

**Sygn. akt: KIO 1088/22  
KIO 1092/22  
KIO 1096/22  
KIO 1098/22  
KIO 1100/22**

**WYROK  
z 3 czerwca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ernest Klauziński  
Małgorzata Matecka  
Marzena Teresa Ordysińska  
Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu posiedzeniu niejawnym z udziałem stron 26 maja 2022 r. oraz na rozprawie 30 maja 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 kwietnia 2022 r przez:

1. Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1088/22),
2. W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1092/22),
3. M. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne Błysk M. M. z siedzibą w Łomży (sygn. akt KIO 1096/22),
4. PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1098/22),
5. Partner Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1100/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1. M. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne Błysk M. M. z siedzibą w Łomży zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1088/22, KIO 1092/22, KIO 1098/22 i KIO 1100/22 po stronie odwołujących,
2. W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1088/22, KIO 1096/22, KIO 1098/22 i KIO 1100/22 po stronie odwołujących,
3. Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 1092/22, KIO 1096/22, KIO 1098/22 i KIO 1100/22 po stronie odwołujących,

4. PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 1088/22 po stronie odwołującego,
5. Partner Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 1088/22, KIO 1092/22, KIO 1096/22 i KIO 1098/22 po stronie odwołujących,
6. J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Woli Duckiej zgłaszającej przystąpienie do postępowania o sygn. akt: KIO 1088/22 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1088/22 w zakresie zarzutu nr 1 lit. a, c, e i f oraz zarzutu nr 3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1092/22 w zakresie zarzutów nr 1, 2, 4, 7 i 8. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1096/22 w zakresie zarzutów oznaczonych literą a i d. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1098/22 w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum odwołania numerami: 2, 3, 4 i 6 oraz zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania numerem V lit. B, C, E, F, G, H, I, J oraz K. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
5. Umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1100/22 w zakresie zarzutów oznaczonych w uzasadnieniu odwołania numerami I.1, I.2 i II.3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1088/22 obciąża odwołującego: Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
  - 6.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
  - 6.2 zasądza od odwołującego Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
7. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1092/22 obciąża odwołującego: W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie i:
  - 7.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

7.2 zasądza od odwołującego W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

8. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1096/22 obciąża odwołującego: M. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne Błysk M. M. z siedzibą w Łomży i:

8.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

8.2 zasądza od odwołującego M. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne Błysk M. M. z siedzibą w Łomży na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

9. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1098/22 obciąża odwołującego: PreZero Bałtycka Energia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

9.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

9.2 zasądza od odwołującego PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

10. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1100/22 obciąża odwołującego: Partner Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie i:

10.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

10.2 zasądza od odwołującego Partner Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1088/22  
KIO 1092/22  
KIO 1096/22  
KIO 1098/22  
KIO 1100/22  
KIO 1101/22

## Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Bielany, Żoliborz, Praga-Południe, Praga-Północ, Rembertów, Wawer, Wesoła, Ursynów i Wilanów m.st. Warszawy (Zadania nr 1, 5, 6 i 8)”, nr postępowania: ZP/GP/271/IV-59/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 kwietnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 073-195721.

KIO 1088/22

21 kwietnia 2022 r. wykonawca Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Remondis), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 PZP w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i uniemożliwiających jej prawidłową wycenę, a także nieproporcjonalny i naruszający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do nieporównywalności ofert, a zarazem naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim:
  - a. w § 2 ust. 5 Umowy oraz § 8 pkt 1 ppkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia (Dalej: OPZ) Wykonawca zobowiązany jest spełniać wymagania określone w ustawie z 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110, z późn. zm.), w szczególności zobowiązany jest zapewnić udział poszczególnych rodzajów pojazdów przy wykonywaniu Umowy na poziomie nie niższym niż określony w tej ustawie, bez doprecyzowania, że

- powyższe wymaganie ma zostać spełnione na podstawie pojazdów faktycznie realizujących przedmiot Umowy w zakresie realizowanych tras odbioru odpadów.
- b. w § 48 pkt 2 OPZ Zamawiający przewidział, że badanie poprawności świadczenia usługi uwzględnia nie tylko zgodność sposobu świadczenia usługi z Umową oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w tym Regulaminem, ale również aspekty fizyczne realizowanej usługi (w tym, czy usługa jest fizycznie możliwa do zrealizowania tak, jak wskazują to dane przekazane przez wykonawcę) i sytuację na terenie nieruchomości (w tym, czy cechy nieruchomości umożliwiają realizację usługi tak, jak wskazują to dane przekazane przez wykonawcę) bez jednoczesnego określenia, jakie parametry/sposób realizacji usługi uzna za poprawne w toku takiego badania, co uniemożliwia wykonawcy określenie wymaganego sposobu świadczenia oraz naraża go na ryzyko stwierdzenia uchybień skutkujących brakiem wypłaty wynagrodzenia lub naliczeniem kary umownej, gdyż zgodnie z § 4 ust. 7 pkt 2 b) Umowy wg tych kryteriów weryfikowane będzie miesięczne Sprawozdanie z Realizacji Umowy;
  - c. w dokumentach zamówienia brak określenia minimalnego strumienia odpadów poszczególnych frakcji podlegających odbiorowi w każdym z zadań, co uniemożliwia ustalenie minimalnego wynagrodzenia, jakie wykonawca może otrzymać z tytułu realizacji zamówienia, a tym samym, nie jest możliwe określenie minimalnej wartości świadczenia wbrew dyrektywie wynikającej z art. 433 pkt 4 Pzp;
  - d. zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy w zw. z § 38 ust. 2 OPZ, wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie iloczyn wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od liczonej w linii prostej, najkrótszej odległości od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, co jest sposobem nieadekwatnym do wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż odległości w linii prostej nie odpowiadają faktycznym odległościom pokonywanym przez pojazdy przy realizacji Umowy a ujednoczenie stawki w takim przypadku uniemożliwia prawidłową wycenę oferty;
  - e. Zamawiający przewidział w § 34 ust. 9 pkt 2 OPZ wymóg dot. zabezpieczeń systemowych wykorzystywanych w trakcie realizacji usługi niemożliwy do spełnienia w zakresie dot. przekroczenia wartości legalizacji wagi;
  - f. Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny ilości i rodzaju pojemników przeznaczonych do gromadzenia poszczególnych frakcji - § 7 ust. 8 OPZ;

2. art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim:
  - a. w § 11 ust. 16 pkt 5 Umowy zastrzeżono, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 10% cen ryczałtowych, o których mowa w 56 ust. 2 Umowy mimo, że z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 48 miesięcy, jest wysoce prawdopodobne, że wzrost kosztów związanych z wykonaniem Zamówienia przekroczy zakładany przez Zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiłoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z dyspozycją art. 439 ust. 1 Pzp;
  - b. w § 11 ust. 16 pkt 1 i 4 Umowy, wskazano, że Strony będą uprawnione do waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji, w której poziom zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy względem kosztów, odpowiednio: przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia oraz kosztów przyjętych dla celów poprzedniej waloryzacji, przekroczy poziom 7%, co stanowi próg zbyt wysoki dla faktycznej skuteczności zastosowania waloryzacji i prowadzi do niezgodności z dyspozycją art. 439 ust. 1 Pzp;
  - c. Zamawiający nie przewidział możliwości waloryzacji (zmiany) wynagrodzenia za transport odpadów (ceny ryczałtowe, o których mowa w § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy) w sytuacji znaczącej zmiany wysokości ceny paliwa;
3. art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc w związku z art. 8 ust. 1 PZP przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim:
  - a. Zamawiający przewidział wynagrodzenie za pojemniki uzależnione od przekroczenia maksymalnej łącznej pojemności pojemników (56 ust. 2 pkt 2 Umowy) mimo, że wynagrodzenie to powinno być powiązane wyłącznie z maksymalną ilością pojemników
  - b. w § 10 ust. 8 Umowy określono wysokość kosztów zagospodarowania, które ponieść musi Wykonawca, w sposób nadmiernie wysoki, nieadekwatny oraz uniemożliwiający Wykonawcy prawidłową wycenę ryzyka, a tym samym - ustalenie ceny ofertowej;
  - c. Umowa nie zawiera postanowień dot. Siły Wyższej;

d. Zamawiający przewidział w Umowie niewspółmiernie wysoką karę w stosunku do uchybienia (§ 8 ust. 3 pkt 44) oraz nie doprecyzował stopnia uchybienia.



W związku ze zmianami treści SWZ oraz postanowień Wzoru umowy wprowadzonymi przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, Odwołujący Remondis w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oświadczył, że wycofuje zarzuty nr 1 lit. a, c, e i f oraz zarzut nr 3. W zakresie podtrzymanych zarzutów Odwołujący Remondis wniósł nakazanie Zamawiającemu następujących zmian warunków zamówienia:

1.

- b. wykreślenie § 48 pkt 2 oraz 54 ust. 7 pkt 2 lit. b) OPZ lub wskazanie zamkniętego i konkretnego katalogu kryteriów poprawności świadczenia usługi tj. jednoznaczne określenie „fizycznych aspektów”;
- d. zmianę 6 ust. 2 pkt 1 Umowy oraz 538 ust. 2 OPZ przez określenie, że wynagrodzenie Wykonawcy zależne będzie od najkrótszej odległości od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeladunkowych, o których mowa w 538 OPZ, liczonej po najkrótszej trasie rzeczywistej (po drogach publicznych) możliwej do przebycia przez pojazdy o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony;

2.

- a. zwiększenie maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji, o której mowa w § 11 ust. 16 pkt 5 Umowy, do 30% cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 Umowy;
- b. obniżenie poziomu zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy, który zgodnie z § 11 ust. 16 pkt 1 oraz § 11 ust. 16 pkt 4 Umowy uprawniać będzie do żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy (waloryzacji) do 2%;
- c. wprowadzenie do Umowy mechanizmu waloryzacji (zmiany) wynagrodzenia za transport odpadów (w zakresie wysokości cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy) zgodnie, z którym w przypadku zmiany ceny paliwa w postaci oleju napędowego (Ekodiesel), określonej przez spółkę PKN ORLEN S.A. w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 10% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie na dzień składania ofert każda ze Stron może wystąpić do drugiej Strony z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, wraz ze wskazaniem całkowitej kwoty, o jaką wynagrodzenie powinno ulec zmianie i daty, od której nastąpiła bądź nastąpi zmiana wysokości kosztów wykonania Umowy uzasadniająca zmianę wysokości wynagrodzenia, załączając uzasadnienie faktyczne i prawne żądanej zmiany.

21 kwietnia 2022 r. wykonawca W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W. B. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Byś), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 Pzp oraz art. 116 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i prowadzący do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (pkt. 12.2.3. SWZ i odpowiednio III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu), a zarazem wykraczający poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, przez przyjęcie, że wykonawcy muszą wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia

w odbiorze wskazanych w opisie warunku ilości odpadów komunalnych w ciągu jednego roku kalendarzowego, w sytuacji gdy wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w odbiorze odpadów w określonej ilości w okresie dłuższym niż 1 rok również gwarantuje należyte wykonania zamówienia, ale też przyjęcie nieproporcjonalnych ilości wykazywanych dla spełnienia warunku dla każdego zadań, nie związanych proporcjonalnie z przewidywanymi ilościami i w oderwaniu od przewidywanej ilości odpadów odbieranych w każdym z nich (brak odpowiedniego skorelowania ilości wykazywanych dla spełnianie warunku z przewidywanymi ilościami realizacji usług odbioru dla każdego z zadań), co jednocześnie prowadzi do naruszenia równego

i uczciwego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu;

2. art. 112 ust. 1 Pzp, art. 113-116 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp przez zaniechanie wprowadzenia proporcjonalnych i niezbędnych do prawidłowej oceny zdolności wykonawców do wykonania zamówienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania:
  - a) uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej;
  - b) zdolności technicznej;
3. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp przez:
  - a) określenie w pkt. 26.2. SWZ kryterium środowiskowego (Kś) o wadze 20%, w sposób, który nie realizuje celu tego kryterium, pozostaje w sprzeczności z regulacjami ustawy z 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 110 ze zm.) i w sposób niczym nie uzasadniony preferuje grupę wykonawców dysponujących nieekologicznym

- parkiem samochodów, a nadto prowadzi do wyboru oferty jedynie pozornie najkorzystniejszej;
- b) określenie w pkt. 26.1. SWZ podkryteriów cenowych (C 40 i St) w proporcji wag nieodzwierciedlających faktycznego udziału tych kosztów w realizacji przedmiotu zamówienia, a nadto przy użyciu wzoru, który prowadzi do wewnętrznej sprzeczności i nie oddaje nawet przyjętych wag tych podkryteriów, co prowadzi do niczym nieusprawiedliwionej preferencji określonej grupy wykonawców oraz prowadzi do wyboru oferty jedynie pozornie najkorzystniejszej;
4. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 3531 w zw. z art. 5 w zw. z art. 436 oraz art. 487 § 2 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny, a także nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzanie oferty, uniemożliwiający jej prawidłową wycenę, a także nieproporcjonalny i naruszający uczciwą konkurencję oraz prowadzący do nieporównywalności ofert, a zarazem naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim:
- a) w § 38 pkt 2 OPZ Zamawiający wskazał niewystarczające i niepozwalające na przygotowanie i wycenę oferty informacje na temat instalacji i stacji przeładunkowych przypisanych do poszczególnych zadań z podziałem na frakcje, wskazując zgodnie z § 38 pkt 3 i 4 OPZ, że informacje te uzupełni wyłącznie w ograniczonym zakresie i już po zawarciu umowy;
- b) w § 48 pkt 2 OPZ Zamawiający przewidział, że badanie poprawności świadczenia usługi odbywać się będzie nie tylko w odniesieniu do zgodności sposobu świadczenia usługi z umową oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w tym Regulaminem, ale będzie uwzględniać również inne aspekty, bez jednoznacznego określenia, jakie parametry/sposób realizacji usługi uzna za poprawne w toku takiego badania, co uniemożliwia wykonawcy określenie wymaganego sposobu świadczenia oraz naraża go na ryzyko stwierdzenia uchybień skutkujących brakiem wypłaty wynagrodzenia lub naliczaniem kary umownej, gdyż zgodnie z § 4 ust. 7 pkt 2 b) Umowy wg tych kryteriów weryfikowane będzie miesięczne Sprawozdanie z Realizacji Umowy;
- c) w dokumentach zamówienia brak określenia minimalnego strumienia odpadów poszczególnych frakcji podlegających odbiorowi w każdym z zadań, co uniemożliwia ustalenie minimalnego wynagrodzenia, jakie wykonawca może otrzymać z tytułu realizacji zamówienia, a tym samym, nie jest możliwe

określenie minimalnej wartości świadczenia wbrew dyrektywie wynikającej z art. 443 pkt 4 Pzp;

- d) w ppkt 23.1 części IV SWZ Zamawiający przewidział, że ryzyko związane ze zmianami stawki podatku VAT obciąża Wykonawcę i powinno być uwzględnione w ofercie, natomiast w § 11 ust. 2 pkt 1 Umowy zmianę stawki podatku od towarów i usług (VAT) przewidziano jako jedną z podstaw do zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia Wykonawcy, tym samym zachodzi sprzeczność wewnętrzna w dokumentacji zamówienia, która nie pozwala prawidłowo przygotować oferty;
5. art. 436 pkt 2 oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę i przewidujący określenie wynagrodzenia wykonawcy za realizację usługi przez określenie w § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy w zw. z § 38 ust. 2 OPZ, wynagrodzenia Wykonawcy jako iloczyn wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od liczonej w linii prostej, najkrótszej odległości od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, co jest sposobem nieadekwatnym do wyliczenia wynagrodzenia Wykonawcy, gdyż odległości w linii prostej nie odpowiadają faktycznym odległościom pokonywanym przez pojazdy przy realizacji Umowy, a ujednoczenie stawki w takim przypadku uniemożliwia prawidłową wycenę oferty, a nadto przy zastosowaniu niczym nieuzasadnionego współczynnika korygującego (L – 40), jak też zastosowanie wzoru sprzecznego z przyjętymi kryteriami oceny ofert;
6. art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 4) Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez określenie warunków zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz nie umożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zamówienia publicznego w zakresie, w jakim:
- a) w § 11 ust. 16 pkt 5 Umowy zastrzeżono, że maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 10% cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 Umowy mimo, że z uwagi na aktualny poziom inflacji oraz planowany okres realizacji zamówienia wynoszący 28-46 miesięcy, jest wysoce prawdopodobne, że wzrost kosztów związanych z wykonaniem Zamówienia przekroczy zakładany przez Zamawiającego próg, co przy utrzymaniu ww. ograniczenia, pozbawiałoby wykonawcę prawa do waloryzacji umowy, co jest wprost sprzeczne z

dyspozycją art. 439 ust. 1 Pzp;

- b) w § 11 ust. 16 pkt 1 i 4 Umowy, wskazano, że Strony będą uprawnione do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, w której poziom zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy względem kosztów, odpowiednio: przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia oraz kosztów przyjętych dla celów poprzedniej waloryzacji, przekroczy poziom 7%, co stanowi próg zbyt wysoki dla faktycznej skuteczności zastosowania waloryzacji i prowadzi do niezgodności z dyspozycją art. 439 ust. 1 Pzp;
7. art. 433 pkt 3 oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę i przewidujący odpowiedzialność wykonawcy również za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w zakresie, w jakim w § 8 ust. 2 Umowy, wskazano, że wykonawca będzie odpowiedzialny wobec osób trzecich za wszelkie skutki działań lub zaniechań powstałe w związku z realizacją przez wykonawcę Umowy i zobowiązany jest do zwolnienia Zamawiającego od wszelkich roszczeń osób trzecich związanych z realizacją Umowy przez wykonawcę, co umożliwia również nałożenie odpowiedzialności na wykonawcę w sytuacji, w której wykonuje Umowę w sposób należyty i zgodnie z jej postanowieniami;
8. art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie, w jakim w § 10 ust. 8 Umowy określono wysokość kosztów zagospodarowania, które ponieść musi wykonawca, w sposób nadmiernie wysoki, nieadekwatny oraz uniemożliwiający Wykonawcy prawidłową wycenę ryzyka, a tym samym – ustalenie ceny ofertowej.

W związku ze zmianami treści SWZ oraz postanowień Wzoru umowy wprowadzonymi przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, Odwołujący Byś w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oświadczył, że wycofuje zarzuty nr 1, 2, 4, 7 i 8. W zakresie podtrzymanych zarzutów Odwołujący Byś wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących zmian warunków zamówienia:

3.

- a) Nakazanie całkowitej rezygnacji w kryterium środowiskowym z punktowania pojazdów spełniających normę EURO 5 oraz ewentualne wprowadzenie wyższej punktacji za wykorzystywanie pojazdów bezemisyjnych określonych ustawą z 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r.

poz. 110, z późn. zm.), do realizacji przedmiotu zamówienia;

- b) Nakazanie ustalenia wag dla podkryteriów cenowych odpowiednio: C 40 – 90% w ramach kryterium „Cena brutto”, St – 10% w ramach kryterium „Cena brutto” oraz odpowiedniego dostosowania wzoru tak by odzwierciedlał te wagi, a najlepiej przez użycie formuły, w której porównanie ofert następuje odrębnie dla każdego z podkryteriów cenowych (odrębnie dla C40 z wagą 90% i odrębnie dla St z wagą 10%);
5. zmianę § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy oraz § 38 ust. 2 OPZ przez określenie, że wynagrodzenie wykonawcy zależne będzie od najkrótszej odległości od granicy zadań do instalacji lub stacji przeladunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej po najkrótszej trasie rzeczywistej (po drogach publicznych) możliwej do przebycia przez pojazdy o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony, oraz rezygnację ze współczynnika korygującego (L – 40) i przyjęcie, że stawka za odbiór odpadów komunalnych będzie stosowana do stacji przeladunkowej wykonawcy (względnie do instalacji znajdującej się do 40 km od granic zadania, jeśli wykonawca nie wiezie odpady bezpośrednio do instalacji), zaś stawka za 1 km transportu odpadów będzie stosowana na trasie od stacji przeladunkowej wykonawcy do instalacji/stacji przeladunkowej podmiotu zagospodarowującego odpady, jeżeli instalacja/stacja podmiotu zagospodarowującego będą znajdowały się powyżej 40 km od granic zadania;
- 6.
- a) zwiększenie maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywania waloryzacji, o której mowa w § 11 ust. 16 pkt 5 Umowy, do 30% cen ryczałtowych, o których mowa w § 5 ust. 2 Umowy;
- b) obniżenie poziomu zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy, który zgodnie § 11 ust. 16 pkt 1 oraz § 11 ust. 16 pkt 4 Umowy uprawniać będzie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy (waloryzacji) do 2%.

KIO 1096/22

21 kwietnia 2022 r. wykonawca M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne Błysk M. M. z siedzibą w Łomży (dalej: Odwołujący Błysk), wniosła odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie:

- a) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez określenie warunku udziału

w postępowaniu odnoszącego się do posiadania doświadczenia w wykonaniu usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (na skutek przyjęcia bardzo dużej wymaganej ilości odpadów oraz zawężenia okresu, w jakim doświadczenie może być zdobyte do jednego roku kalendarzowego) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób, który nie określa minimalnego poziomu zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, co w konsekwencji ogranicza konkurencję w Postępowaniu w sposób niezgodny z podstawowymi zasadami prowadzenia Postępowania i prowadzi do uprzywilejowania wykonawców, którzy dotychczas świadczyli tego typu usługi na rzecz Zamawiającego,

b) art. 240 Pzp i art. 241 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 99 Pzp przez ukształtowanie zasad dokonywania oceny ofert w Kryterium „Cena brutto” w sposób, który nie jest adekwatny do przedmiotu, zakresu, charakteru i wartości usług składających się na przedmiot zamówienia, a nadto w sposób, który nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej,

c) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 5 Kc oraz art. 487 § 2 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w tym przez wprowadzenie mechanizmu wzajemnego dokonywania rozliczeń pomiędzy stronami umowy, w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności na skutek wprowadzenia sztucznego podziału na stawkę za odbiór 1 Mg odpadów dla 40 km

od granic zadania i stawkę za transport 1 Mg odpadów oraz rozliczenia za kilometr świadczonej usługi transportowej liczony w linii prostej, co w konsekwencji prowadzi do nieporównywalności złożonych ofert, może skutkować brakiem uzyskania przez wykonawcę wynagrodzenia za rzeczywiście wykonane usługi, a nadto stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszystkich ryzyk związanych z koniecznością transportu odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowych położonych w większej odległości względem granic zadania w sytuacji, gdy wykonawcy nie mają żadnego wpływu na wybór instalacji przewidzianych do zagospodarowania odpadów i nie mogą, nawet przy dochowaniu podwyższonej staranności ustalić, do jakich instalacji będą przekazywane odpady w toku realizacji zamówienia, co z kolei świadczy o naruszeniu zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego i o sprzeczności tego stosunku

z jego właściwościami i zasadami współżycia społecznego,

d) art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 483 Kc i w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 99 Pzp przez zastrzeżenie we wzorze umowy rażąco wygórowanych kar umownych (§ 8 ust. 3 pkt

44 Wzoru umowy), co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, naruszając zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, a same kary umowne stają się w ten sposób nadmierne i nieadekwatne do stopnia zawinienia wykonawców oraz szkody, jaką Zamawiający mógłby potencjalnie ponieść z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania.

W związku ze zmianami treści SWZ oraz postanowień Wzoru umowy wprowadzonymi przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, Odwołujący Błysk w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oświadczył, że wycofuje zarzuty oznaczone lit. a i d. W zakresie podtrzymanych zarzutów Odwołujący Błysk wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących zmian warunków zamówienia:

- b) zmianę pkt 26.1.SWZ przez przyjęcie samodzielnych wag dla podkryterium cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych i podkryterium stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, z zastrzeżeniem, że waga pierwszego ze wskazanych podkryteriów powinna być nie mniejsza niż 55% (55 pkt ze 100 pkt możliwych do uzyskania ze wszystkich kryteriów oceny ofert), a drugiego nie większa niż 5% (5 pkt ze 100 pkt możliwych do uzyskania za wszystkich kryteriów oceny ofert), co łącznie dawałoby kryteriom cenowym wagę 60%, a w ślad za tym wykreślenie zawartego obecnie w pkt 26.1.1. SWZ wzoru na wyliczenie sumy stawek ważonych dla wskazanych tu podkryteriów;
- c) zmianę § 6 ust. 2 Wzoru umowy (i dokonanie odpowiednich modyfikacji innych zapisów SWZ) przez przyjęcie, że cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych będzie miała zastosowanie dla odbioru odpadów komunalnych i ich transportu do stacji przeladunkowej wykonawcy lub odpowiednio instalacji lub stacji przeladunkowych wskazanych w § 38 OPZ zlokalizowanych do 40 km od granic zadania, zaś stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów będzie miała zastosowanie do rozliczenia kosztów transportu odpadów do instalacji lub stacji przeladunkowej wskazanej w § 38 OPZ, z tym zastrzeżeniem, że w obu przypadkach odległości winni być liczone po najkrótszej trasie dojazdowej dla pojazdów o ładowności powyżej 3,5 tony.

KIO 1098/22

21 kwietnia 2022 r. wykonawca PreZero Bałtycka Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie



(dalej: Odwołujący PreZero), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 ust. 1 Pzp przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że:
  - a) stronom przyznane zostało uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy ograniczone do przypadku, gdy poziom zmiany kosztów związanych z realizacją umowy, względem kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy, przekroczy poziom 7%, gdy tymczasem poziom ten jest zbyt wysoki, aby skutecznie stosować klauzulę waloryzacyjną i uchronić strony przez skutkami zmian kosztów w sposób zgodny z celem klauzuli waloryzacyjnej,
  - b) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji została ograniczona do 10% cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 umowy, gdy tymczasem (z uwagi na zakładany czas realizacji zamówienia i niestabilną sytuację gospodarczą) wysoce prawdopodobne jest, że wzrost kosztów będzie na tyle wysoki, że przewyższy zakładany przez Zamawiającego próg 10%, a tym samym wykonawca zostanie pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia;
2. art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 i art. 17 Pzp przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy, nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i przenosi na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia w ten sposób, że nie obejmuje (jako jednej z przesłanek zmiany umowy wskazanych w § 11 ust. 2 wzoru umowy) okoliczności związanej z drastycznym wzrostem cen paliwa, którego koszt jest kluczowym czynnikiem cenotwórczym z punktu widzenia realizacji zamówienia;
3. art. 16 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego w zakresie, w jakim nie zostaje wyłączona (w drodze odpowiednich postanowień umownych) odpowiedzialność stron z tytułu niewykonania

lub nienależytego wykonania umowy w przypadku wystąpienia siły wyższej, tj. zdarzenia spowodowanego czynnikami zewnętrznymi i będącego poza kontrolą strony, których ze względu na swój wyjątkowy charakter, strona, mimo zachowania należytej staranności, nie mogła przewidzieć ani uniknąć, w szczególności przez zachowanie odpowiednich środków technicznych lub ekonomicznych, dopóki zdarzenie takie i jego konsekwencje nie zostaną przewyżnione, gdy tymczasem aktualna sytuacja geopolityczna, w tym w szczególności wojna w Ukrainie, pokazała jak dynamicznie i nieprzewidywalnie zmieniać mogą się warunki, w jakich realizowane jest zamówienie publiczne, co może uniemożliwić stronie wykonanie lub należyte wykonanie określonych obowiązków z przyczyn od tej strony niezależnych, za co strona

ta nie powinna ponosić odpowiedzialności;

4. art. 16 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 487 § 2 Kc w zw. z art. 483 § 1 Kc oraz w zw. z art. 484 § 1 i 2 Kc przez ukształtowanie warunków zamówienia w sposób, który narusza równowagę stron umowy i jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego w zakresie, w jakim formułuje kary umowne rażąco wygórowane, nieproporcjonalne w stosunku do skali uchybienia wykonawcy lub w oderwaniu od celu, jakiemu służyć powinna kara umowna, co w konsekwencji powoduje powstanie po stronie wykonawcy zbyt dużego ryzyka kontraktowego;
5. art. 99 ust. 1 oraz ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieprecyzyjny, który narusza zasady efektywności, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ryzyk kontraktowych i prawidłową wycenę;
6. art. 239 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 i art. 242 ust. 2 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób dowolny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieuwzględniający aspektów środowiskowych.

W związku ze zmianami treści SWZ oraz postanowień Wzoru umowy wprowadzonymi przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, Odwołujący PreZero w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron oświadczył, że wycofuje zarzuty 2, 3, 4 i 6 oraz zarzuty

oznaczone

w uzasadnieniu odwołania numerem V lit. B, C, E, F, G, H, I, J oraz K. W zakresie podtrzymanych zarzutów Odwołujący PreZero wniósł o nakazanie Zamawiającemu następujących zmian warunków zamówienia:

1.
  - A. obniżenie (w § 11 ust. 16 pkt 1 i 4 wzoru umowy) poziomu zmiany kosztów związanych z realizacją umowy względem kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tak aby strona była uprawniona do żądania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, gdy poziom ten przekroczy poziom 2%;
  - B. podwyższenie (w § 11 ust. 16 pkt 5 wzoru umowy) poziomu maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji do 30% cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 wzoru umowy;
5. w zakresie zarzutów dotyczących Opisu przedmiotu zamówienia:
  - A. wskazanie w § 10 ust. 8 wzoru umowy, że koszty zagospodarowania odpadów nieobjętych przedmiotem Umowy ustalone zostaną w oparciu o rzeczywiście ponoszone koszty zagospodarowania odpadów, w szczególności przez odwołanie się do stawek wskazanych w umowach z podmiotami trzecimi,
  - D. wskazanie w § 48 ust. 2 OPZ (Załącznika nr 1 do wzoru umowy), że badanie poprawności świadczenia usługi uwzględnia tylko zgodność sposobu świadczenia usługi z Umową oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w tym Regulaminem, wykreślając fragment: ale również aspekty fizyczne realizowanej usługi (w tym, czy usługa jest fizycznie możliwa do zrealizowania tak, jak wskazują to dane przekazane przez Wykonawcę) i sytuację na terenie nieruchomości (w tym, czy cechy nieruchomości umożliwiają realizację usługi tak, jak wskazują to dane przekazane przez Wykonawcę),
  - L. wskazanie w § 28 ust. 6 pkt 4 OPZ, że wykonawca nie ma obowiązku zwiększania minimalnej częstotliwości w stosunku do odpadów zielonych i wielkogabarytowych ponad wartości wskazane w Regulaminie;

KIO 1100/22

21 kwietnia 2022 r. wykonawca Partner Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Partner), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie:

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia:

1. art. 16 pkt 1 i 3 Pzp tj. obowiązku przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny (kwestionowane postanowienia SWZ przedstawione w uzasadnieniu odwołania),
2. art. 99 ust 1 Pzp przez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, niewystarczająco jednoznaczny, precyzyjny i wyczerpujący a także nieuwzględniający wszystkich koniecznych wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert jak również uniemożliwiających prawidłową wycenę ofertową,
3. art. 99 ust 4 Pzp przez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję,

w zakresie kryterium oceny ofert „Kryterium środowiskowe”

1. art. 16 pkt 1 i 3 Pzp tj. obowiązku przygotowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny w odniesieniu do kryterium oceny ofert jak i sposobu oceny ofert w ramach tego kryterium,
2. art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp przez zastosowanie w postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, kryterium które w aktualnej postaci nie zapewnia najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzącego do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów prowadząc do naruszenia art. 239 ust 2 Pzp - uznania za najkorzystniejszą oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,
3. art. 242 ust. 2 pkt Pzp, przez określenie kryterium oceny ofert w sposób, który nie premiuje faktycznie produktu lepszego i nie istnieją żadne obiektywne przyczyny dla preferowania przez Zamawiającego pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 5 i przyznawania za nie dodatkowych punktów w procesie oceny ofert,

w zakresie warunków realizacji zamówienia

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 487 § 2 Kc przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, nieprecyzyjny uniemożliwiający prawidłową wycenę oraz prowadzący do nieporównywalności ofert a także stanowiący naruszenie zasady współzycia społecznego oraz równowagi stron umowy.

W związku ze zmianami treści SWZ oraz postanowień Wzoru umowy wprowadzonymi przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, Odwołujący Partner w toku posiedzenia niejawnego

z udziałem stron oświadczył, że wycofuje zarzuty I.1 i I.2 dotyczące okresu

przygotowawczego oraz zarzut II.3. Odwołujący Partner podtrzymał zarzuty III, IV, V i VI (oznaczenie wg numeracji zawartej w uzasadnieniu odwołania), tj.:

- III. Zarzut dotyczący tras w linii prostej,
- IV. Zarzut dotyczący kryterium środowiskowego,
- V. Zarzut dotyczący spełnienia wymagań ustawy o elektromobilności,
- VI. Zarzut dotyczący wymaganej ilości pojazdów.

W zakresie podtrzymanych zarzutów Odwołujący Partner wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmian warunków zamówienia w sposób szczegółowo opisany w uzasadnieniu odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedziach na odwołania, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego. Tym samym Izba uznała za niezasadne twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący Błysk nie miał interesu do wniesienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1096/22. Okoliczności na które powołał się Zamawiający, tj. twierdzenie, że Odwołujący Błysk nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia w postępowaniu m. in. ze względu na brak niezbędnych uprawnień w ocenie Izby na obecnym etapie postępowania mogą zostać uznane jedynie za hipotetyczne. Ofertę w postępowaniu może złożyć każdy zainteresowany podmiot, a kwestią dalszej oceny i czynności Zamawiającego w postępowaniu jest weryfikacja spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i możliwość udzielenia

zamówienia danemu wykonawcy. Z tego względu nie można uznać, że ze względu na możliwość zaistnienia zdarzeń o charakterze przyszłym i niepewnym Odwołujący Błysk nie jest legitymowany do skorzystania z wniesienia środka ochrony prawnej w postępowaniu.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ oraz Załącznika nr 2 do SWZ (Wzoru umowy z załącznikami). Ponadto Izba przeprowadziła dowód ze wszystkich dokumentów złożonych przez strony w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zarzuty dotyczące ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych zależnej od liczonej w linii prostej, najkrótszej odległości od granicy zadań do instalacji lub stacji przeladunkowych (Zarzut nr 1b odwołania KIO 1088/22, zarzut nr 5 odwołania KIO 1092/22, zarzut oznaczony lit. c odwołania KIO 1096/22, zarzut III odwołania KIO 1100/22).

Odwołujący zakwestionowali § 6 ust. 2 pkt 1 Umowy w brzmieniu:

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

- 1) iloczynu wyrażonej w Mg Masy Bezspornej oraz ceny ryczałtowej brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych, w zależności od liczonej w linii prostej, najkrótszej odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeladunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, tj.:
  - a) ..... zł za 1 Mg (słownie złotych: ..... 00/100) – dla odległości do 40 km,
  - b) w wysokości obliczonej wg wzoru:  $C + (S \times (L - 40))$ , gdzie: C jest równe stawce określonej w lit. a, S jest równe stawce za 1 km transportu 1 Mg odpadów wynoszącej .... zł (słownie złotych: ..... 00/100), a L jest równe odległości od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeladunkowej – dla odległości powyżej 40 km”.

Odwołujący wskazali również na związek przytoczonego postanowienia Umowy z § 38 ust. 2 OPZ, w którym Zamawiający zawarł tabelaryczne zestawienie instalacji i stacji przeładunkowych, przypisanych do poszczególnych zadań, z podziałem na frakcje, obowiązujące na 28 marca 2022 r., oraz odległość instalacji i stacji przeładunkowych stanowiącą podstawę do obliczenia wynagrodzenia zgodnie z § 6 Umowy.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazywali na istotne rozbieżności między odległościami mierzonymi w linii prostej oraz rzeczywistymi odległościami instalacji od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowych. Odwołujący podnieśli, że przyjęta przez Zamawiającego metoda obliczania ceny za odbiór 1 Mg odpadów jest wadliwa w ten sposób, że prowadzi do braku porównywalności cen ofert złożonych w postępowaniu. Spowoduje ponadto szereg istotnych trudności w prawidłowej kalkulacji ceny odbioru 1 Mg odpadów.

Zamawiający z kolei wskazał (czemu Odwołujący nie zaprzeczyli), że kwestionowane przez Odwołujących rozwiązanie obowiązuje w dotychczas realizowanych na jego rzecz umowach. Co za tym idzie zdaniem Zamawiającego nietrafne były argumenty Odwołujących o trudnościach w ustaleniu ceny za odbiór odpadów. Zamawiający podkreślił ponadto, że cena za odbiór 1 Mg odpadów ma charakter ryczałtowy, więc możliwe jest zastosowanie pewnych uproszczeń w sposobie jej obliczania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron oraz po przeprowadzeniu wnioskowanych przez strony dowodów Izba uznała, że omawiany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba oceniając § 6 ust. 2 pkt 1 Wzoru umowy nie dopatryła się przede wszystkim naruszenia przepisów Pzp. Co oczywiste, Zamawiający jako gospodarz postępowania, w granicach przepisów Pzp uprawniony jest do kształtowania warunków zamówienia w sposób jaki uznaje za dogodny i pozwalający na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Fakt, że warunki te mogą być niedogodne dla potencjalnych wykonawców, czy też wydawać się im nieracjonalne nie ogranicza powyższego uprawnienia zamawiającego.

W ocenie Izby argument Zamawiającego o ryczałtowym charakterze stawki za odbiór 1 Mg odpadów był zasadny. Oczywiście i niesporne między stronami było, że odległość od granicy zadania do wskazanych w § 38 ust. 2 OPZ instalacjami mierzona w linii prostej jest krótsza niż rzeczywista odległość jaką musi pokonać pojazd o masie pow. 3,5 t po drogach publicznych. W konsekwencji wykonawcy zainteresowani złożeniem ofert w postępowaniu będą w stanie w odpowiedni sposób w kalkulować do swoich cen konieczność zniwelowania tej różnicy. Podkreślenia wymaga, że zamówienie adresowane jest do doświadczonych podmiotów,

zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że warunki zamówienia określone przez Zamawiającego spowodują utrudnienie dostępu do udziału w postępowaniu któremukolwiek z podmiotów faktycznie zdolnych do wykonania zadania. Ponadto ryczałtowy charakter przedmiotowej stawki dopuszcza posłużenie się pewnymi uproszczeniami w kalkulacji ceny, a metoda przyjęta do obliczenia stawki przez Zamawiającego mieści się w dopuszczalnych granicach takiego uproszczenia. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że możliwe jest przy zastosowaniu metody Zamawiającego obliczenie stawki tak, by pokrywała wszystkie koszty wykonawcy

i zapewniała właściwy zysk. Nie ma też ryzyka braku porównywalności ofert, ponieważ metoda obliczenia i potrzebne do niej dane znane są wszystkim potencjalnie zainteresowanym wykonawcom.

Odwołujący nie kwestionowali twierdzenia Zamawiającego, że dotychczasowa umowa zakładała taką samą konstrukcję, jak kwestionowana w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zdaniem Izby potwierdza to, że da się prawidłowo skalkulować cenę ofert. Żaden z Odwołujących nie podjął próby wykazania okoliczności przeciwnej.

W konsekwencji Izba uznała § 6 ust. 2 pkt Wzoru umowy za niesprzeczny z przepisami Pzp i oddaliła ww. zarzuty odwołań.

2. Zarzuty dotyczące klauzuli waloryzacyjnej (Zarzut nr 2 odwołania KIO 1088/22, zarzut nr 6 odwołania KIO 1092/22, zarzut nr 1 odwołania KIO 1098/22).

Odwołujący zakwestionowali zgodność z przepisami Pzp następujących postanowień § 11 ust. 16 Wzoru umowy:

„Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Strony dopuszczają możliwość żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tj. cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 Umowy, w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy (klauzula waloryzacyjna), na następujących warunkach:

- 1) Strony będą uprawnione do żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy (waloryzacji), w przypadku gdy poziom zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy, względem kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy, przekroczy poziom



7%, przy czym warunkiem zastosowania klauzuli waloryzacyjnej jest przedłożenie przez Wykonawcę Zamawiającemu, przed zawarciem Umowy, kalkulacji kosztów związanych z realizacją Umowy przyjętych przez Wykonawcę w celu ustalenia jego wynagrodzenia;

- 4) ewentualna druga i następne waloryzacje będą możliwe na analogicznych warunkach jak w pkt poprzedzających, w przypadku gdy poziom zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy, względem kosztów przyjętych dla celów poprzedniej waloryzacji, przekroczy poziom 7%;
- 5) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 10% cen ryczałtowych, o których mowa w § 6 ust. 2 Umowy”.

Główne argumenty Odwołujących skierowane przeciwko powyższym postanowieniom Wzoru umowy to:

1. Siedmioprocentowy próg wzrostu kosztów jest zbyt wysoki – Odwołujący wskazywali, że ze względu na niską marżę w tego rodzaju zamówieniach do czasu przekroczenia tego progu mogą ponieść straty z tytułu realizacji zadania.
2. Ograniczenie możliwości wzrostu wynagrodzenia w wyniku zastosowania klauzuli waloryzacyjnej do 10% nie uwzględnia niestabilnej sytuacji gospodarczej, w tym wysokiego wskaźnika inflacji, wzrostu cen paliw oraz okoliczności związanych z agresją Rosji na Ukrainę.
3. Ze względu na powyższe klauzula waloryzacyjna nie pozwala na realizację celu, jakiemu zgodnie z przepisami Pzp ma służyć, co w konsekwencji dowodzi faktu, że klauzula ta ma charakter pozorny.

Zamawiający odnosząc się do stanowisk Odwołujący podniósł, że ustalając zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy wziął przede wszystkim prognozy inflacji Narodowego Banku Polskiego. W konsekwencji Zamawiający wskazał, że w jego ocenie klauzula waloryzacyjna została skonstruowana w sposób prawidłowy.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron oraz po przeprowadzeniu dowodu z dokumentów złożonych przez strony Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w sposób wiarygodny wykazali, że – przy stanie na dzień wydania wyroku - klauzula waloryzacyjna w kształcie przyjętym we Wzorze umowy jest ryzykowna – kwestionowane przez Odwołujących regulacje byłyby odpowiednie i wystarczające w czasie stabilizacji gospodarczej. Rolą Izby nie jest jednak ocena stopnia ryzyka zastosowanych przez Zamawiającego rozwiązań, tak samo jak nie jest rolą Izby ocena postanowień wzoru umowy

pod kątem ich racjonalności. Izba ocenia czynności i zaniechania zamawiającego pod kątem ich zgodności z przepisami Pzp i w przypadku postanowień wzoru umowy, których dotyczył omawiany zarzut nie dopatrzyła się niezgodności z ustawą. Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
  - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
  - 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
    - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
    - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
  - 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
  - 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W ocenie Izby klauzula waloryzacyjna wprowadzona przez Zamawiającego spełnia powyższe warunki, a Odwołujący nie wykazali jej sprzeczności z którymkolwiek z powyższych postanowień art. 439 ust. 1 i 2 Pzp. Ocena adekwatności klauzuli do obecnej sytuacji rynkowej nie leży w kompetencjach Krajowej Izby Odwoławczej – to Zamawiający, jako gospodarcza postępowania uprawniony jest do takiej oceny, w szczególności, że w razie błędnej decyzji również Zamawiający poniesie jej konsekwencje. Wykonawca, którego roszczenia nie zostaną pokryte w ramach klauzuli waloryzacyjnej ma prawo wystąpić na drogę sądową i domagać się stosownego podwyższenia wynagrodzenia.

Z powyższych przyczyn Izba uznała, że omawiany zarzut się nie potwierdził.

3. Zarzuty dotyczące kryterium środowiskowego (Zarzut nr 3a odwołania KIO 1092/22, zarzut IV odwołania KIO 1100/22)

Zarzuty dotyczyły punktu 26.2 SWZ, w którym Zamawiający wskazał:

„Kryterium środowiskowe KŚ – waga 20% – maksymalnie 20 pkt

Wykonawca w ofercie deklaruje wysokość poziomu, na jakim zobowiązuje się wykorzystywać do realizacji zamówienia pojazdy bezpylne o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniające normę emisji spalin EURO 5, EURO 6 [zgodnie z rozporządzeniem (WE)

nr 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń pochodzących z lekkich pojazdów pasażerskich i użytkowych (Euro 5 i Euro 6)], bądź wyższą.

Zamawiający przyznaje punkty wykonawcom, którzy zaoferują równy bądź wyższy niż 50% poziom wykorzystania pojazdów bezpylnych o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t spełniających normę emisji spalin EURO 5, EURO 6, bądź wyższą.

Ocena ofert dokonywana będzie według następujących zasad:

Zamawiający przewiduje przyznanie maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium środowiskowego (PŚ = 20), jeżeli Wykonawca do realizacji usługi będzie wykorzystywał pojazdy bezpylne o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniające normę emisji spalin EURO 5, EURO 6 bądź wyższą na poziomie 100%, tj. gdy będzie realizował zamówienie wyłącznie przy wykorzystaniu takich pojazdów.

Zamawiający przewiduje przyznanie 12 punktów w ramach kryterium środowiskowego (PŚ = 12), jeżeli Wykonawca do realizacji usługi będzie wykorzystywał pojazdy bezpylne o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniające normę emisji spalin EURO 5, EURO 6 bądź wyższą na poziomie co najmniej 75%.

Zamawiający przewiduje przyznanie 5 punktów w ramach kryterium środowiskowego (PŚ = 5), jeżeli Wykonawca do realizacji usługi będzie wykorzystywał pojazdy bezpylne o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniające normę emisji spalin EURO 5, EURO 6 bądź wyższą na poziomie co najmniej 50%.

Zamawiający nie przyzna punktów w ramach kryterium środowiskowego (PŚ = 0), jeżeli Wykonawca do realizacji usługi będzie wykorzystywał pojazdy bezpylne o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniające normę emisji spalin EURO 5, EURO 6 bądź wyższą na poziomie niższym niż 50%.

W zależności od poziomu wskazanego przez Wykonawcę oferta otrzyma następującą liczbę punktów:

Poziom (%)	Punkty (PŚ)
100	20,00
$\geq 75$	12,00
$\geq 50$	5,00
$< 50$	0

Na etapie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający będzie weryfikował spełnianie kryterium środowiskowego w poszczególnych okresach rozliczeniowych poprzez porównanie liczby przejazdów, zrealizowanych w danym okresie rozliczeniowym, w trakcie których Wykonawca odbierać będzie odpady komunalne zgodnie z postanowieniami umowy, zrealizowanych pojazdami bezpylnymi o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniającymi normę emisji spalin EURO 5, EURO 6, bądź wyższą, z liczbą wszystkich przejazdów zrealizowanych w tym okresie, w trakcie których Wykonawca odbierać będzie odpady komunalne zgodnie z postanowieniami umowy.

Za pojazdy spełniające kryterium środowiskowe uważa się również pojazdy bezpylne o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, spełniające wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110, ze zm.).

Jeżeli Wykonawca nie wywiąże się ze swojego zobowiązania, zostaną nałożone na niego kary umowne pod warunkami wskazanymi w umowie”.

Istotą omawianego zarzutu było zrównanie przez Zamawiającego oceny punktowej pojazdów spełniających normę EURO 5 oraz EURO 6. W ocenie Odwołujących było to sprzeczne zarówno z deklarowaną przez Miasto Stołeczne Warszawa polityką środowiskową, szczególnie w zakresie ochrony i poprawy jakości powietrza, ale też z celem jakiego służy wprowadzanie do SWZ kryterium środowiskowego. Odwołujący wskazywali, że Zamawiający powinien zróżnicować ocenę pojazdów, w zależności od spełnianej przez nie normy EURO albo odstąpić od punktowania ofert z pojazdami EURO 5 przy zachowaniu punktacji za pojazdy spełniające normę EURO 6.

W odpowiedzi na zarzuty Odwołujących Zamawiający wskazał m. in., że jest uprawniony do takiego uregulowania punktacji ofert w ramach kryterium środowiskowego. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującymi, że winien zróżnicować ocenę punktową ofert w zależności od normy spełnianej przez pojazdy wykonawców. Zamawiający podniósł ponadto, że działanie Odwołujących zmierza do zawężenia kryterium, a konsekwencji do ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów przedstawionych przez strony i uznała, że kwestionowane przez Odwołujących postanowienia SWZ nie stoją w sprzeczności z przepisami Pzp. Odwołujący wykazali m. in., że ten sam Zamawiający w innych, wcześniej prowadzonych postępowaniach różnicował punktację w ramach kryterium środowisko w sposób, jakiego oczekiwali Odwołujący w obecnym postępowaniu. Ponadto wykazali, że Miasto Warszawa deklaruje w ramach polityki środowiskowej podejmowanie działań zmierzających do poprawy jakości powietrza, w tym eliminowanie z ruchu pojazdów z normą EURO 5 i gorszymi (w określonych okolicznościach). Złożone przez Odwołujących dokumenty dowodziły również, że pojazdy spełniające normę EURO 5 charakteryzują znacznie wyższe emisje szkodliwych substancji niż pojazdy z normą EURO 6 (za wyjątkiem tlenków węgla – poziom emisji jest w tym przypadku porównywalny). Mimo to, Odwołujący nie wykazali,

że punkt 26.2 SWZ stoi w sprzeczności z przepisami Pzp. Kryterium środowiskowe określone przez Zamawiającego realizuje cel, jakiemu takie kryterium powinno służyć, tj. różnicuje pojazdy z normami EURO 5 i 6 oraz pojazdy niespełniające tych norm.

Biorąc pod uwagę argumentację Odwołujących zarzuty dotyczące kryterium środowiskowego sprowadzały się do wykazania, że przyjęte przez Zamawiającego jest całkowicie nieracjonalne. Nie jest jednak rolą Izby ocena, czy przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie, szczególnie wobec powszechnie znanych problemów z jakością powietrza w dużych aglomeracjach, ma cokolwiek wspólnego ze zdrowym rozsądkiem. Jak zostało wspomniane wyżej, przy poprzednich zarzutach, w kompetencjach Izby nie leży ocena sensowności

czy celowości przyjętych przez Zamawiającego rozwiązań – Izba rozstrzyga o ich zgodności z przepisami Pzp. Wobec stwierdzenia, że punkt 26.2 SWZ nie jest sprzeczny z Pzp, Izba uznała omawiany zarzut za niezasadny i oddaliła go.

4. Zarzut dotyczący zgodności sposobu świadczenia usługi z Umową oraz przepisami prawa z uwzględnieniem aspektów fizycznych realizowanej usługi (Zarzut nr 1b

odwołania KIO 1088/22, zarzut nr 5d wskazany w uzasadnieniu odwołania KIO 1098/22)

Przedmiotem zarzutu jest § 48 ust. 2 OPZ, zgodnie z którym: „Badanie poprawności świadczenia usługi uwzględnia nie tylko zgodność sposobu świadczenia usługi z Umową oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego, w tym Regulaminem, ale również aspekty fizyczne realizowanej usługi (w tym, czy usługa jest fizycznie możliwa do zrealizowania

tak, jak wskazują to dane przekazane przez Wykonawcę) i sytuację na terenie nieruchomości (w tym, czy cechy nieruchomości umożliwiają realizację usługi tak, jak wskazują to dane przekazane przez Wykonawcę)”.

Odwołujący zakwestionowali zgodność z prawem powyższego postanowienia w zakresie zakładanej przez Zamawiającego weryfikacji poprawności realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem fizycznych aspektów realizowanej usługi. Zdaniem Odwołujących weryfikacja poprawności świadczenia usługi odbywać się będzie według kryteriów, które nie zostały wcześniej konkretnie określone i przekazane wykonawcy. Uniemożliwi to przygotowanie oferty w zakresie sposobu świadczenia usług oraz jej prawidłowej wyceny. Ogólnikowy opis kryteriów weryfikacji stwarza po stronie wykonawcy nieokreślone ryzyko tego, że mimo poprawności świadczenia przez niego usług, podane dane nie będą odpowiadać kryteriom przyjętym przez Zamawiającego, i tym parametrom świadczenia usługi, które on uzna za właściwe.

Zamawiający nie zgodził się z tym stanowiskiem, podniósł, że jest uprawniony do weryfikacji sposobu realizacji usługi przez wykonawcę, a postulowane przez Odwołujących stworzenie zamkniętego katalogu kryteriów według których Zamawiający będzie mógł oceniać działania wykonawcy jest niecelowe i nieracjonalne.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami i argumentacją stron Izba uznała zarzut za niezasadny. Zamawiający w sposób oczywisty uprawniony jest do weryfikacji faktycznego sposobu realizacji umowy, również z uwzględnieniem kontroli wiarygodności danych przedstawianych mu przez wykonawcę realizującego zadanie. Żądanie, by katalog „czynności kontrolnych” i zakresu takiej kontroli ze strony Zamawiającego został określony w zamkniętym katalogu jest nieuzasadnione. Czynności zamawiającego mają mieścić się w granicach określonych przepisami prawa i nie ma podstaw oczekiwać, że Zamawiający sam sobie ustanowi w tym zakresie dodatkowe ograniczenia. Kwestionowane przez Odwołujących postanowienia nie ograniczają możliwości złożenia czy też prawidłowego skonstruowania i wyceny oferty, nie ma również podstaw by uznać je za niezgodne z przepisami Pzp. Oczywistym jest,

że zamawiający ma prawo do weryfikacji sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, a prawo to przysługiwać mu będzie nawet, gdyby postanowień dotyczących aspektów fizycznych w ogóle nie było.

Kwestia ewentualnych trudności czy nieporozumień między stronami na etapie realizacji umowy wskazywana w toku rozprawy przez Odwołujących (oraz wykazana za pomocą złożonych dowodów) nie daje podstawy do uznania, że § 48 ust. 2 OPZ jest sprzeczny z przepisami Pzp. Ponadto wskazać należy, że żadne, nawet bardzo szczegółowe postanowienia umowy nie wyeliminują możliwości zaistnienia takich konfliktów, jeśli między stronami nie będzie woli zgodnej współpracy i działania na rzecz prawidłowej realizacji usługi. Z tego względu przykłady nieprawidłowości w tym zakresie, szczególnie tych, za które Odwołujący winili Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy faktycznej do uwzględnienia zarzutu.

5. Zarzuty dotyczące niewłaściwego rozłożenia wag podkryteriów cenowych (Zarzut nr 3b odwołania KIO 1092/22, zarzut oznaczony lit. b odwołania KIO 1096/22)

Przedmiotowe zarzuty skierowane zostały przez Odwołujących przeciwko pierwotnej wersji SWZ w zakresie dotyczącym kryterium ceny brutto ustalonemu przez Zamawiającego w następującym kształcie:

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

26.1.1. W danym kryterium oceny ofert Zamawiający przyznawać będzie punkty Wykonawcom za zaoferowaną w Formularzu Oferty cenę brutto, wyrażoną jako suma stawek ważonych, obliczoną na podstawie cen jednostkowych zaproponowanych przez Wykonawcę oraz wag określonych w Formularzu cenowym (wg wzoru Załącznika nr 5 do SWZ).

Ocena ofert dokonywana będzie według następującego wzoru:

najniższa cena ofertowa brutto

PC= ----- x 60

cena oferty badanej brutto

Wykonawca w Formularzu cenowym wskaże:

- 1) cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeladunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C40);

- 2) stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (St).

Zamawiający, dla obliczenia sumy stawek ważonych przyjmuje:

- 1) następujące wagi poszczególnych składowych:
  - a) C40 – 50%,
  - b) St – 50%;
- 2) średnią odległość od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, liczoną w linii prostej, wynoszącą 250 km.

Obliczenie sumy stawek ważonych nastąpi według wzoru:

$[C40 \times 0,5] + [(C40 + (St \times 250 \text{ km})) \times 0,5]$ ”.

W pierwotnej wersji SWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena brutto - waga 60 %,
2. Kryterium środowiskowe - waga - 20 %,
3. Kryterium technologiczne - waga - 20 %.

9 maja 2022 r. Zamawiający opublikował informację o zmianie SWZ, która dotyczyła m. in. kryteriów oceny ofert, które po zmianie zyskały następujący kształt:

1. Cena brutto - waga - 30 %,
2. Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów - waga - 30 %,
3. Kryterium środowiskowe - waga - 20 %,
4. Kryterium technologiczne - waga - 20 %.

W zakresie objętym przedmiotowymi zarzutami Zamawiający zmienił treść SWZ w części dotyczącej kryteriów cenowych w następujący sposób:

„26.1. Kryterium „Cena brutto za odbiór 1 Mg odpadów” KC – waga 30% – maksymalnie 30 pkt

26.1.1. W danym kryterium oceny ofert Zamawiający przyznawać będzie punkty Wykonawcom za zaoferowaną w Formularzu Oferty cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeładunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (C).



Ocena ofert dokonywana będzie według następującego wzoru:

$$PC = \frac{\text{najniższa cena ofertowa brutto}}{\text{cena oferty badanej brutto}} \times 30$$

26.2. Kryterium „Stawka za 1 km transportu 1 Mg odpadów” KSt – waga 30% – maksymalnie 30 pkt

26.2.1. W danym kryterium oceny ofert Zamawiający przyznawać będzie punkty Wykonawcom za zaoferowaną w Formularzu Oferty stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeladunkowych, o których mowa w § 38 OPZ, liczonej w linii prostej (S)

Ocena ofert dokonywana będzie według następującego wzoru:

$$PSt = \frac{\text{najniższa cena ofertowa brutto}}{\text{cena oferty badanej brutto}} \times 30$$

W konsekwencji wprowadzonych zmian Zamawiający wniósł o uznanie, że nie istnieje już substrat zaskarżenia. Odwołujący z tym twierdzeniem się nie zgodzili wskazując, że zmiany miały jedynie techniczny charakter, ale zarzut co do swej istoty pozostał aktualny. Izba podzieliła ten pogląd i uznała, że nie ma podstaw do umorzenia postępowania w zakresie omawianych zarzutów na podstawie art. 568 ust. 2 Pzp. W konsekwencji zarzut został przez Izbę rozpoznany i oddalony jako niezasadny.

Istotą zarzutu było twierdzenie Odwołujących, że błędnym jest przyjęcie przez Zamawiającego równego podziału punktów za:

1. cenę brutto za odbiór 1 Mg odpadów komunalnych dla odległości do 40 km od granicy Zadań do instalacji lub stacji przeladunkowych oraz
2. stawkę za 1 km transportu 1 Mg odpadów komunalnych, dla odległości powyżej 40 km od granicy Zadania do instalacji lub stacji przeladunkowych.

Odwołujący argumentowali, że przyjęcie proporcji 50% do 50% jest błędne i będzie sprzyjało nadużyciom na etapie wyceny ofert. Zamawiający z kolei twierdził, że zróżnicowanie wag tych kryteriów spowoduje możliwość wystąpienia nadużyć.

Izba oddaliła zarzut uznając, że Zamawiający jest uprawniony do skonstruowania kryteriów oceny ofert w postępowaniu i w granicach przepisów Pzp to Zamawiający decyduje także o punktacji dla każdego z kryteriów. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali, że przyjęty

przez Zamawiającego podział wag kryteriów cenowych jest sprzeczny z obowiązującym prawem.

W konsekwencji Izba uznała w tym zakresie, że Odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut w rzeczywistości dążyli do negocjacji warunków zamówienia.

Kwestionowane przez Odwołujących kryterium jest jasne i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, w pełni pozwala na skalkulowanie ceny oferty, a w konsekwencji jej złożenie w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący w rzeczywistości dążą do polepszenia sobie warunków składania ofert, ale nie wykazali, by na skutek przyjętego przez Zamawiającego podziału wag podkryteriów mieli ponieść jakąś szkodę, choćby potencjalną. Obowiązkiem wykonawców w postępowaniu jest prawidłowa wycena ofert, więc składowe tej wyceny będą podlegać ocenie według przedmiotowych kryteriów, ale także w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny. Z tego względu zdaniem Izby twierdzenia Odwołujących o ryzyku zaniżania cen w celu manipulacji punktacją są niezasadne.

#### 6. Zarzut dotyczący częstotliwości odbioru odpadów (Zarzut nr 5L z uzasadnienia odwołania KIO 1098/22)

Odwołujący PreZero w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że w § 28 OPZ Zamawiający nie wprowadził postanowień, które znalazły się w analogicznej umowie z 2019 r. mówiących o braku konieczności zwiększania minimalnej częstotliwości w stosunku do odpadów zielonych i wielkogabarytowych ponad wartości wskazane w Regulaminie utrzymania czystości.

Zgodnie z § 28 ust. 5 OPZ „wykonawca powinien mieć na względzie, że w uzasadnionych przypadkach, gdy nie jest możliwe zwiększenie liczby pojemników w istniejącym MGO lub utworzenie kolejnego MGO, niezbędne jest odbieranie odpadów z częstotliwością większą od częstotliwości minimalnej. Za uzasadnione przypadki uznaje się również rozstrzygnięcia wydane przez właściwe inspekcje, służby lub straże wobec konkretnego adresata lub grupy podmiotów. Zamawiający powiadomi wykonawcę o konieczności odbierania odpadów ze zwiększoną częstotliwością w sposób określony w § 39 lub § 40 OPZ”.

Odwołujący PreZero podniósł, że powyższe postanowienie nie powinno dotyczyć odpadów zielonych i wielkogabarytowych, które są odpadami problematycznymi. Wskazał ponadto, że kwestionowane postanowienie jest bardzo ogólne i pozwala na wielokrotne zwiększanie częstotliwości odpadów, czego wykonawca (wobec braku jednoznacznych

regulacji w tym zakresie) nie jest w stanie należycie wycenić, a co ma istotny wpływ na ostateczną cenę oferty.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego PreZero i wskazał, że brak jest uzasadnienia dla odstąpienia od powyższego wymogu co do odbioru odpadów zielonych i wielkogabarytowych. Zamawiający podkreślił przy tym, że wymóg zwiększenia częstotliwości odbierania odpadów dotyczy wyłącznie przypadków uzasadnionych, gdy nie jest możliwe zwiększenie liczby pojemników w istniejącym MGO lub utworzenie kolejnego MGO.

Izba oddaliła ww. zarzut uznając, że we wskazane przez Odwołującego PreZero postanowienie SWZ nie jest sprzeczne z przepisami Pzp. § 28 ust. 5 OPZ może być niedogodny dla wykonawcy, który będzie realizował umowę, ale postępowanie adresowane jest do podmiotów profesjonalnych, dla których nie powinno być problemu dokonanie umiejętnej oceny oraz wyceny ryzyka związanego z możliwością zwiększenia częstotliwości odbioru odpadów. Niewątpliwie korzystniejsze dla wykonawców byłoby doszczegółowienie absolutnie każdego aspektu przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia, ale trzeba wziąć pod uwagę, że zamówienie służy realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie jest jednak w stanie dookreślić w mierzalny sposób zakresu realizacji niektórych elementów przedmiotu zamówienia, zwłaszcza tych, które mają charakter zdarzenia przyszłego i niepewnego. Zastrzeżenie w OPZ klauzuli, która w pewnym (niewielkim na tle całego zakresu zadania) stopniu ma umożliwić dostosowanie realizacji umowy do zmieniających się potrzeb Zamawiającego nie jest niezgodne z prawem. W ocenie Izby zarzut oparty jest na obawie Odwołującego, że Zamawiający może w przyszłości nadużywać przysługujących mu z tytułu umowy praw, a obawa taka nie jest wystarczającą podstawą do uznania § 28 ust. 5 OPZ za sprzeczne z przepisami Pzp.

#### 7. Zarzut dotyczący kosztów zagospodarowania odpadów nieobjętych przedmiotem umowy (Zarzut nr 5A z uzasadnienia odwołania KIO 1098/22)

Przedmiotem zarzutu jest § 10 ust. 8 Wzoru umowy w brzmieniu:

„Wykonawca zobowiązany jest do pokrycia kosztów zagospodarowania odpadów przekazanych do instalacji lub stacji przeladunkowych wskazanych przez Zamawiającego, w części, w jakiej przekazał do zagospodarowania odpady nieobjęte przedmiotem Umowy, tj. inne niż wskazane w § 4 ust. 2 OPZ lub odebrane poza obszarem obsługiwanego Umową Zadania lub z MGO niewskazanych przez Zamawiającego. W takim przypadku Zamawiający,

po wyznaczeniu Masy Bezspornej za dany okres rozliczeniowy, określi masę odpadów, której dotyczy powyższe uchybienie i obliczy wysokość kosztów zagospodarowania odpadów,

a następnie zawiadomi o tym Wykonawcę. Koszty zagospodarowania odpadów ustalone zostaną w oparciu o koszty ponoszone przez Zamawiającego z tytułu realizacji przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. zadania własnego m.st. Warszawy w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych, które to koszty, na dzień zawarcia Umowy, ustalane są w oparciu o stawkę jednostkową brutto określającą koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów wskazaną w kalkulacji finansowej stanowiącej załącznik do zawartej pomiędzy Zamawiającym oraz Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. umowy wykonawczej z dnia 12 grudnia 2017 r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów”.

Odwołujący PreZero podniósł, że powyższe postanowienie umowne odnosi się do sytuacji, w których np. w wyniku błędu ludzkiego pracownik załadowałby na terenie punktu przeładunku odpady pochodzące z innego zadania realizowanego na terenie Warszawy, z zadania realizowanego dla innej gminy lub podmiotu gospodarczego (tzw. odpady komercyjne). W tej sytuacji odpady tego samego rodzaju wyjątkowo (omyłkowo) mogą zostać

przekazane do zagospodarowania razem ze strumieniem odpadów pochodzących z zadania realizowanego na terenie Warszawy w ramach umowy poprzez umieszczenie ich w jednym transporcie. Odpady te zostaną wówczas przejęte do zagospodarowania przez spółkę MPO.

W ocenie Odwołującego § 10 ust. 8 Wzoru umowy wprowadził rodzaj „kary umownej”. Wykonawca powinien mieć możliwość skalkulowania takiego ryzyka kontraktowego, ale koszty zagospodarowania (a tym samym koszty „kary umownej”) zostaną ustalone w oparciu o koszty ponoszone przez Zamawiającego w oparciu o „stawkę jednostkową brutto określającą koszt zagospodarowania 1 Mg odpadów, wskazaną w kalkulacji finansowej”, która to kalkulacja nie została udostępniona wykonawcom wraz z pozostałymi dokumentami zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego PreZero i wskazał, że kwestionowane postanowienie ustala reguły przenoszenia na wykonawcę kosztów, z tytułu przekazania przez niego odpadów nieobjętych umową, w sposób zgodny z cennikiem MPO.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami stron Izba uznała, że § 10 ust 8 Wzoru umowy jest w pełni zgodny z przepisami Pzp. Ponadto logiczne jest i w pełni uzasadnione, że Zamawiający zastrzegł, że za oddanie do zagospodarowania odpadów niewchodzących w zakres przedmiotu zamówienia zapłacić będzie musiał wykonawca. Nie ma podstaw do uznania,

że kwestionowanym postanowienie to w rzeczywistości kara umowna. Uzależnienie wysokości opłat od cennika MPO również jest poprawne.

W konsekwencji zarzut został oddalony.

8. Zarzut dotyczący spełnienia wymagań ustawy o elektromobilności oraz zarzut nieustanowienia przez Zamawiającego minimalnej ilości pojazdów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (Zarzuty nr V i VI odwołania KIO 1100/22)

Zgodnie z Częścią II OPZ:

#### § 8 Ogólne wymagania dotyczące pojazdów

1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca stosował pojazdy spełniające wymagania powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności Wykonawca obowiązany jest świadczyć usługę wykorzystując pojazdy:
  - 4) pozwalające na spełnienie wymagań określonych w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110), w szczególności zapewniając udział pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym we flocie użytkowanych pojazdów przy wykonaniu przedmiotu zamówienia na poziomie nie niższym niż określony w tej ustawie (12)(12) Wykonawca ma obowiązek informować Zamawiającego na bieżąco, w sposób określony w pkt C.6 Załącznika nr 1 do OPZ, o wykorzystywanych pojazdach elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym.

Zgodnie z § 2 ust. 5 Wzoru umowy:

„Przy wykonywaniu przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązany jest spełniać wymagania określone w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110, z późn. zm.), w szczególności zobowiązany jest zapewnić udział poszczególnych rodzajów pojazdów przy wykonywaniu Umowy na poziomie nie niższym niż określony w tej ustawie. Udział, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym będzie weryfikowany w oparciu o faktyczną ilość pojazdów realizujących przedmiot Umowy”.

Zgodnie z art. 68 ust 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 110, z późn. zm.) jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotom, których łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%.

Odwołujący Partner wskazał, że w OPZ i we Wzorze umowy brak kluczowych z punktu widzenia realizacji zamówienia informacji, w szczególności informacji jakich kategorii pojazdów realizujących zamówienie ma dotyczyć wymóg, w szczególności czy wymóg dotyczy wyłącznie pojazdów bezpylnych o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t, czy także innych kategorii a jeśli tak to jakich.

Odwołujący podniósł również, że w SWZ brak informacji o wymaganej minimalnej ilości pojazdów do realizacji przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał w zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia wymogów ustawy o elektromobilności, że nie ma obowiązku doprecyzować wymogów specyfikacji w stosunku do wymogów tej ustawy. Jej przepisy obowiązują wprost i nie ma konieczności ujęcia w SWZ dodatkowych regulacji.

W zakresie zarzutu dotyczącego minimalnej liczby pojazdów Zamawiający wskazał, że celowo nie ustanowił wymogu w tym zakresie zostawiając to do kompetencji wykonawców.

W ocenie Izby w obu ocenianych zarzutach Odwołujący Partner nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów Pzp. Stanowisko Zamawiającego w zakresie zarzutu dotyczącego ustawy o elektromobilności jest prawidłowe. Zamawiający nie ma obowiązku ujęcia w specyfikacji regulacji i postanowień, które wynikają wprost z przepisów ustawy, bądź dają się z nich w sposób nie budzący wątpliwości wyinterpretować.

Zamawiający był również uprawniony do powierzenia wykonawcom decyzji w zakresie ilości pojazdów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawcy w oparciu o swoje doświadczenie powinni być w stanie samodzielnie zdecydować o tym ile pojazdów będzie niezbędnych do prawidłowej realizacji umowy, a w konsekwencji w prawidłowy sposób ustalić cenę oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....