

W związku z powyższą treścią SIWZ, odnosząc się do zarzutu nadmiernie wygórowanego poziomu kar umownych należy wskazać, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że powyższa wysokość zastrzeżonych kar umownych stanowi działanie Zamawiającego sprzeczne z art.353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego.

W szczególności z oświadczenia Zamawiającego wynika, że ma on powody do utrzymania kar umownych na spornym poziomie dla zabezpieczenia odpowiedniego poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych, ograniczenia

masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przeznaczonych do składowania, zresztą w granicach zobowiązania Odwołującego.

Natomiast, z oświadczenia Odwołującego należy wnioskować, że nie jest on zainteresowany ponoszeniem ryzyka na powyższym poziomie.

Zdaniem Izby - powyższa zasada swobody umów jest wyrazem autonomiczności postaw uczestników obrotu i ingerencja w nią może mieć charakter wyjątkowy.

W myśl powołanego wyżej przepisu 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.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący w tym zakresie nie przeprowadził żadnego dowodu na okoliczność wystąpienia przesłanek z tego przepisu.

Ostatecznie, Izba nie rozpoznawała tych zarzutów, które zostały przez Odwołującego wycofane jako bezprzedmiotowe.

Pismem z dnia 19 marca 2018r. Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w zakresie uznanym przez Zamawiającego jako lit. b, c, d, e, f, g, h, i, l oraz w części zarzutu określonego jako lit. a w zakresie dot. treści par. 2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, obejmującego nałożony na wykonawcę obowiązek uzgadniania z właścicielami nieruchomości ilości i rodzaju pojemników, oraz w zakresie braku wskazania maksymalnej ilości zmiany lokalizacji pojemników, oraz w odniesieniu do części zarzutu określonego jako lit. a w zakresie braku wskazania maksymalnej ilości nieruchomości.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:.....**

.....

.....