

Sygn. akt: KIO 1832/22

WYROK
z dnia 28 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Dawid Gajewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez **MS-EKO Sp. z o.o., ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wierzbica, ul. Kościuszki 73, 26-680 Wierzbica**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie:

- zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych i nadmiernie uciążliwych w zakresie dotyczącym wskazania jako termin na przekazanie wykazu nieruchomości dnia zawarcia umowy, wyznaczanie wadliwych terminów realizacji zamówienia w zakresie opracowania i zatwierdzania harmonogramu oraz wydrukowania i dostarczenia go do mieszkańców nieruchomości w terminie do dnia 30 sierpnia 2022 r. oraz brak wyznaczenia adekwatnego okresu przygotowawczego do realizacji usługi po podpisaniu umowy – w zakresie nie uwzględnionym przez zamawiającego, tj. co do ustalenia okresu przygotowawczego do realizacji usługi,

- zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy poprzez nieuregulowanie przypadku realizacji usług w kontekście przekroczenia maksymalnej wartości wynagrodzenia - w zakresie nie uwzględnionym przez zamawiającego, tj. odnośnie

wprowadzenia regulacji dotyczącej zawarcia przez strony aneksu do umowy w przypadku wyczerpania maksymalnej wartości wynagrodzenia,

- zarzutu nr 7 dotyczącego naruszenia art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewskazanie w sposób jednoznaczny, że waloryzacji podlegają ceny jednostkowe, które mają charakter rozliczeniowy, co skutkuje powstaniem niepewności co do zasad przeprowadzenia waloryzacji,

- zarzutu nr 8 dotyczącego naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 439 Pzp i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprzewidzenie w umowie przypadku waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług, w szczególności kosztów paliwa, co skutkuje przeniesieniem na wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi,

- zarzutu nr 21 dotyczącego naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 471 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez przewidzenie zbyt ogólnej przesłanki odstąpienia od umowy przez zamawiającego w sytuacji braku realizacji usługi lub realizacji usługi niezgodnie z postanowieniami umowy, bez przewidzenia procedury wcześniejszego wezwania wykonawcy do świadczenia usługi z wyznaczeniem mu minimalnego terminu na zastosowanie się do wezwania i umożliwienie mu przedstawienia własnego stanowiska w sprawie – w zakresie nie uwzględnionym przez zamawiającego, tj. wyznaczenia wykonawcy minimalnego terminu na zmianę wykonywania usługi,

- zarzutu nr 22 dotyczącego naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasadę rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami, tj. sformułowanie postanowień umownych w sposób umożliwiający zamawiającemu nałożenie na wykonawcę kar umownych za zdarzenia mające miejsce kilka miesięcy wstecz, pozbawiając jednocześnie wykonawcę możliwości obrony z uwagi na postanowienia dotyczące m.in. procedury przechowywania nagrań, co stanowi nieproporcjonalne obciążenie ryzykiem kontraktowym wykonawcy,

- zarzutu nr 24 dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie Części 1 Rozdziale 10 ust. 10.8 OPZ, ponieważ nie wynika z niego, w jakiej odległości od pojemników i worków wykonawca zobowiązany będzie

do zebrania odpadów rozrzuconych wokół nich – w zakresie nie uwzględnionym przez zamawiającego, tj. określenia obszaru, z którego wykonawca zobowiązany będzie zebrać odpady na odległość 1m wokół pojemnika lub worka,

2. Umarza postępowanie w zakresie pozostałych zarzutów.

3. Kosztami postępowania obciąża MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Gminę Wierzbica tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.2. zasądza od MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Gminę Wierzbica kwotę 3 600 zł gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:

Uzasadnienie

Gmina Wierzbica (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Wierzbica oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2022 r. pod pozycją 2022/S 125-354640.

W dniu 11 lipca 2022 r. wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz Ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie ust. 9 lit. c, ponieważ nie wynika z niego, że meble i inne odpady wielkogabarytowe powinny być pozbawione okien i szyb, podczas gdy odpady wielkogabarytowe nie powinny zawierać elementów szklanych (Zarzut 1),
2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych i nadmiernie uciążliwych w zakresie dotyczącym wskazania jako termin na przekazanie wykazu nieruchomości dnia zawarcia umowy, wyznaczanie wadliwych terminów realizacji zamówienia w zakresie opracowania i zatwierdzania harmonogramu oraz wydrukowania i dostarczenia go do mieszkańców nieruchomości w terminie do dnia 30 sierpnia 2022 r. oraz brak wyznaczenia adekwatnego okresu przygotowawczego do realizacji usługi po podpisaniu umowy, co nie zapewnia wykonawcy realnej możliwości realizacji obowiązków dotyczących wykonania zamówienia, przygotowania się do wykonania przedmiotu zamówienia oraz faworyzuje dotychczasowego wykonawcę; taki opis wymagań stanowi także przekroczenie granic swobody umów, ponieważ na wykonawcę nałożony jest obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia i ponoszenia kosztów z tego tytułu przed podpisaniem umowy, która dotyczy wykonania zamówienia (Zarzut 2),

3. art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe określenie minimalnej wartości świadczenia Wykonawcy poprzez określenie go w odniesieniu do łącznej liczby odebranych, transportowanych i zagospodarowanych odpadów, które to stanowią wartość szacowaną, podczas gdy rozliczenie za realizację zamówienia następować będzie za realizację usługi wg stawek za konkretne kategorie odpadów, dlatego w niniejszym postępowaniu zasadne jest określenie gwarantowanej wartości udzielonego zamówienia w odniesieniu do wynagrodzenia brutto za realizację całej umowy (Zarzut 3),
4. art. 353¹ kc oraz art. 387 par. 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami w zakresie nałożenia na Wykonawcę nadmiernego wprowadzenia obowiązku objęcia przez wykonawcę ubezpieczeniem odpowiedzialności i mienia Zamawiającego, co nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach, jest nadmierne, powoduje nieuzasadnione zwiększenie kosztów oraz może okazać się obiektywnie niemożliwe (Zarzut 4),
5. art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy poprzez nieuregulowanie przypadku realizacji usług w kontekście przekroczenia maksymalnej wartości wynagrodzenia (Zarzut 5),
6. art. 353¹ kc oraz art. 395 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka kontraktowego z uwagi na nieprzewidzenie możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę, podczas gdy takie prawo zapewnione zostało Zamawiającemu (Zarzut 6),
7. art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w sposób jednoznaczny, że waloryzacji podlegają ceny jednostkowe, które mają charakter rozliczeniowy, co skutkuje powstaniem niepewności co do zasad przeprowadzenia waloryzacji (Zarzut 7),
8. art. 353¹kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 439 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez nieprzewidzenie w umowie przypadku waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w szczególności kosztów paliwa co skutkuje przeniesieniem na wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi (Zarzut 8),
9. art. 353¹ kc w zw. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia warunków realizacji

zamówienia, zawierania postanowień umownych niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa (Zarzut 9)

10. art. 353¹ kc w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy Pzp art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka kontraktowego z uwagi na przewidzenie możliwości nałożenia na wykonawcę kar umownych w łącznej wysokości 50% wartości całkowitego wynagrodzenia umownego, podczas gdy charakter zamówienia nie jest na tyle specyficzny, aby wymagał określenia aż tak dużej wysokości możliwych kar umownych (Zarzut 10),

11. art. 353¹kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka kontraktowego z uwagi na przewidzenie możliwości nałożenia na wykonawcę kary umownej na podstawie zbyt ogólnej przesłanki umownej oraz przewidzenia możliwości jej zastosowania bez uzależnienia od przeprowadzenia wcześniej procesu reklamacyjnego w wyniku którego może się okazać, że nie miała miejsca sytuacja będąca podstawą do nałożenia kary umownej lub została ona naprawiona przez Wykonawcę bez zbędnej zwłoki (Zarzut 11),

12. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań OPZ w sposób niejednoznaczny, zawierający błędy w zakresie danego rodzaju odpadów i kodu mu przypisanego (Zarzut 12),

13. art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego realizacji obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, tj. rozbieżności pomiędzy OPZ, SWZ, a wzorem umowy w zakresie dotyczącym dokumentów, które wykonawca ma dołączyć do faktury oraz w zakresie postanowień dotyczących zatrudniania osób wykonujących usługę bezpośrednio (Zarzut 13),

14. art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę nadmiernych obowiązków umownych z uwagi na postanowienia wskazujące na możliwość zlecenia części zamówienia podwykonawcy w przypadku, gdy wykonawca zadeklarował ten zamiar w Formularzu Oferty oraz konieczność informowania Zamawiającego o zamiarze zaangażowania w realizację zamówienia podwykonawców,

podczas gdy przepisy ustawy Pzp nie są tak rygorystyczne w zakresie dot. podwykonawstwa (Zarzut 14),

15. art. 433 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z 353¹ kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przewidywanie we wzorze umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, co stanowi klauzulę niedozwoloną (Zarzut 15),

16. art. 353¹ kc w zw. z art. 471 kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie zasad odpowiedzialności z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę szerszej odpowiedzialności finansowej w zakresie kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy, tj. na zasadzie ryzyka, niż na Zamawiającego w analogicznej sytuacji (na zasadzie winy) (Zarzut 16),

17. art. 353¹ kc w zw. z art. 471 kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie zasad odpowiedzialności z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę nadmiernego zakresu odpowiedzialności nieopartego na zasadzie winy (Zarzut 17),

18. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań OPZ, które są zbyt restrykcyjne i nakładają na Wykonawcę obowiązek przechowywania dokumentacji w postaci nagrań z monitoringu, zawierających m. in. dane o położeniu pojazdu, miejscach postoju, o miejscach wyładunku odpadów, przez okres 3 lat od zapisu, podczas gdy wystarczającym okresem przechowywania dokumentacji jest okres 3 miesięcy od zapisu, który to okres umożliwia rozpatrzenie ewentualnych reklamacji i rozliczenie umowy pomiędzy stronami (Zarzut 18),

19. art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 ze zm.) w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie Formularza Oferty w sposób nieprecyzyjny, tj. niezgodny z całym brzmieniem art. 6d ust. 4 pkt 5 ww. ustawy, czyli bez uwzględnienia w Formularzu Ofertowym informacji o podmiotach zbierających odpady (Zarzut 19),

20. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych, niezgodnych ze sposobem realizacji usługi w zakresie Części 1 Rozdziale 6 ust. 6.4 tiret drugie OPZ, ponieważ sugeruje on, że pracownik wykonawcy będzie musiał zweryfikować zawartość odpadów zmieszanych wystawianych przez mieszkańców, podczas gdy dokładna weryfikacja przez pracownika jest niemożliwa ze

względu na konieczność zachowania odpowiednich zasad bezpieczeństwa z odpadami zmieszany (Zarzut 20),

21. art. 353¹ kc w zw. z art. 471 kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez przewidzenie zbyt ogólnej przesłanki odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji braku realizacji usługi lub realizacji usługi niezgodnie z postanowieniami umowy, bez przewidzenia procedury wcześniejszego wezwania wykonawcy do świadczenia usługi z wyznaczeniem mu minimalnego terminu na zastosowanie się do wezwania i umożliwienie mu przedstawienia własnego stanowiska w sprawie (Zarzut 21).

22. art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasadę rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami, tj. sformułowanie postanowień umownych w sposób umożliwiający Zamawiającemu nałożenie na wykonawcę kar umownych za zdarzenia mające miejsce kilka miesięcy wstecz, pozbawiając jednocześnie wykonawcę możliwości obrony z uwagi na postanowienia dot. m. in. procedury przechowywania nagrań - co stanowi nieproporcjonalne obciążenie ryzykiem kontraktowym wykonawcy (Zarzut 22),

23. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie realizacji procedury reklamacyjnej poprzez określenie terminów na rozpatrzenie reklamacji w godzinach, bez uwzględnienia, że okres ten może obejmować dni ustawowo wolne, podczas gdy pozostałe dwa terminy dot. potwierdzenia otrzymania reklamacji oraz poinformowania Zamawiającego o sposobie rozwiązania reklamacji określono w dniach roboczych oraz określenie różnych terminów dla rozpatrzenia reklamacji (termin dłuższy) niż na czynność poinformowania Zamawiającego o sposobie rozpatrzenia reklamacji (termin krótszy), podczas gdy wykonawca będzie mógł poinformować Zamawiającego o sposobie rozpatrzenia reklamacji dopiero po jej rozpatrzeniu (Zarzut 23),

24. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych w zakresie Części 1 Rozdziale 10 ust. 10.8 OPZ, ponieważ nie wynika z niego w jakiej odległości od pojemników i worków, wykonawca zobowiązany będzie do zebrania odpadów rozrzuconych wokół nich (Zarzut 24),

25. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez formułowanie wymagań niejednoznacznych, zawierających odesłania do nieaktualnych aktów prawnych w zakresie ustawy o odpadach (Zarzut 25).

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował i wnosił jak poniżej.

Zarzut 1 - odbiór odpadów wielkogabarytowych

W ust. 9 lit. c) OPZ Zamawiający wymaga:

„c) Wykonawca jest obowiązany odbierać meble, inne odpady wielkogabarytowe oraz zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, które zostaną wystawione przez mieszkańców przed posesję lub przy placach śmietnikowych, w terminach zgodnych z harmonogramem, o którym mowa w pkt. 10”.

Odwołujący stwierdził, że ww. postanowienie jest niejednoznaczne, ponieważ nie wynika z niego, że meble i inne odpady wielkogabarytowe powinny być pozbawione okien i szyb. Zdaniem Odwołującego, stanowi to naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania ust. 9 lit. c) OPZ w tym zakresie, tj. dodanie zdania drugiego: „Meble i inne odpady wielkogabarytowe powinny być pozbawione okien i szyb”.

Zarzut 2 - brak okresu przygotowawczego oraz wadliwe terminy na przygotowanie i zatwierdzenie harmonogramu odbioru odpadów, wydrukowanie i doręczenie harmonogramu mieszkańcom nieruchomości

W Rozdziale 1 ust. 1.5 oraz w Rozdziale 5 ust. 5.1-5.5 OPZ Zamawiający wskazał:
„1. Przedmiotem zamówienia jest usługa:

(...) 1.5 Przygotowania i dystrybucji harmonogramu odbioru odpadów wraz z informacją dotyczącą prawidłowej segregacji odpadów w terminie do 30.08.2022 r.”

„5. Harmonogram odbioru odpadów

5.1. Wykonawca jest zobowiązany do informowania mieszkańców o zasadach i terminach odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. W dniu podpisania umowy Zamawiający przekaze Wykonawcy szczegółowy wykaz gospodarstw domowych z poszczególnych miejscowości.

5.2. Wykonawca przygotuje i przedłoży do zatwierdzenia Zamawiającemu w wersji elektronicznej harmonogram odbioru odpadów obejmujący okres zamówienia w terminie 3 dni roboczych od dnia podpisania umowy. Harmonogram winien być opracowany w oparciu o częstotliwości odbioru odpadów określoną w pkt. 4 OPZ. Harmonogram musi mieć formę kalendarza i powinien zawierać elementy edukacji ekologicznej, tj. informację dotyczącą prawidłowej segregacji odpadów. Harmonogram musi mieć kolorową szatę graficzną.

5.3. Zamawiający zatwierdzi harmonogram lub przedstawi uwagi do niego w terminie 2 dni roboczych od dnia jego otrzymania. Wykonawca w terminie wyznaczonym przez

Zamawiającego nie krótszym niż 2 dni robocze wprowadzi poprawki oraz przedstawi harmonogram do ponownej akceptacji.

5.4. Zamawiający zatwierdzi harmonogram z wprowadzonymi uwagami przez Wykonawcę w terminie 2 dni roboczych od jego otrzymania, albo zgłosi kolejne uwagi.

5.5. Wykonawca na własny koszt przygotuje w formie papierowej (kalendarz, wydruk w kolorze, format A41 i dostarczy właścicielom nieruchomości harmonogram odbioru odpadów w terminie do dnia 30.08.2022 r."

(podobnie w Rozdziale 8 ust. 8.1 OPZ - „8. Obowiązki Wykonawcy przed rozpoczęciem zamówienia:

8.1. Dostarczenie harmonogramów odbioru odpadów w formie kalendarza wśród mieszkańców nieruchomości do dnia 30.08.2022r. tj. 1 egz. harmonogramu dla jednej nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej oraz zarządcom nieruchomości budynków wielorodzinnych").

Natomiast zgodnie z § 2 wzoru umowy: „Wykonawca zrealizuje usługę objętą przedmiotem zamówienia w terminie od dnia podpisania umowy przez okres 12 miesięcy, jednak nie wcześniej niż od dnia 01.09.2022 r."

W ocenie Odwołującego, z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający wymaga od wykonawcy przygotowania i dystrybucji harmonogramów odbioru odpadów do dnia 30.08.2022 r., podczas gdy data realizacji zamówienia, zgodnie z § 2 wzoru umowy została określona w miesiącach, przy czym wskazano, że rozpocznie się ona nie wcześniej niż 01.09.2022 r. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający jako realizację umowy rozumie świadczenie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Wierzbica oraz z PSZOK, co jest niezgodne z postanowieniem zawartym w Rozdziale 1 ust. 1.5 OPZ, który jasno określa, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również przygotowanie i dystrybucja harmonogramu odbioru odpadów wraz z informacją dotyczącą prawidłowej segregacji odpadów i określa, że czynności te wykonawca ma wykonać do dnia 31.08.2022 r. Odwołujący stwierdził, że w takim przypadku błędne jest wskazanie przez Zamawiającego jako daty rozpoczęcia umowy daty 01.09.2022 r., ponieważ w dokumentacji postępowania określono, że przygotowanie i uzgodnienie harmonogramu oraz jego przekazanie mieszkańcom nieruchomości, z których wykonawca dokonywać będzie odbioru odpadów komunalnych, ma nastąpić do dnia 31.08.2022 r.

Odwołujący podniósł, że w rzeczywistości czynności wskazane przez Zamawiającego w Rozdziale 1 ust. 1.5 OPZ stanowią jedno z czynności przygotowujących do realizacji usługi i powinny odbyć się przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru, transportu

i zagospodarowania odpadów komunalnych, przy czym nieuzasadnione jest oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca będzie przygotowywał harmonogram obejmujący okres realizacji usługi w okresie poprzedzającym zawarcie umowy. Przygotowanie harmonogramu powinno być realizowane po podpisaniu umowy, ponieważ jest jednym z elementów realizacji usługi. Odwołujący podkreślił, że bezzasadne jest oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca będzie wykonywał umowę przed jej podpisaniem.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca nie może przygotować harmonogramu nie posiadając informacji od Zamawiającego dotyczących wykazu nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia. Tym samym, rozpoczęcie prac nad przygotowaniem harmonogramu może nastąpić dopiero po przekazaniu tych danych, a Zamawiający jednoznacznie wskazał na taki obowiązek po swojej stronie i określił, że przekazanie ww. danych nastąpi w dniu zawarcia umowy (Rozdział 5 ust. 5.1 OPZ).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 5. ust. 5.2 OPZ, wykonawca na przygotowanie harmonogramu ma 3 dni robocze, następnie Zamawiający będzie miał 2 dni robocze na poprawki i akceptację (Rozdział 5 ust. 5.3 OPZ). W przypadku uwag, termin na ich uwzględnienie przez wykonawcę wynosi 2 dni robocze, następnie Zamawiający ma 2 dni robocze na ich ponowną weryfikację i akceptację lub zgłoszenie ponownych uwag (Rozdział 5 ust. 5.3 i 5.4 OPZ).

Na czynności związane z przygotowaniem i akceptacją harmonogramu Zamawiający wyznaczył 9 dni roboczych. Ponadto, na wykonawcy spoczywa również obowiązek przygotowania w formie papierowej - określonym formacie, oraz rozdysponowanie harmonogramu właścicielom nieruchomości, co również wymaga po stronie wykonawcy czasu na wydrukowanie harmonogramów oraz ich dostarczenie do mieszkańców, czego Zamawiający w dokumentacji postępowania nie uwzględnił.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie przewidział sytuacji, gdy umowa zostanie podpisana później niż na 9 dni roboczych przed datą 30.08.2022 r. (Odwołujący wskazał, że termin 9 dni roboczych jest terminem za krótkim na przygotowanie i uzgodnienie harmonogramu oraz jego wydrukowanie i dostarczenie do mieszkańców). Równocześnie umowa zobowiązuje wykonawcę do realizacji usługi od podpisania umowy, ale nie wcześniej niż od dnia 01.09.2022 r., podczas gdy obowiązki związane z harmonogramem należy zrealizować do dnia 30.08.2022 r.

Zdaniem Odwołującego, wymagane jest wprowadzenie czasu niezbędnego do wydrukowania oraz dostarczenia harmonogramów do mieszkańców oraz dostarczenie rezerwowych worków do siedziby Zamawiającego (zgodnie z Rozdziałem 8 ust. 8.2 OPZ), który powinien wynosić min. 5 dni roboczych.

Odwołujący stwierdził, że ze względu na fakt, że przed rozpoczęciem realizacji usługi polegającej na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, niezbędne jest wyznaczenie okresu przygotowawczego, którego minimalny termin nie może być krótszy niż 14 dni roboczych od dnia zawarcia umowy przez obie strony, konieczne jest wykreślenie z dokumentacji postępowania daty dziennej - 30.08.2022 r. oraz 01.09.2022 r. na realizację czynności wchodzących w zakres czynności przygotowawczych (przygotowanie, uzgodnienie, wydruk i doręczenie do mieszkańców harmonogramu oraz doręczenie do siedziby Zamawiającego worków rezerwowych), ponieważ istnieje ryzyko, że umowa nie zostanie zawarta przez strony na minimum 14 dni roboczych przed datą 30.08.2022 r., co spowoduje niezachowanie tego terminu, a także daty 01.09.2022 r. jako daty na rozpoczęcie realizacji usługi polegającej na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, ponieważ jeśli umowa nie zostanie zawarta na min. 14 dni roboczych przed tą datą (tj. najpóźniej dnia 10 sierpnia 2022 r.), usługa nie będzie mogła być od tej daty realizowana. Odwołujący zwrócił uwagę, że po uzgodnieniu harmonogramu, jego wydrukowanie i udostępnienie mieszkańcom musi nastąpić w terminie 30.08.2022 r. - jest to ta sama data dzienna, którą Zamawiający wskazał jako datę końcową na uzgodnienie harmonogramu, co oznaczałoby, że nie uwzględnił on jakiegokolwiek czasu dla wykonawcy na wydruk i dostarczenie harmonogramów po ich akceptacji. Odwołujący wskazał, że w tym terminie wykonawca musi przygotować się także do wykonywania usługi, a dopiero po zatwierdzeniu harmonogramu wykonawca ma pełną wiedzę o sposobie świadczenia usługi, zatem na przygotowanie się do jej świadczenia, jak np. przygotowanie trasówek, zakup worków itp.

W ocenie Odwołującego, brak okresu przygotowawczego faworyzuje dotychczasowego wykonawcę. Odwołujący przypomniał, że Zamawiający jest zobowiązany tak prowadzić postępowanie, aby zapewnić niezbędne terminy na przygotowanie się do świadczenia usługi każdemu wykonawcy. Postanowienia sprzeczne są z tą dyrektywą naruszają przepisy wskazane w *petitum* odwołania.

Ponadto, jak stwierdził Odwołujący, przeważający zakres czynności musiałby odbyć się przed podpisaniem umowy, co oznacza nałożenie na wykonawcę obowiązku realizacji umowy przed jej zawarciem. Powyższe, zdaniem Odwołującego, narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp, ponieważ jest równoznaczne z nałożeniem obowiązków w niedoprecyzowanych terminach oraz stanowiących nadmierne obciążenie, ponieważ nie można od wykonawcy wymagać, aby realizował umowę przed jej zawarciem, ponosząc określone koszty.

Odwołujący wnioskował o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień zawartych w Rozdziale 1 ust. 1.5, w Rozdziale 5 ust. 5.1-5.5, Rozdziale 8 ust. 8.1 i 8.2 OPZ oraz § 2 wzoru umowy i nadanie im następującego brzmienia:

„1. Przedmiotem zamówienia jest usługa:

(...)

1.5 Przygotowania i dystrybucji harmonogramu odbioru odpadów wraz z informacją dotyczącą prawidłowej segregacji odpadów w terminie do 5 dni roboczych od dnia zatwierdzenia harmonogramu przez Zamawiającego."

„5. Harmonogram odbioru odpadów

(...)

5.5. Wykonawca na własny koszt przygotowuje w formie papierowej (kalendarz, wydruk w kolorze, format A4) i dostarczy właścicielom nieruchomości harmonogram odbioru odpadów w terminie do 5 dni roboczych od dnia zatwierdzenia harmonogramu przez Zamawiającego."

„8. Obowiązki Wykonawcy przed rozpoczęciem zamówienia:

8.1. Dostarczenie harmonogramów odbioru odpadów w formie kalendarza wśród mieszkańców nieruchomości w terminie do 5 dni roboczych od dnia zatwierdzenia harmonogramu przez Zamawiającego, tj. 1 egz. harmonogramu dla jednej nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej oraz zarządcom nieruchomości budynków wielorodzinnych)

8.2. Dostarczenie do siedziby Zamawiającego w terminie do 5 dni roboczych od dnia zatwierdzenia harmonogramu przez Zamawiającego, rezerwy worków po 50 szt. dla każdego rodzaju odpadu."

§ 2 wzoru umowy: „Wykonawca rozpocznie realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia w ciągu 14 dni roboczych (tj. po okresie przygotowawczym) od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 01.09.2022 r., o ile w dniu podpisania umowy otrzyma dane niezbędne do przygotowania harmonogramu odbioru odpadów, w tym dane dot. wykazu nieruchomości, z których mają być odbierane odpady oraz o frakcjach odbieranych odpadów (nieruchomości posiadające kompostowniki) i realizować ją będzie przez okres 12 miesięcy."

oraz o dostosowanie pozostałych zapisów dokumentacji postępowania do powyższych postanowień OPZ i wzoru umowy.

Zarzut 3 - § 3 wzoru umowy - błędne określenie minimalnego zakresu zamówienia

W rozdziale OPZ oraz umowie Zamawiający określił zakres prac wykonawcy.

W § 3 ust. 4 wzoru umowy, jako minimalną wartość realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał: „Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SWZ są szacunkowe, ich łączna wartość służy zamawiającemu do obliczenia punktów w kryterium Cena. Ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów. Zamawiający zgodnie z art. 433 ustawy Pzp zastrzega, że świadczona usługa na podstawie wskazanych ilości szacunkowych nie będzie niższa niż 70% wskazanych w załączniku nr 9 do SWZ ilości przez cały okres trwania umowy.”

Odwołujący podniósł, że zgodnie z regulacją zawartą w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, przewidywane postanowienia umowy nie mogą zawierać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Na Zamawiającym spoczywa zatem każdorazowo obowiązek określenia minimalnej wartości lub wielkości przedmiotu świadczenia.

Jak wskazał Odwołujący, w przypadku przedmiotowego zamówienia, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia oraz sposób rozliczenia - tj. wg stawek za odbiór danego rodzaju odpadów komunalnych, które to stawki są zróżnicowane, podczas, gdy Zamawiający podaje jedyne szacowane wielkości odpadów danego rodzaju - nie mając pewności co do ilości faktycznie odebranych odpadów danego rodzaju, określenie przez Zamawiającego minimalnego gwarantowanego zamówienia, które zostanie udzielone wykonawcy poprzez określenie go jako wielkości świadczenia stron - nadal pozostawia wykonawcę w niepewności co do minimalnego zakresu gwarantowanego wynagrodzenia i nie pozwala wykonawcy odpowiednio skalkulować ceny oferty. Odwołujący stwierdził, że takie określenie tzw. minimalnej (gwarantowanej) wielkości przedmiotu zamówienia, do której zrealizowania Zamawiający jest zobowiązany, nie spełnia wymogów należytego określenia przedmiotu zamówienia wynikających z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji w § 3 ust. 4 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia:

„Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SWZ są szacunkowe, ich łączna wartość służy zamawiającemu do obliczenia punktów w kryterium Cena. Ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów. Zamawiający zgodnie z art. 433 ustawy Pzp zastrzega, że gwarantowana wartość zamówienia, która zostanie udzielona Wykonawcy na podstawie niniejszej umowy wynosi 70% całkowitej wartości

umowy/łącznego wynagrodzenia za wykonanie całości Umowy zgodnie z ofertą Wykonawcy brutto, określonego w § 3 ust. umowy."

Zarzut 4 - obowiązek ubezpieczenia Zamawiającego

W § 8 ust. 1 Zamawiający przewidział:

„1. Celem wyłączenia odpowiedzialności materialnej Zamawiającego lub Wykonawcy z tytułu szkód powstałych w związku z zaistnieniem określonych zdarzeń losowych i odpowiedzialności cywilnej w czasie realizacji umowy. Wykonawca zobowiązuje się zawrzeć odpowiednie umowy ubezpieczenia”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może oczekiwać, że wykonawca zawrze umowę ubezpieczenia obejmującą wyłączenie odpowiedzialności materialnej Zamawiającego z tytułu szkód powstałych w związku z zaistnieniem zdarzeń losowych i odpowiedzialności cywilnej w czasie realizacji umowy. Takie ubezpieczenie może dotyczyć tylko wykonawcy, osób, którymi się posługuje, ewentualnych podwykonawców i odnosić się do zdarzeń oraz mienia powiązanych z wykonawcą. Zamawiający swoją działalność i mienie powinien ubezpieczać we własnym zakresie. Ponadto, zdaniem Odwołującego, jest całkowicie niezrozumiałe, jaki zakres ubezpieczenia dotyczący Zamawiającego miałby zostać objęty tym postanowieniem.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z § 9 ust. 1 określenia „Zamawiającego”.

Zarzut nr 5 - § 6 wzoru umowy - przekroczenie wartości wynagrodzenia umownego

Zgodnie z postanowieniem paragrafu 3 ust. 4 i 5 wzoru umowy:

„4. Ilości i rodzaje odpadów komunalnych do odbioru i zagospodarowania określone przez Zamawiającego w SWZ są szacunkowe, ich łączna wartość służy zamawiającemu do obliczenia punktów w kryterium Cena. Ilości te mogą ulec zmianie w trakcie realizacji Umowy - wzrosnąć lub zmaleć w ramach określonej frakcji/rodzaju odpadów. Zamawiający zgodnie z art. 433 ustawy Pzp zastrzega, że świadczona usługa na podstawie wskazanych ilości szacunkowych nie będzie niższa niż 70% wskazanych w załączniku nr 9 do SWZ ilości przez cały okres trwania umowy.

5. Wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje wszystkie koszty poniesione przez Wykonawcę niezbędne do prawidłowego (zgodnego z warunkami Umowy) - wykonania Umowy, w tym koszty wykonania wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy, w tym z Opiszem przedmiotu zamówienia określonym w załączniku nr 9 do SWZ, nie podlega zmianie w trakcie trwania umowy z zastrzeżeniem par.12.”

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie przewidział sytuacji, gdy założenia szacunkowe nie znajdą potwierdzenia w rzeczywistej realizacji przedmiotu umowy i przewidziane maksymalne wynagrodzenie okaże się niewystarczające na cały okres świadczenia usługi. Odwołujący zauważył, że umowa nie reguluje sytuacji, gdy w trakcie jej trwania może dojść do wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia, w tym nie reguluje obowiązku pokrycia kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów ponad ww. limit. Z uwagi na charakterystykę zamówienia, nie ma możliwości przewidzenia, ile konkretnie odpadów zostanie odebrane oraz jakie, stąd możliwość takiego przekroczenia jest realna. Tymczasem Zamawiający w takiej sytuacji wskazuje w SWZ na skutek w postaci zakończenia umowy (w rozdziale 5 SWZ), jednak na taki skutek nie wskazuje już w umowie. Brak takiej regulacji stwarza więc wątpliwość co do zakresu obowiązku świadczenia usługi oraz jej rozliczenia, gdy przekroczenia nie dało się w obiektywny sposób przewidzieć oraz gdy wykonawca wykonał usługę. Oznacza to zatem, że na wykonawcy ciążyć będzie ryzyko i niepewność co do sposobu rozliczenia realizacji zakresu zamówienia, którego wartość przekroczy maksymalną wartość umownego wynagrodzenia, co narusza granice zasady swobody umów i zasadę proporcjonalności. Umowa powinna zatem regulować powyżej opisaną sytuację, ponieważ jej zaistnienie może prowadzić do sporów na etapie realizacji zamówienia. Oczywistym jest, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający nie może oczekiwać, że jakakolwiek część zamówienia zostanie przez wykonawcę wykonana bez wynagrodzenia lub bez uprzedniego określenia warunków jego otrzymania. Zgodnie z art. 6f ust. 3 oraz ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podstawę ustalenia wynagrodzenia za odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi stawka za 1 Mg odebranych odpadów komunalnych, natomiast podstawę ustalenia wynagrodzenia za zagospodarowywanie odpadów komunalnych stanowi stawka za 1 Mg zagospodarowanych odpadów komunalnych. Odwołujący podał, że w przypadku wyczerpania maksymalnej kwoty zobowiązania Strony winny zawrzeć stosowny aneks do umowy zmieniający maksymalną wartość wynagrodzenia. Umowa winna także przewidywać, że Zamawiający w przypadku wyczerpania 80% wartości wynagrodzenia maksymalnego prześle informację w tym zakresie wykonawcy, aby ograniczyć ryzyko przekroczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji wzoru umowy i dodanie postanowienia, że w przypadku, gdy ilość odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę przekroczy maksymalną wartość wynagrodzenia określoną w umowie, strony dokonają ich rozliczenia na zasadach zawartych w umowie, zawierając stosowny aneks. Ponadto Zamawiający w przypadku wyczerpania 80% wartości wynagrodzenia maksymalnego prześle informację w tym zakresie wykonawcy.

Zarzut nr 6 - odstąpienie od umowy przez Wykonawcę

W § 7 Zamawiający przewidział przypadki odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Zamawiający nie przewidział natomiast możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę w przypadku, gdy Zamawiający nienależycie realizuje postanowienia umowne, w tym np. nie płaci wynagrodzenia należnego wykonawcy za należyte wykonanie umowy czy też odmawia bez uzasadnienia zatwierdzenia dokumentów potwierdzających wykonanie usług w okresie rozliczeniowym. Brak powyższych postanowień umownych narusza zasadę równowagi stron. Postanowienia umowne powinny zawierać możliwość odstąpienia przez wykonawcę z powodu zaistnienia okoliczności leżących po stronie Zamawiającego ze wskazaniem maksymalnego terminu na odstąpienie od dnia, w którym wykonawca dowiedział się o zaistnieniu okoliczności uzasadniających złożenia oświadczenia o odstąpieniu oraz z postanowieniami wskazującymi, że w przypadku odstąpienia, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane usługi obliczone zgodnie z postanowieniami umowy, a Zamawiającego obciąża odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach przewidzianych w kodeksie cywilnym, przy czym wskazane w umowie przypadki odstąpienia od umowy należy traktować jako zawinione przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia § 8 o postanowienia umowne umożliwiające odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności w przypadku braku płatności należnego wykonawcy wynagrodzenia w terminie 14 dni od upływu terminu płatności ustalonego w umowie, odmawia bez uzasadnienia zatwierdzenia dokumentów potwierdzających wykonanie usług w okresie rozliczeniowym z wyznaczeniem wykonawcy terminu na odstąpienie w ciągu 60 dni kalendarzowych od dnia, w którym wykonawca dowiedział się o zaistnieniu okoliczności uzasadniających złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz z postanowieniami wskazującymi, że w przypadku odstąpienia, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane usługi obliczone zgodnie z postanowieniami umowy, a Zamawiającego obciąża odpowiedzialność odszkodowawcza na zasadach przewidzianych w kodeksie cywilnym, przy czym wskazane w umowie przypadki odstąpienia od umowy należy traktować jako zawinione przez Zamawiającego.

Zarzut 7 - brak waloryzacji wynagrodzenia

W § 12 ust. 1 lit. d) umowy Zamawiający przewidział waloryzację wynagrodzenia, jednak nie doprecyzował, że waloryzacji podlegać będą ceny jednostkowe, które stanowią ceny rozliczeniowe. Odwołujący stwierdził, że pominięcie cen jednostkowych w ramach waloryzacji oznacza, że postanowienia umowy mają charakter niejednoznaczny. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, niepewność i niespójność postanowień umowy wzmacnia regulacja § 3 ust. 3 umowy, gdzie wskazano na stałość cen jednostkowych. Nie sposób zrozumieć, w jaki sposób możliwe jest zwaloryzowanie wynagrodzenia kosztorysowego obliczanego na

podstawie cen jednostkowych bez jasnego przewidzenia, że to ceny jednostkowe podlegają waloryzacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia § 12 o wskazanie, że waloryzacja dotyczy także cen jednostkowych, np.:

„Wysokość wynagrodzenia WYKONAWCY, określonego w § 3 umowy, w tym cen jednostkowych określonych w formularzu oferty - załącznik nr 1a i 1b, może ulec zmianie, z zastrzeżeniem postanowień ust. 1-3 w przypadku zmiany (...).

Odwołujący wskazał, że taka sama zmiana powinna zostać wprowadzona w innych częściach umowy oraz w dokumentacji postępowania.

Zarzut 8 - brak waloryzacji wynagrodzenia w przypadku wzrostu kosztów wykonania zamówienia

Odwołujący podał, że Zamawiający we wzorze umowy w § 3 ust. 3 zastrzegł, że ceny za odebrane i zagospodarowane odpady pozostaną bez zmian przez cały okres realizacji umowy. Ze względu na fakt, że termin realizacji umowy przekracza 12 miesięcy (wraz z okresem przygotowawczym, w którym to czasie wykonawca zobowiązany jest do wykonania szeregu czynności przygotowujących do świadczenia usługi, w tym do przygotowania i uzgodnienia harmonogramu, wydrukowania i doręczenia do mieszkańców, doręczenia Zamawiającemu worków rezerwowych itd.), w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien we wzorze umowy uwzględnić postanowienia umowne dotyczące waloryzacji wynagrodzenia. Natomiast Zamawiający we wzorze umowy - w postanowieniach dot. zmian umowy nie uwzględnił waloryzacji ze względu na wzrost kosztów świadczenia usługi, które są głównym czynnikiem wpływającym na cenę za odbiór i zagospodarowania odpadów, czynnikami takimi są np. wzrost kosztów zatrudnienia, wzrost ceny paliw, energii itp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział waloryzację wynagrodzenia w sytuacjach opisanych w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp, nie przewidział natomiast waloryzacji w innych przypadkach wzrostu kosztów, w szczególności wzrostu kosztów paliwa. Odwołujący zauważył, że z uwagi na aktualną sytuację rynkową i polityczną nie jest możliwe do przewidzenia, w jaki sposób następować będzie wzrost kosztów niezbędnych do świadczenia usługi, w szczególności kosztów paliwa. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zasadne jest w ramach prawidłowej realizacji zasady swobody umów uwzględnienie także waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych ze względu na wzrost innych kosztów niż przewidziane w § 13 ust. 3, w tym cen paliwa. Zamawiający nie przewidział takiej waloryzacji ani przesłanki zmiany umowy w zakresie wzrostu wynagrodzenia i cen jednostkowych spowodowanych w szczególności wzrostem cen paliwa. Przewidzenie takiej waloryzacji

pozwała na bardziej precyzyjną kalkulację cen ofertowych i jest korzystne także dla Zamawiającego. Wykonawca nie musi bowiem uwzględniać dużego zakresu ryzyka w kalkulacji.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na to, że czas trwania umowy włącznie z niezbędnym okresem przygotowawczym przekracza okres 12 miesięcy, konieczne jest uregulowanie waloryzacji ustawowej. Ponadto, zdaniem Odwołującego, z uwagi na możliwe wzrosty cen paliwa, właściwe jest uzupełnienie postanowień umowy o waloryzację cen z uwagi na wzrost cen paliwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do wzoru umowy następujących postanowień dot. waloryzacji umowy:

„1. Zmiany postanowień zawartej Umowy mogą być dokonywane:

1) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT) na wykonywane usługi - w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 1 Umowy;

2) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) - w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 1 Umowy;

3) w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342, z późn. zm.) - wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 1 Umowy;

2. Zgodnie z przepisem art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, Strony dopuszczają możliwość żądania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tj. w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 1 Umowy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy (klauzula waloryzacyjna), na następujących warunkach:

1) Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 2 może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%. Waloryzacja będzie dokonana poprzez zmianę wysokości wynagrodzenia określonego w § 3

ust. 2 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 1 Umowy o wysokość opublikowanego wskaźnika inflacji przez GUS obowiązującego na dzień podpisania aneksu. Za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony Umowy przyjmują wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 65, poz. 545, z późn. zm.) - zwany dalej wskaźnikiem GUS; początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi data zawarcia Umowy;

2) Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 6 miesiącach. Ewentualna druga i następne waloryzacje będą możliwe na analogicznych warunkach jak w pkt poprzedzających, w przypadku gdy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%.

3) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 20% wysokości cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 1 Umowy;

3. Waloryzacji podlegać będą ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wskazane w § 3 ust. 1 Umowy również w przypadku zmiany (wzrostu) cen 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 15% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie ogranicza maksymalnej waloryzacji wynagrodzenia, ani liczby możliwych zmian umowy na tej podstawie ani terminów jej dokonania, przy czym w przypadku kolejnych wniosków dot. waloryzacji wynagrodzenia na tej podstawie, a każda kolejna zmiana wynagrodzenia powinna być możliwa w przypadku wzrostu cen za paliwo o minimum 15% w porównaniu do cen za paliwo obowiązujących w dniu złożenia przez Wykonawcę wniosku o poprzednią waloryzację na tej podstawie, na podstawie którego to wniosku doszło do zawarcia poprzedniego aneksu.”

Zarzut nr 9 - obarczenie wykonawcy odpowiedzialnością za uzyskanie poziomów recyklingu

Zamawiający w Części nr 1 „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA DOTYCZĄCY ODBIORU ODPADÓW KOMUNALNYCH BEZPOŚREDNIO OD MIESZKAŃCÓW NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH” Rozdziale 1 OPZ wskazał:

„Wykonawca ma zapewnić gospodarowanie odebranymi odpadami komunalnymi w sposób zapewniający Zamawiającemu osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu,

przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 z późn. zm.).”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w ten sposób całkowicie przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za uzyskanie odpowiednich poziomów, co nie zawsze może być możliwe do zrealizowania. Odwołujący wskazał na kilka przypadków, w przypadku wystąpienia których osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu może być niemożliwe, np. mieszkańcy wytwarzają znacznie mniejsze ilości odpadów segregowanych w porównaniu do odpadów zmieszanych, a odpady komunalne niesegregowane (zmieszane) to takie, które powinny stanowić frakcje odpadów, których nie da się poddać recyklingowi, w związku z powyższym nie ma możliwości osiągnięcia odpowiedniego poziomu.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca może weryfikować jakość segregacji, ale nie ma możliwości wpłynięcia na ilość wytwarzanych przez mieszkańców segregacji - ilości odpadów danej kategorii (segregowanych lub zmieszanych).

Odwołujący wskazał, że z Formularza ofertowego wynika, że uzyskanie poziomów w 2022 r. jak i 2023 r. może być trudne, ponieważ Zamawiający przekazuje przewidywane/szacunkowe ilości odpadów jak poniżej.

Kod 15 01 01 – masa 65,00 Mg

Kod 15 01 02/15 01 06 – masa 240,00 Mg

Kod 15 01 07 – masa 210,00 Mg

Kod 20 02 01 – masa 210,00 Mg

Kod 10 01 01 – masa 300,00 Mg

Kod 20 03 07 – masa 95,00 Mg

Kod 20 01 36 – masa 5,00 Mg

Kod 20 03 01 – masa 1000,00 Mg

Sumarycznie przewidziany jest odbiór 2125,00 Mg. Odwołujący wyjaśnił, że gdyby takie ilości odpadów były odbierane, a mieszkańcy idealnie segregowali odpady (niestety tak nie jest, część odpadów odbieranych selektywnie też nie nadaje się do recyklingu) to zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych wylicza się jako iloraz łącznej masy odpadów komunalnych przygotowanych do

ponownego użycia i poddanych recyklingowi (Mr) i łącznej masy wytworzonych odpadów komunalnych (Mw) razy 100%.

Mr to suma mas odpadów komunalnych z grupy 15 oraz z grupy 20 (z wyjątkiem odpadów o kodzie 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06) oraz odpady powstałe z przetworzenie odpadów, o których mowa wcześniej.

Odwołujący przypomniał, że nie wszystkie odpady z grupy 15 czy 20 mogą być poddane całkowitemu recyklingowi czy przygotowane do ponownego użycia, np. 20 03 07 czy 20 01 36 są to odpady, które nie będą 100% poddane odzyskowi, czy też 20 03 01, który jest odpadem, w którym nie powinny znajdować się odpady podlegające recyklingowi. Pozostałe odpady jak 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07, 20 02 01 mogą być zanieczyszczone i nie podlegać recyklingowi.

Ponadto zgodnie z danymi z dostępnymi na stronie Głównego Urzędu Statystycznego ilość odbieranych odpadów selektywnych od Zamawiającego różni się od danych wskazanych przez niego w SWZ.

Odwołujący stwierdził, że analizując ilości odbieranych odpadów w latach 2017-2020 (brak danych za 2021 r.) należy przyjąć, że ilość odpadów segregowanych wskazanych w dokumentacji postępowania różni się od tych, które zostały wskazane na stronie Głównego Urzędu Statystycznego, co jest zrozumiałe, jednak są różnice między ostatnimi latami, które wykonawca powinien znać, w szczególności jeśli ma całkowicie odpowiadać za osiągnięcie poziomów, w tym ewentualnie skalkulowanie kary.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, ilość odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych też się różni:

2010 r. – 569,34 Mg

2011 r. – 829,74 Mg

2012 r. – 751,29 Mg

2013 r. – 721,48 Mg

2014 r. – 664,48 Mg

2015 r. – 643,62 Mg

2016 r. – 863,60 Mg

2017 r. – 1 328,86 Mg

2018 r. – 1 438,42 Mg

2019 r. – 151,92 Mg

2020 r. – 1 507,74 Mg

Odwołujący zauważył, że w SWZ zawarta jest tabela z ilościami odpadów odebranych w 2021 r. Znacząco różni się ona od ilości odpadów odbieranych w poprzednich latach, co pokazuje, zdaniem Odwołującego, że wykonawca nie może dokładnie przewidywać ile odpadów będzie jakiej frakcji w danym roku, co więcej, nie może być odpowiedzialny za takie zmiany w strukturze odbieranych odpadów.

Odwołujący wniósł o dokonanie zmiany postanowienia w Części nr 1 „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA DOTYCZĄCY ODBIORU ODPADÓW KOMUNALNYCH BEZPOŚREDNIO OD MIESZKAŃCÓW NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH” Rozdziale 1 OPZ i nadanie mu następującego brzmienia:

„Wykonawca dołoży starań, aby możliwe było osiągnięcie wymaganego prawem poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, w tym przekaze odebrane w ramach umowy odpady nadające się do recyklingu/odzysku w celu uzyskania możliwego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu”

Zarzut 10 – zbyt wysoka łączna maksymalna wysokość kar umownych

Zamawiający w § 10 ust. 8 wzoru umowy wskazał: „Łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia”, jest to bardzo wysoka maksymalna granica kar. Zamawiający określając tak wysoką granicę powinien wziąć pod uwagę jakie koszty ponosi Wykonawca świadcząc usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych i mieć na uwadze, że tak wysoki poziom maksymalnej kary nie wpłynie „mobilizująco” na Wykonawcę, a jedynie może doprowadzić do poważnych konsekwencji w niniejszym postępowaniu w postaci braku lub niewielkiej liczby złożonych ofert oraz zaoferowania przez Wykonawców wysokich cen, które będą uwzględniać ryzyko związane z tak wysokim, w ocenie Odwołującego zupełnie niczym nieuzasadnionym, maksymalnym poziomem kar umownych, co z kolei budzi wątpliwości w kwestii racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego. Z kolei złożenie przez Wykonawców znacznie wyższych ofert, gdzie wysoka cena wynikała będzie z maksymalnego poziomu kar umownych określonego we wzorze umowy, spowodować może uzyskanie ofert znacznie przekraczających środki, które Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i w konsekwencji unieważnienie postępowania.

Odwołujący stwierdził, że nie znajduje powodu, który uzasadniałby ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 50% ze względu na charakter zamówienia, który jest standardowy i polega na wykonywaniu usługi o charakterze powtarzającym się, z którą podmiot działający w danej branży nie powinien mieć żadnych problemów, nie posiada w żadnym zakresie cech innowacyjnych, twórczych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 10 ust. 8 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia: „Łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 20% wartości zamówienia”.

Zarzut 11 – nieprecyzyjny opis kary umownej

Zamawiający w § 10 ust. 1 lit. c) wzoru umowy zawarł następujące postanowienie umowne dot. kary umownej:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

(...)

c) za zwłokę w odbiorze odpadów z nieruchomości w terminie przewidzianym w harmonogramie, dla danego punktu odbioru, za każdy dzień zwłoki w wysokości 50 zł brutto,”

Odwołujący wskazał, że ww. przesłanka do nałożenia kary umownej jest zbyt obszerna, w przypadku wystąpienia braku odbioru odpadów z nieruchomości - należy złożyć reklamację w celu wyjaśnienia zaistniałej okoliczności, która wyjaśni okoliczności braku odbioru odpadów z danego punktu odbioru.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 10 ust. 1 lit. c) wzoru umowy i nadanie mu brzmienia:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

„za nieterminowe zrealizowanie reklamacji dla danego punktu odbioru, za każdy dzień zwłoki w wysokości 50 zł brutto”

Zarzut nr 12 - błędna klasyfikacja odpadu

Zamawiający w Części 1, Rozdziale 2 ust. 2.9 oraz w Rozdziale 3.7 oraz w Części 2, Rozdziale 1 ust. 1.12 OPZ wskazał jako odpad: „popiół i żużel (kod odpadu 10 01 01)”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z interpretacją Ministerstwa Środowiska z dnia 05.09.2017 r. (znak: DGO-III.070.40.2017.MP; 454270.1175604.907045), popioły paleniskowe z gospodarstw domowych powinny być klasyfikowane jako odpady komunalne, odpady powstające w gospodarstwach domowych, odpady z grupy 20. Odpady z grupy 10, a dokładnie z podgrupy 10 01 dotyczą odpadów z elektrowni i innych zakładów energetycznego spalania paliw (z wyłączeniem grupy 19), dlatego też klasyfikowanie popiołów pochodzących z palenisk domowych w podgrupie 10 01 jest błędne i niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zamiany kodu 10 01 01, na kod 20 01 99 (Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny).

Zarzut nr 13 - rozbieżności w dokumentacji postępowania dot. fakturowania i klauzuli zatrudnieniowej

Zamawiający w § 4 ust. 6 wzoru umowy wskazał: „Do faktury, o której mowa w ust. 1 Wykonawca zobowiązany jest obligatoryjnie dołączyć raport miesięczny (załącznik Nr 2 do umowy) wraz z poświadczonymi za zgodność z oryginałem kserokopiami dowodów dostarczonych odpadów do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, tj. karty przekazania odpadów oraz informację potwierdzającą stwierdzenie niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów.”

Natomiast zgodnie z Rozdziałem 14 ust. 14.1-14.2 OPZ:

„14. Obowiązki dotyczące prowadzenia dokumentacji związanej z realizacją zamówienia.

14.1. Wykonawca jest zobowiązany do przedkładania Zamawiającemu wraz z fakturą raportu miesięcznego (wg załącznika nr 2 do umowy), który jest podstawą do wypłaty należności za świadczone usługi oraz informacji o której mowa w pkt. 6.5. OPZ.

Zamawiający może odmówić całościowej lub częściowej zapłaty faktury w wypadku nie przedłożenia lub przedłożenia niekompletnej dokumentacji potwierdzającej wykonanie usługi.

14.2. Raport miesięczny powinien zawierać:

14.2.1. Łączną masę poszczególnych odpadów komunalnych (w zależności od frakcji) odebraną od mieszkańców gminy, wyrażoną w Mg wraz ze sposobem zagospodarowania odpadów komunalnych oraz instalacji, do której zostały przekazane odpady komunalne,

14.2.2. Ilości i rodzaje odebranych worków z odpadami komunalnymi wraz z datą realizacji usługi,

14.2.3. Wykaz niewykonanych usług wraz z podaniem przyczyny,

14.2.4. Liczbę nieruchomości, z których zostały odebrane odpady komunalne w ramach realizacji umowy,

14.2.5. Datę sporządzenia i czytelny podpis pracownika sporządzającego i zatwierdzającego raport.

Do wyżej wymienionego raportu miesięcznego Wykonawca przedstawi Zamawiającemu poświadczony za zgodność z oryginałem kserokopie dowodów dostarczonych odpadów do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, tj. karty przekazania odpadów.”

Zgodnie z Rozdziałem 6 ust. 6.5 OPZ:

„6.5. W przypadku stwierdzenia niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów. Wykonawca zobowiązany jest do odebrania

ich, jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne oraz poinformowania o tym fakcie właściciela nieruchomości (w tym samym dniu) oraz Zamawiającego na koniec miesiąca, w którym niedopełnienie przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów miało miejsce w formie papierowej przy składaniu faktury wraz z raportem miesięcznym o którym mowa w pkt. 14 OPZ wskazując:

- 1) adres właściciela nieruchomości, lokalizację miejsca gromadzenia odpadów, który nie dopełnił obowiązku jw. oraz datę i godzinę zdarzenia,
- 2) dokumentację, z której wynika, że odpady gromadzone są niewłaściwie - dokumentacja fotograficzna, protokół zdarzenia sporządzony przez pracowników Wykonawcy.

W przypadku braku oznakowania posesji i niemożliwości ustalenia właściciela odpadów w inny sposób, np. u sołtysa, należy skontaktować się z Zamawiającym."

Odwołujący zauważył że powyższe powoduje niespójność pomiędzy postanowieniami zawartymi we wzorze umowy, a OPZ i niepewność po stronie wykonawcy co do zakresu dokumentów, które należy złożyć wraz z fakturą.

Ponadto, Zamawiający w § 4 ust. 6 wzoru umowy tj. klauzuli zatrudnieniowej, wskazał, że wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących bezpośrednio czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia, których realizacja polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320, z 2021r. poz. 1162, z 2022 r. poz. 655), tj. operatorów sprzętu, kierowców, ładowaczy. Odwołujący zauważył, że zakres osób wskazany we wzorze umowy jest inny niż określony przez Zamawiającego w Rozdziale 9 SWZ, ponadto w SWZ Zamawiający odwołuje się do postanowień ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - akt nieobowiązujący.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji i ujednoczenia postanowień dokumentacji postanowień w poniższym zakresie:

- 1) W zakresie dot. dokumentów, które Wykonawca ma dołączyć do faktury poprzez określenie ich w sposób określony w OPZ;
- 2) W zakresie klauzuli zatrudnieniowej poprzez wskazanie, że dot. ona następujących osób wykonujących usługę bezpośrednio tj. kierowców oraz ładowaczy.

Zarzut 14 - nadmierny wymóg w stosunku do podwykonawstwa

Odwołujący podał, że Zamawiający w § 9 ust. 1 wzoru umowy dot. podwykonawstwa wskazał: „Strony dopuszczają możliwość zlecenia przez Wykonawcę wykonania części

zamówienia będącego przedmiotem umowy podwykonawcom, o ile Wykonawca zamiar zlecenia prac podwykonawcy/om zawarł w ofercie.”, podczas gdy przepisy ustawy Pzp dopuszczają możliwość zaangażowania podwykonawcę w realizację zamówienia na dalszym etapie, tj. po złożeniu oferty przez wykonawcę. Zdaniem Odwołującego, postanowienie zawarte w § 9 ust. 1 wzoru umowy ogranicza prawo wykonawcy do zlecenia realizacji zamówienia podwykonawcy. Wykonawca na etapie składania ofert może nie wiedzieć, że będzie potrzebował zlecenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Jednocześnie dokumentacja postępowania nie wskazuje, że Zamawiający zastrzegł obowiązek zrealizowania określonej części zamówienia osobiście przez Wykonawcę.

Zgodnie z Rozdziałem 7 SWZ:

„7.1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom).

7.2. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.

7.3. Zamawiający wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców.”

Zgodnie z § 9 ust. 3 wzoru umowy:

„3. Wykonawca ma prawo zgłosić zamiar korzystania z podwykonawcy przy realizacji przedmiotu umowy, o ile konieczność ta wystąpiła w trakcie realizacji umowy, a konieczności skorzystania z podwykonawcy Wykonawca nie mógł przewidzieć chwili składania oferty.”

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień § 9 ust. 1 i 3 wzoru umowy i nadanie im brzmienia: § 9 ust. 1 wzoru umowy: „Strony dopuszczają możliwość zlecenia przez Wykonawcę wykonania części zamówienia będącego przedmiotem umowy podwykonawcom”

§ 9 ust. 3 wzoru umowy:

„3. Wykonawca w toku realizacji zamówienia poinformuje pisemnie Zamawiającego o zmianach dot. podwykonawców, którym powierzył do realizacji część zamówienia podając imię i nazwisko lub nazwę i siedzibę podwykonawcy oraz zakres powierzonych mu usług.”.

Zarzut nr 15 - kary umowne za opóźnienie

Zamawiający w § 10 ust. 1 lit. b) i g) wzoru umowy przewidział nałożenie na Wykonawcę kar umownych za każdy dzień opóźnienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, nałożenie na wykonawcę kary umownej za opóźnienie (a nie zwłokę) stanowi klauzulę abuzywną i ustawodawca dopuścił zastrzeżenie kary umownej na wypadek opóźnienia, a nie zwłoki jedynie w wyjątkowych przypadkach - uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia, co w niniejszym postępowaniu nie wystąpiło.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień § 10 ust. 1 lit. b) i g) wzoru umowy poprzez zmianę słowa „opóźnienia” na „zwłoki”.

Zarzut nr 16 - § 10 ust. 6 lit. b) wzoru umowy

W § 10 Zamawiający przewidział następującą karę umowną:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

a] za wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za wykonanie całej umowy- wynagrodzenia określonego w§3 ust. 2”

Natomiast zgodnie z § 10 ust. 6 lit. b] wzoru umowy:

„6. Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy:

b) karę umowną - 10 % kwoty brutto określonej w§3 ust. 2 umowy za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego.”.

Odwołujący stwierdził, że zróżnicowanie obu postanowień umownych narusza zasadę równowagi stron. Jak zauważył Odwołujący, postanowienia umowne w zakresie kar umownych powinny być analogiczne dla obu stron umowy. Uprzywilejowanie Zamawiającego w zakresie wskazanych powyżej postanowień umownych stanowi przekroczenie granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka kontraktowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 10 ust. 6 lit. b) wzoru umowy i nadanie mu brzmienia:

„6. Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy:

b) karę umowną -10% kwoty brutto określonej w § 3 ust. 2 umowy za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.”.

Zarzut nr 17 – nadmierna odpowiedzialność wykonawcy

Odwołujący podał, że Zamawiający w § 1 ust. 4 i 5 wzoru umowy wskazuje:

„4. Za wszelkie wypadki i ich następstwa wynikłe przy i w związku ze świadczoną usługą odpowiada Wykonawca.

5. Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonania umowy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy.”

przerzucając w ten sposób odpowiedzialność za wszelkie wypadki i ich następstwa wynikłe przy i w związku ze świadczoną usługą na wykonawcę, bez powiązania zaistniałych sytuacji z winą wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że obowiązek wyczerpującego opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia powinien zostać zrealizowany przez niego również poprzez wyczerpujące i niebudzące żadnych wątpliwości opisanie w treści dokumentacji postępowania charakteru odpowiedzialności ponoszonej przez wykonawcę wobec Zamawiającego i osób trzecich - na etapie realizacji przedmiotu zamówienia i w związku z nią- za szkody na mieniu i zdrowiu. Wykonawca powinien odpowiadać jedynie za wypadki popełnione wyłącznie z jego winy.

Ponadto, Odwołujący zauważył, że w zakresie odpowiedzialności za powstałe szkody w trakcie wykonywania umowy może on ponosić odpowiedzialność w przypadku zaistnienia szkód powstałych z winy wykonawcy.

W opinii Odwołującego, wskazywanie odpowiedzialności wykonawcy bez określenia na jakich zasadach będzie ona ponoszona, jest niewystarczające i należy wprost wskazać charakter tej odpowiedzialności, odnosząc się do przepisów kc.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 1 ust. 4 i 5 wzoru umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„4. Za wszelkie wypadki i ich następstwa wynikłe przy i w związku ze świadczoną usługą powstałe z winy Wykonawcy, odpowiada Wykonawca.

5. Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonania umowy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy i wynikłych z winy Wykonawcy.”

Zarzut nr 18 – nadmierny wymóg gromadzenia zapasów

Zamawiający w Części 1 Rozdziale 10 ust. 10.3 OPZ wskazał:

„10. Ogólne informacje o zasadach i wymaganiach przy wykonywaniu usługi:

10.3. Wszystkie pojazdy, którymi Wykonawca świadczył będzie usługę, muszą być wyposażone w system monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiającą zapisywanie danych o położeniu pojazdu, miejscach postoju oraz w system

czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, umożliwiającą weryfikację tych danych. Dane winny być przechowywane w siedzibie Wykonawcy przez okres 3 lat od daty ich zapisania."

Odwołujący stwierdził, że zobowiązanie wykonawcy do przechowywania danych w siedzibie wykonawcy przez okres 3 lat od daty ich zapisania jest wymogiem nieuzasadnionym - dane z zapisów powinny być weryfikowane na bieżąco, np. podczas procedury reklamacyjnej, weryfikacja danych sprzed 3 lat jest procesem skomplikowanym.

Odwołujący zwrócił również uwagę na ograniczenia związane z tak długim okresem przechowywania danych oraz ich kosztem, który powinien zostać wliczony w cenę oferty.

Jak podał Odwołujący, standardowy okres przechowywania danych przez Wykonawców wynosi do 3 miesięcy od zapisu.

Odwołujący podkreślił, że ww. wymóg jest nieuzasadniony, ponieważ dane z zapisów powinny być weryfikowane na bieżąco, a zapisy takie są bardzo rygorystyczne dla wykonawcy. Odwołujący posiada zapis w dobrej jakości, co powoduje, że zapisy zajmują bardzo dużo przestrzeni dyskowej, Odwołujący wskazuje, że zapis z 14 dni może ważyć nawet 100 GB. Przechowywanie zapisów przez okres 3 lat od zapisu spowodowałoby w związku z powyższym ogromne koszty, które powinny zostać ujęte w cenie oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Części 1 Rozdziale 10 ust. 10.3 OPZ i wskazanie jako okresu przechowywania danych w siedzibie wykonawcy, okres do 3 miesięcy od daty ich zapisania.

Zarzut nr 19 - Formularz Oferty - załącznik nr 1 do SWZ

Zamawiający w Formularzu Oferty w punkcie 8 wskazał:

„Stosownie do przepisu art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 ze zmianami) wskazuje następujące instalacje, do których jestem obowiązany przekazywać odebrane odpady (...)”.

Odwołujący zwrócił uwagę na pełne brzmienie art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym:

„4. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności:

5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku

udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji punktu 8 Formularza Oferty i nadanie mu brzmienia zgodnego z art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. z uwzględnieniem podmiotów zbierających odpady.

Zarzut nr 20 - nadmierny wymóg weryfikacji niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych przez wykonawcę

Zamawiający w Części 1 Rozdziale 6 ust. 6.4 OPZ zawarł następujące postanowienie:

„6. Sposób postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów (...)

6.4. Wykonawca zobowiązany jest także do kontrolowania niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych, poprzez:

- kontrolowanie zawartości pojemników i worków do selektywnego zbierania odpadów pod względem zgodności zgromadzonych w nich odpadów,
- kontrolowanie zawartości pojemników i worków na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pod względem zgodności zgromadzonych w nich odpadów.”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w czarnym pojemniku/worku mogą znajdować się odpady, które nie mogą być odebrane w sposób selektywny. Wykonawca może jedynie wizualnie ocenić co znajduje się w takim pojemniku/worku z wierzchu, ponieważ nie możliwe jest sprawdzanie takich odpadów, poprzez rozrywanie worka (chyba, że ewidentnie wyczuwany jest przez pracownika ciężar gruzu) czy też „grzebanie” w pojemniku, ponieważ w czarnym pojemniku/worku mogą znajdować się odpady zagrażające zdrowiu pracownika, np. zużyte plastry, opatrunki z krwią i innymi wydzielinami z organizmu, zużyte artykuły higieniczne, stłuczka szklana, i wiele innych.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, postanowienie zawarte w Części 1 Rozdziale 6 ust. 6.4 OPZ w obecnym brzmieniu jest zbyt szerokie i wymaga doprecyzowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowienia Części 1 Rozdziale 6 ust. 6.4 OPZ i nadanie mu brzmienia:

„6. Sposób postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów (...)

6.4. Wykonawca zobowiązany jest także do kontrolowania niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych, poprzez:

- kontrolowanie zawartości pojemników i worków do selektywnego zbierania odpadów pod względem zgodności zgromadzonych w nich odpadów,
- kontrolowanie zawartości pojemników i worków na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pod względem zgodności zgromadzonych w nich odpadów poprzez wizualną ocenę pojemników/worków z odpadami niesegregowanymi (zmieszanymi).

Zarzut nr 21 - zbyt rygorystyczne postanowienia umowne w zakresie odstąpienia od umowy przez Zamawiającego

Zamawiający w § 7 ust. 2 wzoru umowy przewidział dla siebie następujące przesłanki odstąpienia od umowy:

„Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może nastąpić, jeżeli Wykonawca:

- a) nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową z dniem 01.09.2022 r.,
- b) zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni kalendarzowych,
- c) pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych wezwań ze strony Zamawiającego nie wykonuje usług zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne.”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie uwzględnił faktu, że umowa może zostać zbyt późno zawarta, a konieczny jest 14 dniowy okres przygotowawczy, wobec czego może dojść do sytuacji, że wykonawca nie będzie miał realnej szansy na rozpoczęcie realizacji usługi w pełnym zakresie w dniu 01.09.2022 r., a zatem postanowienie to należy zmodyfikować.

Zamawiający przewidział również możliwość odstąpienia od umowy, gdy pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych wezwań ze strony Zamawiającego, Wykonawca nie wykonuje usług zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne.

Odwołujący zauważył, że w takim przypadku, gdy brak reakcji na wezwania ze strony wykonawcy, wiązać się ma z odstąpieniem od umowy, należy określić minimalny termin, do którego wyznaczenia wykonawcy obowiązany będzie Zamawiający na zmianę sposobu świadczenia usług oraz wykazać, że odstąpienie jest możliwe, jeżeli wykonawca w

odpowiedzi na wezwania nie uzasadni zasadności świadczenia przez niego usługi w dotychczasowy sposób lub nie wykaże obiektywnych przesłanek do braku ich świadczenia. Zdaniem Odwołującego, brak takiego uregulowania powodować może nadużycia ze strony Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień § 7 ust. 2 wzoru umowy i nadanie im następującego brzmienia:

§ 7 ust. 2 wzoru umowy:

„Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może nastąpić, jeżeli Wykonawca:

- a) nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową po upływie minimum 14 dni roboczych od dnia zawarcia umowy (tj. po upływie okresu przygotowawczego).
- b) zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni.
- c) pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych wezwań ze strony Zamawiającego nie wykonuje usług zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne. Zamawiający obowiązany jest do wyznaczenia Wykonawcy każdorazowo minimum 7. dniowego terminu na zmianę wykonywania usług wraz ze wskazaniem zakresu, w jakim - zdaniem Zamawiającego - Wykonawca wykonuje usługę niezgodnie z postanowieniami umowy lub w jaki istotny sposób narusza zobowiązania umowne oraz wskazaniem, w jaki sposób usługa powinna być realizowana zgodnie z postanowieniami umownymi (powołując się na konkretne postanowienia umowne). Wykonawca w terminie 5 dni od otrzymania wezwania, będzie miał prawo do przedstawienia swojego stanowiska w zakresie kwestii przedstawionych w odwołaniu. Zamawiający będzie zobowiązany do odniesienia się na piśmie do odpowiedzi Wykonawcy w terminie kolejnych 5 dni od otrzymania odpowiedzi. W przypadku, gdy Wykonawca w odpowiedzi wykaże zasadność świadczenia przez niego usługi w dotychczasowy sposób lub wykaże obiektywne przesłanki uniemożliwiające mu świadczenie usługi. Podstawa do odstąpienia zachodzi w przypadku, gdy oba wezwania dot. tych samych okoliczności będących podstawą do skierowania do Wykonawcy min. 2 wezwań.

Zarzut nr 22 - zatwierdzenie należytego wykonania umowy przez Zamawiającego

Odwołujący wskazał, że w celu określenia jasnych postanowień umownych dotyczących rozliczeń pomiędzy stronami, wskazane jest zawarcie we wzorze umowy postanowień w zakresie odbioru realizacji usługi przez Zamawiającego. W tym celu Odwołujący zaproponował wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia wskazującego, że

zapłata wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji usługi oznacza, że Zamawiający stwierdza, iż usługa w danych okresie rozliczeniowym została zrealizowana należycie i wyłącza możliwość późniejszego (tj. po zapłacie przez Zamawiającego faktury VAT za dany okres rozliczeniowy) dochodzenia od wykonawcy kar umownych za okoliczności, które miały miejsce w okresie rozliczeniowym, który został już rozliczony przez strony.

Odwołujący podniósł, że w przypadku braku takiego postanowienia, istnieje realne ryzyko, że Zamawiający będzie chciał nałożyć na wykonawcę kary umowne za zdarzenia mające miejsce kilka miesięcy wstecz, kiedy to wykonawca nie będzie miał już możliwości przedstawienia dowodów w postaci nagrań, które to nagrania przechowywane są przez określony czas np. na skutek reklamacji przez mieszkańca.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia o następującej treści:

„zapłata wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji usługi oznacza, że Zamawiający stwierdza, iż usługa w danym okresie rozliczeniowym została zrealizowana należycie i wyłącza możliwość późniejszego (tj. po zapłacie przez Zamawiającego faktury VAT za dany okres rozliczeniowy) dochodzenia od Wykonawcy kar umownych za okoliczności, które miały miejsce w okresie rozliczeniowym, za który faktura VAT została już opłacona przez Zamawiającego.”.

Zarzut nr 23 - nieprawidłowe sformułowanie terminów dot. reklamacji

Zamawiający w Części 1 Rozdziale 7 OPZ opisał procedurę reklamacyjną następująco:

„7. Reklamacje

7.1. Właściciele nieruchomości będą kierować reklamacje do Zamawiającego.

7.2. Pracownik Zamawiającego przekaże niezwłocznie drogą elektroniczną (poczta elektroniczną) lub telefonicznie, informację o reklamacji Wykonawcy, Wykonawca niezwłocznie, nie później niż w ciągu 1 dnia roboczego potwierdzi fakt otrzymania wiadomości.

7.3. Rozpatrzenie reklamacji winno nastąpić w ciągu 48h od jej otrzymania. O sposobie rozpatrzenia reklamacji należy niezwłocznie, nie później niż w ciągu 1 dnia roboczego, drogą elektroniczną lub telefoniczną poinformować Zamawiającego.”.

Odwołujący zwrócił uwagę na nieścisłości w powyższych zapisach dotyczących terminu na potwierdzenie, poinformowanie o sposobie rozpatrzenia reklamacji i rozpatrzenie reklamacji. Odwołujący zauważył, że podczas gdy termin na potwierdzenie reklamacji został określony w dniach roboczych, Zamawiający termin na rozpatrzenie reklamacji określił

w godzinach, co w przypadku reklamacji zgłoszonej np. w piątek - okaże się problematyczne, ponieważ termin na jej potwierdzenie upłynie w poniedziałek, natomiast na rozpatrzenie - w niedzielę. W ocenie Odwołującego, również termin poinformowania o sposobie rozpatrzenia reklamacji został wskazany błędnie - jest równy z terminem potwierdzenia otrzymania reklamacji.

Odwołujący założył, że powyższe stanowi niedopatrzenie Zamawiającego i wskazał, że konieczna jest modyfikacja terminu określonego w ust. 7.3 poprzez zastąpienie terminu „48 godzin”, terminem „2 dni roboczych”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ust. 7.3 OPZ i nadanie mu brzmienia: „7.3. Rozpatrzenie reklamacji winno nastąpić w ciągu 2 dni roboczych od jej otrzymania. O sposobie rozpatrzenia reklamacji należy niezwłocznie, nie później niż w ciągu 2 dni roboczych, drogą elektroniczną lub telefoniczną poinformować Zamawiającego.”.

Zarzut 24 - niejednoznaczne sformułowanie OPZ

Zamawiający w Części 1 Rozdziale 10 ust. 10.8 OPZ wskazał:

„10.8. Wykonawca jest zobowiązany do zebrania wszystkich odpadów leżących obok pojemników lub worków, które zanieczyściły miejsce odbioru odpadów w trakcie realizacji usługi przez Wykonawcę (np. odpady rozrzucone przez zwierzęta, itp.)”.

Odwołujący podniósł, że sformułowanie „obok” jest bardzo ogólne i niedoprecyzowane, przez co może być nadużywane, dlatego wskazane jest doprecyzowanie, jaką odległość należy rozumieć pod pojęciem „obok”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania w OPZ, że pod sformułowaniem obok rozumie obszar do 1m od pojemników lub worków.

Zarzut 25 – odwołania do nieaktualnych aktów prawnych

Zamawiający w Części 1 Rozdziale 10, 11 i 12 OPZ powołuje się na nieaktualne akty prawne tj. ustawę z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019r., poz. 701 z późn. zm.).

Odwołujący wskazał, że aktualnie obowiązujący akt prawny to ustawa o odpadach z dnia 3 marca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 699).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zaktualizowania odwołań w dokumentacji postępowania do aktualnie obowiązującej ustawy o odpadach.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

1. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 25 - Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w zakresie uwzględnionych zarzutów.

2. W pozostałym zakresie tj. w zakresie zarzutów nr 5 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), 6 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), 7, 8, 21 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego), 22, 24 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego) odwołania - Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

3. Zamawiający wniósł też o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura). Na posiedzeniu Zamawiający złożył pismo procesowe z dnia 27 lipca 2022 r., w którym złożył oświadczenie o sposobie uwzględnienia zarzutu nr 6.

Odwołujący, wobec oświadczenia złożonego przez Zamawiającego w piśmie z 27 lipca 2022 r. oświadcza, że wycofuje zarzut 6 w zakresie, w jakim nie został on uwzględniony przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron postępowania złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający uwzględnił odwołanie w części. Odwołujący wycofał zarzut nr 6 w zakresie, w jakim nie został on uwzględniony przez Zamawiającego. Co za tym idzie, na podstawie art. 522 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego i wycofanych przez Odwołującego. Rozpoznaniu przez Izbę podlegały pozostałe zarzuty.

Izba za niezasadny uznała zarzut nr 2 w zakresie, w jakim został on podtrzymany przez Odwołującego. Izba ustaliła, że Zamawiający uwzględnił zarzut nr 2 przez modyfikację

OPZ w Rozdziale I w punktach 1.5, 5.5, 8.1 i 8.2, zgodnie z żądaniem odwołania. Ponadto, Zamawiający zmodyfikował § 2 załącznika nr 8 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy”, nadając mu brzmienie:

„§ 2 Termin realizacji

Wykonawca zrealizuje usługę objętą przedmiotem zamówienia w terminie od dnia podpisania umowy przez okres 12 miesięcy lub do wyczerpania środków, przeznaczonych na realizację zamówienia, w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej.”.

Odwołujący na rozprawie podniósł, że przed przystąpieniem do realizacji umowy wykonawca zobowiązany jest do wykonania szeregu czynności, w tym m.in. do przygotowania harmonogramu odbioru odpadów. Na wykonanie tych czynności potrzeba około 14 dni roboczych. Z treści specyfikacji wynika, że Zamawiający przekaże wykonawcy bazę adresową w dniu podpisania umowy. Tymczasem treść projektu umowy wskazuje, że już w dniu podpisania umowy wykonawca powinien przystąpić do świadczenia usługi. Wobec tego, jak wskazał Odwołujący, czynności przygotowawcze wykonawca powinien wykonać przed podpisaniem umowy, co nie jest możliwe, ponieważ nie będzie posiadał bazy adresowej. Odwołujący wniósł, aby treść § 2 wzoru umowy dawała możliwość rozpoczęcia realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia w ciągu 14 dni roboczych, tj. po okresie przygotowawczym od dnia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że nie może budzić wątpliwości, że przygotowanie i dystrybucja harmonogramu odbioru odpadów stanowi element przedmiotu zamówienia, o czym jednoznacznie stanowi pkt 1.5 OPZ (Załącznik nr 9 do SWZ). Brak jest podstaw do twierdzenia, że czynności przygotowawcze wykonawca będzie zobowiązany wykonać przed podpisaniem umowy – przeciwnie, po podpisaniu umowy wykonawca będzie zobowiązany przystąpić do przygotowania harmonogramu odbioru odpadów.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Na skutek modyfikacji, jakich dokonał Zamawiający uwzględniając przedmiotowy zarzut, OPZ przewiduje 10 dni roboczych na czynności przygotowawcze, które wykonawca podejmuje po podpisaniu umowy. Izba, uwzględniając okoliczność, że w okresie, w jakim wykonawca będzie realizował czynności przygotowawcze nie będzie realizowana usługa odbioru odpadów, uznała, że jest to czas wystarczający na dokonanie takich czynności.

Izba za niezasadny uznała również zarzut nr 5 w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut w części w ten sposób, że dokonał modyfikacji § 3 wzoru umowy dodając w nim ust. 8 i 9 o treści:

„8. W przypadku, gdy ilość odpadów komunalnych odebranych przez Wykonawcę przekroczy maksymalną wartość wynagrodzenia określoną w umowie, Zamawiający udzieli Wykonawcy zamówienia bagatelnego do 50 000 zł, a strony dokonają rozliczenia dodatkowych ilości na zasadach określonych w umowie, w tym na podstawie cen jednostkowych podanych w umowie.

9. W przypadku wyczerpania 80% wartości wynagrodzenia maksymalnego, Zamawiający pisemnie poinformuje w tym Wykonawcę.”.

Izba miała na względzie, że zgodnie z treścią § 2 wzoru umowy nadaną w wyniku modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego, usługa objęta przedmiotem zamówienia ma być realizowana w terminie od dnia podpisania umowy przez okres 12 miesięcy lub do wyczerpania środków przeznaczonych na realizację zamówienia w zależności od tego, które ze zdarzeń nastąpi wcześniej. Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż w przypadku zakończenia realizacji umowy z powodu przekroczenia maksymalnej wartości wynagrodzenia określonej w umowie udzielenie wykonawcy kolejnego zamówienia o wartości do 50 000 zł będzie prawidłową procedurą. Zauważyć należy, że Zamawiający dokonując modyfikacji SWZ określił jednoznacznie, że strony dokonają rozliczenia dodatkowych ilości na zasadach określonych w umowie, w tym na podstawie cen jednostkowych podanych w umowie. Zamawiający czytelnie uregulował sposób postępowania w przypadku przekroczenia wartości wynagrodzenia umownego.

Nie potwierdziły się również zarzuty nr 7 i 8 podniesione w odwołaniu. Izba stwierdziła, że zgodnie z brzmieniem zmodyfikowanego § 2 wzoru umowy, okres realizacji umowy wynosi maksymalnie 12 miesięcy.

Art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do uregulowania w umowie zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w określonych sytuacjach, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, 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 zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Treść ww. przepisów jednoznacznie zobowiązuje zamawiającego do uregulowania w treści umowy zasad zmiany cen w sytuacji, gdy umowa zostanie zawarta na okres powyżej 12 miesięcy. Imperatyw ten nie dotyczy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec faktu, że zgodnie ze zmodyfikowaną treścią § 2 wzoru umowy okres realizacji umowy nie przekracza 12 miesięcy, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 21 w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

Zamawiający uwzględnił przedmiotowy zarzut w części w ten sposób, że dokonał modyfikacji § 7 ust. 2 wzoru umowy nadając mu brzmienie:

„2. Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może nastąpić, jeżeli Wykonawca:

- a) nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową po upływie 14 dni roboczych od dnia zawarcia umowy.
- b) zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez kolejnych 7 dni kalendarzowych,
- c) pomimo uprzednich, pisemnych, co najmniej dwukrotnych wezwań ze strony Zamawiającego nie wykonuje usług zgodnie z postanowieniami umowy lub w istotny sposób narusza zobowiązania umowne. Zamawiający w każdym wezwaniu wyznaczy Wykonawcy termin na zmianę wykonywania usług wraz ze wskazaniem postanowień umowy lub zobowiązań umownych, które są naruszane. Wykonawca w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania każdego wezwania będzie miał możliwość przedstawienia swojego stanowiska w kwestiach przedstawionych w wezwaniu. Zamawiający w terminie 3 dni roboczych od otrzymania odpowiedzi Wykonawcy odniesie się do otrzymanej odpowiedzi.”.

Na rozprawie Odwołujący, wobec zmodyfikowanej treści SWZ, wnosił o określenie terminu na zmianę wykonywania usługi.

Izba stwierdziła, że określenie w umowie terminu na zmianę wykonywania usług w przypadku ich realizacji niezgodnie z postanowieniami umowy nie jest zasadne i może stanowić istotne ograniczenie dla Zamawiającego. Termin ten może być różny w zależności od charakteru i wagi naruszeń postanowień umowy.

Izba za niezasadny uznała także przedmiotowy zarzut w zakresie wprowadzenia jako podstawy odstąpienia dwóch wezwań dotyczących tych samych okoliczności. Badanie czy naruszenia postanowień umowy dotyczą tych samych okoliczności, a nawet czy charakter czynności jest taki sam, Izba postrzega jako zbyt duże ograniczenie Zamawiającego w realizacji jego uprawnień. Wykonawca, który podejmuje się realizacji umowy, zobowiązany jest dołożyć należytej staranności, aby wykonywana usługa była zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Nie potwierdził się również zarzut nr 22. Izba uznała, że brak jest podstaw, aby wobec naruszeń dokonanych przez wykonawcę, znacząco ograniczać uprawnienia Zamawiającego do dochodzenia kar umownych do 3 miesięcy od zaistnienia zdarzenia. Izba

zgodziła się z Zamawiającym, iż zapis z monitoringu nie jest jedynym dowodem w sprawie prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut nr 24. Zamawiający uwzględniając przedmiotowy zarzut w części dokonał modyfikacji pkt. 10.8 OPZ nadając mu brzmienie:

„10.8. Wykonawca jest zobowiązany do zebrania wszystkich odpadów leżących obok pojemników lub worków (w odległości do 2 m), które zanieczyściły miejsce odbioru odpadów w trakcie realizacji usługi przez Wykonawcę (np. odpady rozrzucone przez zwierzęta,itp.)”.

W ocenie Izby, ustanowienie obowiązku zebrania odpadów leżących wokół pojemników lub worków w obrębie 2m nie stanowi przekroczenia uprawnień Zamawiającego, a będzie objawem należytej realizacji przedmiotu umowy.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę oddalone w całości, do ponoszenia i rozliczenia kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1 rozporządzenia. Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W świetle powyższych regulacji, Izba nakazała zapłatę od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 3 600 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: