

WYROK
z dnia 7 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Monika Kawa-Ogorzałek
Członkowie:	Emil Kuriata Justyna Tomkowska
Protokolant:	Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2021 r. przez wykonawcę **ENERIS Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim**

orzeka:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania oznaczonych numerami 2, 4, 5, 6 oraz 7, tj. zarzutów wycofanych przez Odwołującego;
- 2) uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia:
 - art. 112 Pzp oraz art. 116 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami w sposób nadmierny,
 - art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 10 ust. 1 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych wskazanych w punktach 29, 40 oraz 46 § 10 ust. 1 wzoru umowy

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych;

- 3) w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
- 4) kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części ½ i Zamawiającego w części ½ :

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 2194/21

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy),

4.3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości pozostających w zorganizowanym przez Związek Celowy Gmin MG-6 systemie odbioru odpadów komunalnych w okresie 36 miesięcy” na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 2019 ze zm.; dalej: „Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 134-356765.

W dniu 22 lipca 2021r. Odwołujący - ENERIS Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 Pzp oraz art. 116 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, a także niemieszczący się w dopuszczalnym zakresie wymogu tj. nieodnoszącym się do wykształcenia, doświadczenia lub kwalifikacji zawodowych osób skierowanych do wykonania zamówienia;

2. art. 224 ust. 2 Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert dotyczącego pojazdów, w sposób niezapewniający weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach tj. brak wymogu wykazania faktycznego dysponowania określonymi pojazdami poprzestając na deklaracji wykonawcy, podczas gdy kryterium to może być w łatwy sposób weryfikowalne;

3. art. 224 ust. 2, w zw. z art. 16 Pzp poprzez określenie sposobu obliczenia ceny oraz kryterium oceny ofert dotyczącego ceny jednostkowej opcji, w sposób ograniczający Wykonawcę w zakresie swobody formułowania cen;

4. art. 6f ust. 3 i 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 888 ze zm., dalej „UCPG”) w zw. 433 pkt 3) Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) Pzp poprzez określenie wynagrodzenia za 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów bez podziału na frakcje oraz bez podziału na ceny za odbiór i zagospodarowanie;

Sygn. akt KIO 2194/21

5. art. 439 ust. 1 Pzp poprzez brak określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia, które spełniałyby wymagania określone w tym przepisie tj. określenie klauzul waloryzacyjnych opartych o czynniki niezwiązane z wzrostem lub spadkiem cen, nieodzwierciedlające rzeczywistej zmiany kosztów i nieuwzględniającej zasad waloryzacji odpowiadających faktycznym zmianom na rynku;

6. art. 441 Pzp, w zw. z art. 16 poprzez opisanie możliwości skorzystania z opcji w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, który określa zasady jednostronnego rozszerzenia zakresu zamówienia, a nie wprowadzenia prawa opcji, co nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji;

7. art. 454 i 455 Pzp poprzez wprowadzenie postanowień umownych pozwalających na dokonanie istotnej zmiany umowy w sprawie zamówienia poprzez jednostronne oświadczenie woli zamawiającego pod pozorem skorzystania z prawa opcji;

8. art. 99 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej pojemników podziemnych i półpodziemnych, a także obowiązku przekazywania informacji o nieruchomościach, które nie zostały ujęte w wykazie, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący;

9. art. 483 § 1 k.c., 484 § 2 k.c., art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 10 ust. 1 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody, a także kar na zasadzie ryzyka co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny;

10. naruszenie innych przepisów i norm prawnych wskazanych w treści uzasadnienia.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w treści uzasadnienia w zakresie poszczególnych zarzutów.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 1 września 2021r. wycofał zarzuty nr 2, 4, 5, 6 oraz 7.

Uzasadniając zarzut dotyczący określenia warunku udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem VII pkt 1.3) SWZ w ramach warunku

zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający określił wymóg dotyczący dysponowania osobami w następujący sposób:

- w przypadku składania oferty na jedną (którąkolwiek) część zamówienia:
 - kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. C, w ilości nie mniejszej niż 8 osób oraz ładowaczami, w ilości nie mniejszej niż 16 osób,
- w przypadku składania oferty na dwie (którekolwiek) części zamówienia:
 - kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. C, w ilości nie mniejszej niż 14 osób oraz ładowaczami, w ilości nie mniejszej niż 28 osób,
- w przypadku składania oferty na trzy (którekolwiek) części zamówienia:
 - kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. C, w ilości nie mniejszej niż 20 osób oraz ładowaczami, w ilości nie mniejszej niż 40 osób.

W celu potwierdzenia spełniania tego warunku, Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu pracowników, pozostających w dyspozycji Wykonawcy, w celu wykonania zamówienia publicznego, z podziałem na kategorie osób o których mowa w Rozdziale VIII ust. 1.3) lit c) SWZ - wzór wykazu pracowników - załącznik nr 10 do SWZ. W wykazie Zamawiający wymaga podania imion i nazwisk kierowców oraz wypełnienia pola „Posiadane uprawnienia”, czyli wpisania, że dana osoba ma prawo jazdy kat. C. W odniesieniu do ładowaczy Zamawiający nie postawił jakichkolwiek wymogów co do uprawnień, doświadczenia czy wykształcenia (wymaga wskazania wyłącznie imion i nazwisk).

Odwołujący zauważył, że zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp obowiązkiem Zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność warunków oraz konieczność takiego ich określania, aby umożliwiała ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia oznacza m.in. zakaz określania tzw. warunków blankietowych, czyli np. konieczności dysponowania określoną liczbą osób bez wskazania wymogów co do ich doświadczenie, wykształcenia itp. Ponadto Zamawiający zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp ma możliwość jest w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Według Odwołującego Zamawiający nie określił warunku w sposób wskazany w ustawie, wymaga dysponowania osobami bez wymagań w zakresie doświadczenia, kwalifikacji zawodowych itp. Trudno za kwalifikacje zawodowe uznać wymóg posiadania

prawa jazdy kategorii C. Posiadanie takiego prawa jazdy wymagane jest, żeby w ogóle kierować pojazdami samochodowymi o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 t. Nie jest to żadne szczególne uprawnienie, wskazujące na to, że wykonawca ma zdolności do wykonania zamówienia. W tym kontekście wymóg jest również nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie pozwala na realną weryfikację zdolności wykonawcy, przy jednoczesnym obowiązku wykazania dysponowania szerokim zespołem osób na kilka miesięcy przed rozpoczęciem wykonywania usługi.

W związku z powyższym stanowiskiem wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ww. warunku.

W piśmie procesowym z dnia 1 września 2021r. Odwołujący wskazał dodatkowo, że po wniesieniu odwołania, Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ w zakresie warunku, w następujący sposób:

c) dysponował co najmniej [zmiana z dnia 3 sierpnia 2021 r.]:

- i. w przypadku składania oferty na jedną (którąkolwiek) część zamówienia:
 - kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. C, w ilości nie mniejszej niż 7 osób, o kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. B, w ilości nie mniejszej niż 1 osoba, o ładowaczy, w ilości nie mniejszej niż 16 osób,
- ii. w przypadku składania oferty na dwie (którekolwiek) części zamówienia:
 - kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. C, w ilości nie mniejszej niż 12 osób, o kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. B, w ilości nie mniejszej niż 1 osoba, o ładowaczy, w ilości nie mniejszej niż 26 osób,
- iii. w przypadku składania oferty na trzy (którekolwiek) części zamówienia:
 - kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. C, w ilości nie mniejszej niż 17 osób, o kierowcami posiadającymi prawo jazdy kat. B, w ilości nie mniejszej niż 1 osoba, o ładowaczy, w ilości nie mniejszej niż 36 osób,

Powyższa zmiana została wprowadzona w wyniku pytania jednego z wykonawców:

Pytanie 23. Czy Zamawiający dopuści zatrudnienie kierowców z uprawnieniami kategorii B do obsługi pojazdów o DMC do 3,5 t kosztem ilości kierowców z uprawnieniami kategorii C.

Pismem z dnia 3.08.2021 r. dodatkowo wyjaśniając treść SWZ w zakresie ww. warunku Zamawiający wskazał, że :

Pytanie 29(1): Proszę o wyjaśnienie czy warunek spełnienia udziału w postępowaniu dotyczący zdolności i ilości niezbędnych pracowników do wykonywania zamówienia, ma być spełniony na dzień przystąpienia do ofertowania czy na dzień rozpoczęcia wykonywania usługi?

Odpowiedź Zamawiającego:

Ustawowa konstrukcja warunku udziału w postępowaniu opiera się na jego spełnieniu w momencie składania oferty, a następnie zachowaniu aktualności tego stanu przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca musi zapewnić również ilość osób spełniających ww. wymagania, w toku realizacji zamówienia (ilość minimalna).

Zdaniem Odwołującego, trudno oczekiwać od potencjalnych wykonawców, że już w momencie składania ofert będą dysponowali łącznie 18 kierowcami i 36 ładowaczami, w sytuacji, gdy termin rozpoczęcia wykonywania usługi został określony na dzień między 1 stycznia 2022r., a 1 kwietnia 2022r. Ogranicza to możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy obecnie nie świadczą usług na rynku lokalnym.

Jednocześnie w praktyce najczęściej w tego typu zamówieniach wymagana liczba osób wskazanych w warunku, faktycznie i rzeczywiście pozostaje w dyspozycji tylko tego wykonawcy, który obecnie świadczy usługę. Pozostali wykonawcy nie dokonują rekrutacji potencjalnych pracowników fizycznych na 6 miesięcy przed rozpoczęciem wykonywania usługi po to, aby wskazać je w ofercie. Jeśli zamówienie uzyskuje inny wykonawca, niż ten, który obecnie świadczy usługę, najczęściej zatrudnia osoby, które straciły zatrudnienie u poprzedniego wykonawcy, który nie ma możliwości zapewnienia im dalszej pracy.

Co istotne, zapewnienie ochrony Zamawiającego, który mógłby ewentualnie obawiać się, że wykonawca, który nie wykonuje obecnie usługi będzie miał trudność z rozpoczęciem jej wykonywania z uwagi na brak personelu jest możliwe na tzw. Etapie przygotowawczym opisanym w Rozdziale VI OPZ, w którym wskazano zasady postępowania na tym etapie postępowania, gdzie wykonawca ma obowiązek udokumentowania i przedstawienia do kontroli określonych zasobów. Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 8. Uchybienia inne niż wskazane w ust. 7 (drobne uchybienia) stanowią podstawę wyrażenia przez Zamawiającego braku akceptacji, co aktualizuje po stronie Wykonawcy obowiązek podjęcia działań niezbędnych do prawidłowego zrealizowania czynności właściwych dla etapu przygotowawczego. Zgodnie z punktem 11. Dwukrotne oraz każde kolejne wyrażenie przez Zamawiającego braku akceptacji, co najmniej dla jednej czynności o której mowa w ust. 4, stanowi podstawę do 1) wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy, w terminie 30 dni od dnia wyrażenia braku akceptacji po raz drugi bez konieczności zachowania terminu wypowiedzenia lub 2) naliczenia kary umownej o której mowa w §10 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

Jednak mimo szczegółowego opisanie zasad prowadzenia kontroli Zamawiający pomija obowiązek wykazania dysponowania odpowiednią kadrą pracowniczą. W kontekście okresu jaki upływa między terminem składania ofert, a terminem rozpoczęcia wykonywania usługi, gdzie w przypadku potencjalnych pracowników mogą nastąpić zmiany, Zamawiający nie zamierza weryfikować kadry. W ocenie Odwołującego może to wskazywać, że nawet dla

Zamawiającego kwestia dysponowania kierowcami i ładowaczami nie jest kluczowa dla rozpoczęcia wykonywania usługi.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga aby czynności:

- a) kierowanie pojazdami wykorzystywanymi do realizacji zamówienia,
- b) załadunek zebranych odpadów komunalnych,
- c) nadzorowanie wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia

realizowały osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz.1320 ze zm.), niezależnie od tego, czy działają one w imieniu wykonawcy czy podwykonawcy.

W związku z tym składając ofertę wykonawcy są świadomi obowiązków wynikających z umowy i kar umownych przewidzianych na wypadek braku zatrudnienia na podstawie umów o pracę, zatem dodatkowy wymóg w postaci warunku udziału w postępowaniu nie jest w ocenie Odwołującego uzasadniony ochroną interesów Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 441 ust. 1 oraz art. 16 i 17 Pzp Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 14 Wzoru umowy:

1. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do skorzystania z prawa opcji poprzez zobowiązanie Wykonawcy do odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych:

1) przez okres dodatkowych 12 miesięcy, względem podstawowego okresu świadczenia usług określonego w 52 ust 2 na 36 miesięcy. Na podstawie prawa opcji, Zamawiający ma prawo do jednostronnego wydłużenia okresu świadczenia usług do łącznie 48 miesięcy (36 miesięcy okresu podstawowego + 12 miesięcy okresu objętego prawem opcji), i/lub

2) w większej ilości niż przewidziana w Rozdziale IV ust. 6 OPZ, jednakże niepowodującej wzrostu wysokości wynagrodzenia Wykonawcy o którym mowa w § 8 ust. 1 Umowy o więcej niż 40% względem pierwotnie ustalonej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (§ 8 ust 1 umowy).

2. Zamawiający jest uprawniony do jednostronnego skorzystania osobno lub łącznie, w całości lub w części, z każdej z opcji, o których mowa w ust, 1 pkt 1-2.

3. Skorzystanie z opcji na podstawie ust. 1 pkt 1 nastąpi na następujących zasadach:

- 1) może dotyczyć okresu 12 miesięcy lub okresu krótszego,
- 2) Zamawiający jest uprawniony do kilkakrotnego skorzystania z prawa opcji, przy czym suma okresów objętych każdorazowym skorzystaniem z tego prawa, nie może przekroczyć 12 miesięcy, a każdy z okresów, o który wydłużony zostanie okres świadczenia usług przez Wykonawcę nie może być krótszy niż 2 tygodnie,

3) może dotyczyć okresu następującego po okresie, o którym mowa w 5 2 ust. 2, jak i przed rozpoczęciem tego okresu, nie wcześniej jednak niż od dnia 01 października 2021 r. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji przed rozpoczęciem okresu, o którym mowa w 5 2 ust. 2 Zamawiający zobowiązany jest do dochowania wymogów przewidzianych w Rozdziale V ust. 3 i 4 OPZ,

4) nie powoduje zwiększenia, łącznej maksymalnej wysokości wynagrodzenia, określonej w 8 ust. 1, z zastrzeżeniem, że Zamawiający korzystając, z opcji o której mowa w ust. 1 pkt 1, może jednocześnie skorzystać z opcji, o której mowa w ust 1 pkt 2.

4. Skorzystanie z prawa opcji na podstawie ust 1 pkt 2 nastąpi na następujących zasadach:

1) zwiększenie w okresie obowiązywania umowy ilości odpadów w stosunku do ilości szacunkowych, określonych w Rozdziale IV ust. 6 OPZ jednakże niepowodującego wzrostu wartości wynagrodzenia wykonawcy (§ 8 ust. 1 Umowy) więcej niż 0 40%. Wartość zamówienia opcjonalnego będzie odnoszona każdorazowo do wartości umowy na dzień zawarcia umowy, niezależnie od zmian i aktualizacji tej wartości w toku obowiązywania umowy,

2) wysokość cen jednostkowych ustalana jest na moment skorzystania z prawa opcji (obowiązują ceny jednostkowe ujęte w ofercie po ewentualnych waloryzacjach, modyfikacjach itp.),

3) skorzystanie z prawa opcji przez Zamawiającego może być dokonane jednorazowo na całą wartość zamówienia opcjonalnego lub w kilku częściach. W przypadku realizacji opcji w kilku częściach, Zamawiający będzie składał Wykonawcy kolejne oświadczenia nie później niż przed momentem wyczerpania się wartości zamówienia opcjonalnego, wynikającej z poprzednio złożonego oświadczenia. W przypadku korzystania przez Zamawiającego z prawa opcji przed rozpoczęciem okresu podstawowego realizacji zamówienia, wymóg ciągłości wynikający ze zdania poprzedniego zostanie również zapewniony jeżeli skorzystanie z prawa opcji, a złożenie kolejnego oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji, będzie rozdzielał okres realizacji zamówienia podstawowego,

5. W zakresie każdego z zamówień opcjonalnych (ust 1 pkt 1-2), Wykonawca zobowiązany jest do rozpoczęcia świadczenia usług na podstawie pisemnego oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, które Zamawiający przekaże Wykonawcy nie później niż:

1) w zakresie ust 1 pkt 1:

a) nie później niż 30 dni przed rozpoczęciem dodatkowego okresu świadczenia usług,

b) nie później niż po 120 dniach od dnia podpisania umowy - jeżeli realizacja zamówienia objętego prawem opcji będzie miała nastąpić przed okresem, o którym mowa w 5 2 ust 2 umowy,

c) nie później niż 14 dni przed końcem okresu podstawowego, o którym mowa w 52 ust 2 - jeżeli realizacja zamówienia objętego prawem opcji będzie miała nastąpić po okresie o którym mowa w 52 ust 2 umowy.

2) w zakresie wyłącznie ust 1 pkt 2 (tj. bez wydłużania okresu realizacji zamówienia w trybie skorzystania z prawa opcji na podstawie ust 1 pkt 1, lecz w ramach okresu podstawowego), nie później niż w terminie 14 dni od otrzymania faktury za zrealizowany odbiór odpadów, która spowoduje uzyskanie zrealizowanego zamówienia podstawowego w wartości około 95% kwoty umowy.

6. Zamówienia opcjonalne (ust. 1 pkt 1-2) nie stanowią zobowiązania Zamawiającego do ich udzielenia, jak również nie stanowią podstawy do dochodzenia przez Wykonawcę roszczeń odszkodowawczych z ich tytułu. Oświadczenie woli Zamawiającego o realizacji bądź zaniechaniu zamówienia opcjonalnego jest wyłącznym i jednostronnym uprawnieniem Zamawiającego.

7. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktyczne ilości wykonanych usług zrealizowanych na podstawie umowy.

Zgodnie z § 8 ust. 6 Wzoru umowy:

Ustala się następujące jednolite ceny za odbiór, transport zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych:

1) w sektorze 1:

a) w okresie podstawowym zamówienia (5 2 ust 2 umowy): . zł netto, . zł brutto - za 1 Mg odpadów komunalnych, w tym po skorzystaniu z prawa opcji, o którym mowa w § 14 ust. 1 pkt 2,

b) w okresie dodatkowych 12 miesięcy, objętym prawem opcji, o którym mowa w 5 14 ust. 1 pkt 1: zł netto, . . . zł brutto - za 1 Mg odpadów komunalnych,

Zgodnie z § 8 ust. 7 Wzoru umowy:

W celu uniknięcia wątpliwości, wskazuje się, że w przypadku realizacji umowy w okresie objętym prawem opcji, zgodnie z § 14 ust. 1 pkt 1, przy jednoczesnym objęciu tego okresu zamówieniem opcjonalnym w zakresie zwiększenia maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy (§ 14 ust. 1 pkt 2), Wykonawcy należne jest wynagrodzenie określone w ust. 1 pkt 1 lit. b, ust. 1 pkt 2 lit. b lub/i ust. 1 pkt 3 lit. b. W przypadku zwiększenia maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy w okresie podstawowym (§ 2 ust 2), należne mu będzie wynagrodzenie określone w ust 1 pkt 1 lit. a, ust 1 pkt 2 lit. a lub/i ust. 1 pkt 3 lit a.

Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że Zamawiający przewidział prawo opcji w dwóch wariantach, z których tylko jeden stanowi prawo opcji, a drugi to jedynie jednostronne zwiększenie wartości wynagrodzenia o 40% (po cenach określonych dla wynagrodzenia podstawowego). Co więcej, rzeczywista opcja rozliczana po cenach określonych dla zamówienia realizowanego w ramach opcji (ocenianego w kryteriach oceny ofert) nie może być przez Wykonawcę wyceniona, z uwagi na postanowienia Rozdziału XVIII SWZ:

2. *Cena za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych jest właściwa dla realizacji zamówienia w okresie podstawowym, również w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w zakresie o którym mowa w 514 ust 1 pkt 2 wzoru umowy.*

3. *Cena za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych w okresie objętym prawem opcji jest właściwa wyłącznie dla realizacji zamówienia w okresie opcyjnym, tj. w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w zakresie o którym mowa w § 14 ust 1 pkt 1 wzoru umowy.*

4. *Cena za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych w okresie objętym prawem opcji nie może być niższa niż cena za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych.*

5. *Cena za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych w okresie objętym prawem opcji, nie może być wyższa niż 15% ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych.*

Powyższe według Odwołującego prowadzi do wniosku, że i drugi wariant opcji został przez Zamawiającego ograniczony do maksymalnie 115% stawki jednostkowej wynagrodzenia za zamówienie podstawowe przez kolejne 12 miesięcy.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktów 2-5 z Rozdziału XVIII SWZ oraz zmian zasad zastosowania opcji w taki sposób że będzie ona zawsze realizowana o cenach wskazanych dla usług realizowanych w ramach prawa opcji.

Dodatkowo Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 1 września 2021r. wskazał, że postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego prowadzi do ograniczenia swobody wyceny opcji poprzez wskazanie, że cena za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych w razie skorzystania z prawa opcji, nie może być wyższa niż 15% ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych. Fakt, że przedmiot zamówienia stanowi odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów w okresie 36 miesięcy, a wyższe ceny Zamawiający zamierzał uwzględniać dopiero po upływie tego czasu, oznacza, że Wykonawca nie mógł swobodnie wkalkulować nawet ryzyk związanych z możliwym wzrostem cen w tym okresie. Po zmianie SWZ rozliczenie opcji po stawce nie

wyższej niż 115% stawki podstawowej dotyczy opcji w okresie 36 miesięcy ale również w okresie następujących po nich 12 miesięcy. Oznacza to w praktyce, że Wykonawca, który kalkulując ryzyka wystąpienia zmian stawek w tym okresie nie ma swobody w ich określeniu będąc związany ustalonym odgórnie limitem 115% ceny podstawowej. Odwołujący podkreślił, że termin rozpoczęcia wykonywania usługi określono na dzień wyznaczony przez Zamawiającego, przypadający nie wcześniej niż 1 stycznia 2022 r. i nie później niż 1 kwietnia 2022 r. Okres 36 miesięcy przypada zatem na początek roku 2025. W tym czasie zapowiadane są znaczące zmiany w prawodawstwie regulującym przedmiot zamówienia w tym, w zakresie zagospodarowania odpadów, poziomów recyklingu, pojazdów używanych do wykonywania zamówienia itp. Mając na uwadze fakt, że Wykonawca zobowiązuje się do osiągnięcia poziomów recyklingu nieznanych na dzień składania ofert (wynikających z przepisów aktualnych w dniu odbierania odpadów) i do zagospodarowania odpadów (również poprzez przyjęcie ryzyka za zmiany przepisów z tym związanych), brak możliwości właściwej kalkulacji tych ryzyk pozbawia Wykonawcę mechanizmów kształtowania swojej oferty. Owszem, Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w razie wystąpienia zmian w przepisach, jednak jest to wyłącznie możliwość, a nie zobowiązanie Zamawiającego do dokonania zmiany. Z kolei klauzule waloryzacyjne przewidziane w SWZ w żaden sposób nie gwarantują rzeczywistej waloryzacji wynagrodzenia, stanowią jedynie element minimalnej korekty. To wszystko powoduje, że wykonawca powinien mieć swobodę określenia ceny oferty, jaka obowiązywać będzie za niemal 3,5 roku.

Uzasadniając zarzut dotyczący pojemników Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem IV pkt 2 ppkt 2) lit c) SOPZ: *„na terenie gmin, o których mowa powyżej w pkt 1) (Sektor I) nie są aktualnie zlokalizowane jakiegokolwiek pojemniki podziemne lub półpodziemne, ale przewiduje się powstanie co najmniej 1 pojemnika wskazanej kategorii.*

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 3 ppkt 2) lit b) SOPZ: na terenie o którym mowa powyżej w pkt 1) (sektor II): zlokalizowane są 3 pojemniki półpodziemne i nie przewiduje się powstania kolejnych.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 4 ppkt 2) lit b) SOPZ: na terenie o którym mowa powyżej w pkt 1) (sektor III): zlokalizowane jest 1 gniazdo pojemników podziemnych i przewiduje się powstanie kolejnych 8 gniazd pojemników półpodziemnych (planowana realizacja do końca br.)

Zgodnie z Rozdziałem VII. pkt 12 lit d) SOPZ: 12. Odbiór odpadów komunalnych musi następować w terminach wynikających z zaakceptowanych przez Zamawiającego harmonogramów oraz pozostawać zgodnym z następującą minimalną częstotliwością:

d) w przypadku odpadów o których mowa powyżej w pkt 1) 3) w przypadku zbierania ich w pojemniku podziemnym lub półpodziemnym, wyposażonym w czujniki zapelnienia,

odbiór odbywa się niezwłocznie po otrzymaniu przez odbierającego odpady sygnału o zapelnieniu pojemników , nie rzadziej niż z częstotliwością wskazaną odpowiednio w pkt 1), 2) lub 3). Częstotliwość określona w zdaniu poprzednim znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku dokonania odpowiednich ustaleń pomiędzy właścicielem nieruchomości a Wykonawcą, wraz z ustaleniem wszystkich kwestii technicznych, które to informacje zostaną przekazane Zamawiającemu przez Wykonawcę, niezwłocznie nie później jednak niż przed pierwszym odbiorem odpadów z pojemników podziemnych lub półpodziemnych.”.

Odwołujący wyjaśnił, że sposób opróżniania pojemników podziemnych i półpodziemnych jest zależny od ich specyfiki. Pojemniki takie posiadają dokumentację techniczną, która określa sposób postępowania w takim zakresie. Może się okazać, że każdy z tych pojemników będzie opróżniany w inny sposób. Na etapie przygotowania oferty i kalkulacji ceny, bez wiedzy na temat rodzajów pojemników podziemnych, wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wycenić oferty czy ustalić swoich możliwości w zakresie realizacji zamówienia. Pomimo tego, że odbiór z tych pojemników nie stanowi kluczowego elementu przedmiotu zamówienia, jest to jednak element istotny z punktu widzenia możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Miejsce w jakim pojemnik jest usytuowany, jego rodzaj, sposób wykonania, dokumentacja techniczna, to niezbędne elementy jakie powinien wskazać Zamawiający aby należycie opisać przedmiot zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wskazania pełnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie parametrów i danych technicznych pojemników podziemnych i półpodziemnych z których dokonywane będą odpady, a w razie braku możliwości takiego określenia (gdyż pojemniki dopiero powstaną), określenia maksymalnych parametrów jakie muszą spełniać lub wyłączenie tej części z postępowania i zlecenia odbiorów z tych pojemników osobno po ich powstaniu i określeniu parametrów.

Dodatkowo w stanowisku zawartym w piśmie z dnia 1 września 2021r. Odwołujący wskazał, że jeśli Zamawiający już w SWZ wskazuje, że „przewiduje się powstanie co najmniej 1 pojemnika wskazanej kategorii” oznacza, że powinien mieć przynajmniej podstawowe informacje na temat tego, czy przewidywany pojemnik będzie pojemnikiem podziemnym czy półpodziemnym, a także gdzie jest przewidywany oraz wskazać przynajmniej przewidywane parametry tego pojemnika, z ewentualną możliwością zmiany umowy w razie gdyby miały one ulec zmianie. Obecnie istniejące gniazdo zlokalizowane jest w rejonie skrzyżowania ul. 30 Stycznia i Dąbrowskiego. Podmiotem odbierającym odpady z tych pojemników jest INNEKO Sp. z o.o., który to podmiot jako wykonawca obecnie realizujący usługę jako jedyny posiada szczegółowe informacje na temat parametrów technicznych pojemników i pojazdów przy pomocy, których pojemniki są opróżniane. Zna również częstotliwości opróżniania pojemników. Pozostali wykonawcy nie dysponując takimi informacjami mogą bazować wyłącznie na doniesieniach medialnych co do sposobu

opróżniania pojemników oraz przypuszczeniami co do częstotliwości ich zapełniania. Odwołujący stwierdził, że z informacji zawartych w SWZ wynika, że przewiduje się powstanie kolejnych 8 gniazd pojemników półpodziemnych (planowana realizacja do końca br.). Oznacza to, że Zamawiający już na tym etapie powinien dysponować przynajmniej informacjami na temat przewidywanych lokalizacji tych pojemników i ich rodzaju. W ocenie Odwołującego oznacza to, że jeśli Zamawiający wie, że ww. pojemniki powstaną do końca bieżącego roku, to już na tym etapie powinien mieć również informację na temat ich specyfikacji technicznych, a przynajmniej podstawowych parametrów. Już w 30 marca 2021 TVP3 Gorzów Wielkopolski informowała, że „(...) nie wiadomo gdzie MG6 wybuduje kolejne podziemne śmietniki, wiadomo, że niedługo powstaną półpodziemne przy ulicach Drzymały, Fabrycznej, Śląskiej, Łokietka, Dąbrowskiego, Lubyckiej i Dworcowej.”. Jednakże Wykonawca nie kalkuluje oferty w oparciu o odnalezione w sieci doniesienia prasowe, lecz treść SWZ, w której informacje te zostały pominięte.

Powyższe oznacza w ocenie Odwołującego, że Zamawiający dysponował szerszą wiedzą na temat lokalizacji pojemników oraz ich właściwości technicznych, które pozwoliłyby na rzetelną kalkulację oferty. Jednak informacji tych nie przedstawił w SWZ. Co istotne część z tych informacji posiadał jeden z wykonawców, który składał ofertę w Postępowaniu, który jako jedyny mógł przynajmniej częściowo skalkulować ryzyka związane z odbiorem odpadów z tych pojemników w sposób realny. Dla wykonawcy nie jest wystarczająca informacja o tym, że pojemniki będą miały do 5m³, istotne jest to, jakie odpady będą w nich gromadzą, co determinuje ich wagę i rodzaj pojazdu, który należy skierować do odbioru.

Uzasadniając zarzut dotyczący kar umownych Odwołujący wskazał, że Zamawiający określa istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w

sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie Zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Poniższe kary nie spełniają tych wymagań.

Zgodnie z § 10 ust. 1 Wzoru umowy: Zamawiający ma prawo naliczyć karę umowną:

8) *w wysokości 5.000 zł za każdy przypadek realizacji zamówienia mniejszą liczbą pojazdów spełniających normę emisję spalin Euro 6, niż wynikająca z Rozdziału VII ust. 20 OPZ. Kara należna jest za każdy brakujący pojazd,*

9) *w wysokości 1.000 zł za każdy przypadek realizacji zamówienia mniejszą liczbą pojazdów spełniających normę emisję spalin, niż wynikająca z Rozdziału VII ust. 20 zd. 2 OPZ. Kara należna jest za każdy brakujący pojazd,*

10) *w wysokości 1.000 zł za każdy przypadek realizacji zamówienia, z pominięciem jakiegokolwiek z pojazdów wymienionych w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 1.3 lit. c SWZ, za każdy brakujący pojazd,*

Określenie kar nie wskazuje w jaki sposób zamawiający będzie weryfikował „przypadek realizacji zamówienia, z pominięciem jakiegokolwiek z pojazdów”, w szczególności nie każdego dnia, w którym dokonywane są odbiory konieczne jest korzystanie: pojazdów o zabudowie bramowej, zapewniającymi obsługę stosowanych kontenerów, oraz pojazdem o zabudowie hakowej z HDS, zapewniającym obsługę stosowanych kontenerów, pojemników podziemnych i półpodziemnych o pojemności do 5m³ dla każdej z frakcji odpadów komunalnych, a także pojazdem do odbioru odpadów komunalnych, który będzie obsługiwał drogi lokalne i umożliwiał wjazd w trudno dostępne miejsca (o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony). Powyższa kara pozwala jednak na naliczenie kary w sytuacji wykonywania zamówienia z pominięciem tych pojazdów (nawet jeśli ich użycie nie było konieczne).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ww. kar lub doprecyzowanie co oznacza „przypadek realizacji zamówienia, z pominięciem jakiegokolwiek z pojazdów”.

17) w wysokości 250 zł za każdy dzień zwłoki w sporządzeniu projektu harmonogramu spełniającego warunki określone w Rozdziale XIII OPZ, za każdy wadliwy harmonogram. Kara ta nie jest karą za zwłokę, ale karą za nieprawidłowości w sporządzonym harmonogramie. Zwłoka w sporządzeniu harmonogramu podlega karze określonej w pkt 16).

Jeśli jednak wykonawca dochowa terminu, ale Zamawiający uzna, że z jakiegoś powodu (w toku akceptacji przewidzianej w umowie), harmonogram nie jest poprawny to naliczy karę od dnia jego przekazania, oznacza to, że jest to de facto kara za brak przekazania poprawnego harmonogramu w pierwotnym terminie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ww. kary.

Odnosząc się do kar zawartych w punktach:

20) w wysokości 50.000 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek łączenia w jednej partii transportowej przez Wykonawcę odpadów podlegających odebraniu w ramach realizacji umowy, z innymi odpadami w tym z terenu innych gmin, nieruchomości pozostających poza systemem odbioru odpadów komunalnych na terenie Związku Celowego Gmin MG-6,

21) w wysokości 25.000 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek łączenia przez

Wykonawcę w jednej partii transportowej odpadów pochodzących z terenu Związku Celowego Gmin MG-6, lecz pochodzących z różnych sektorów Związku,

22) w wysokości 30.000 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek zmieszania przez Wykonawcę odebranych odpadów komunalnych w ramach niniejszego zamówienia z odpadami przemysłowymi,

23) w wysokości 30.000 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek zadeklarowania w instalacji określonej w S 3 ust. 2 miejsca pochodzenia odpadów jako pochodzących z realizacji niniejszego zamówienia, niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy,

Odwołujący stwierdził, że powyższe kary są wygórowane, w żaden sposób nie odnoszą się do potencjalnej szkody po stronie Zamawiającego, przez co wykorzystując przewagę jako autor wzoru umowy, Zamawiający określa rażąco wygórowane kary za okoliczności, które nie są bezpośrednio związane z wykonywaniem umowy, lub nie wpływają na stwierdzenie należytego jej wykonywania w sposób proporcjonalny do wysokości tych kar.

W związku z czym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ww. kar lub ich zmniejszenie do odpowiednio: w punkcie 20 - 3 000 zł w punkcie 21 - 2 000 zł w punkcie 22- 2 000 zł i w punkcie 23 - 3 000 zł.

29) w wysokości 30.000 złotych za każdy dzień, w którym realizowana była usługa bez należytego spełnienia obowiązków w zakresie ważenia pojazdów, bez względu na to ile pojazdów wykorzystanych przez Wykonawcę nie zostało zważonych,

Kara określona niejednoznacznie w sposób umożliwiający naliczenie kary w sytuacji, gdy bez winy Wykonawcy wskazania wagi będą w danym dniu nieprawidłowe w stosunku do jednego pojazdu (np. z powodu czasowej awarii, temperatury itp.). Tak określona kara jest sprzeczna z Pzp.

Wnosimy o nakazanie zamawiającemu wykreślenia ww. kary lub doprecyzowania, że zostanie ona naliczona w kwocie 500 zł za każdy pojazd, a nie 30 000 zł za dzień.

40) wysokości 5.000 zł za każdy dzień, w którym w dniach realizacji zamówienia w godzinach od 06:00 do 22:00 z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, system monitorowania pracy sprzętu odbierającego odpady nie działał lub w którym nie możliwe było bieżące kontrolowanie przez Zamawiającego pracy co najmniej jednego pojazdu wykorzystywanego do wykonywania usług związanych z odbieraniem i transportem odpadów, trwające co najmniej 0,3 godziny (łącznie w całym dniu),

Według Odwołującego kara tak zastrzeżona obejmuje również sytuacje, gdy z uwagi na brak zasięgu sieci połączenie GPS zostanie zerwane do czasu odzyskania zasięgu sygnału i ponownego połączenie. W Sektorze I, gdzie odbiór odpadów odbywa się z terenów wiejskich taka sytuacja może wystąpić każdego dnia. Jednocześnie brak sygnału można określić jako „przyczyna leżąca po stronie Wykonawcy”, gdyż to po jego stronie leży zapewnienie sprawnego systemu.

Odwołujący wniósł więc o wykreślenie kar lub zmian słów z przyczyn leżących po stronie wykonawcy na „z winy wykonawcy” lub innego eliminującego zdarzenia leżącego po stronie dostawcy systemu na które wykonawca pomimo dołożenia należytej staranności nie ma wpływu.

46) w wysokości 20 zł, za każdy Punkt Wywozowy, w którym nie dojdzie do zagospodarowania odpadów zgromadzonych w pojemnikach/kontenerach wraz z ich ostatecznym odbiorem, zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 29 OPZ,

Zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 29 OPZ: *W okresie pomiędzy 7 dniami przed a 15 dniami po zakończeniu świadczenia usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawca dokona niezwłocznie ostatecznego odbioru pojemników/kontenerów, wraz ze znajdującymi się w nich odpadami, oraz dokona zagospodarowania tych odpadów na swój koszt (Zamawiający nie pokrywa kosztu odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zdeponowanych w pojemniku odbieranym przez Wykonawcę w ramach ostatecznej zbiórki).*

W związku z tym kara przewidziana przez Zamawiającego to kara za niewykonanie obowiązku, za który Zamawiający i tak nie zamierza zapłacić. Zamawiający nie zamierza

dokonać płatności za odbiór i zagospodarowanie odpadów „zdeponowanych w pojemnikach”, czyli de facto odpadów pochodzących od mieszkańców Związku, zebranych w ramach systemu i odebranych w ramach umowy przez Wykonawcę. Wykonawca sam musi ponieść koszty zagospodarowania tych odpadów, a za brak ich zagospodarowania zapłacić karę umowną.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kary jako sprzecznej z ww. przepisem Pzp.

W piśmie procesowym Odwołujący dodał, że w kara wskazana w punkcie 29) dotyczy sytuacji gdy usługa realizowana była bez należytego spełnienia obowiązków w zakresie ważenia pojazdów, bez względu na to ile pojazdów wykorzystanych przez Wykonawcę nie zostało zważonych. Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 17 SOPZ: *Zamawiający wymaga ważenia pojazdu w każdym dniu świadczenia usługi. Ważenie odbywać się będzie w następujących sytuacjach:*

1) przed rozpoczęciem wykonywania usługi w siedzibie Wykonawcy lub w innym wskazanym przez Wykonawcę miejscu (wyłącznie na zadeklarowanych przez Wykonawcę, Zamawiającemu wagach) wagach). Przed rozpoczęciem wykonywania usługi, musi nastąpić zważenie pojazdu pustego tj. bez pozostałości jakichkolwiek odpadów komunalnych, 2) z odpadami komunalnymi na wadze:

a) w stacji przeładunkowej, lub

b) w bazie magazynowo transportowej w razie zbierania w niej odpadów, w tym w sposób tymczasowy, lub

c) w miejscu przekazania odpadów komunalnych w celu ich zagospodarowania

3) po rozładunku odpadów komunalnych (ważenie pustego pojazdu)

a) w stacji przeładunkowej, lub

b) w bazie magazynowo transportowej, lub

c) w miejscu przekazania odpadów komunalnych w celu ich zagospodarowania,

[zmiana z dnia 3 sierpnia 2021].

Każdy pojazd ma być codziennie ważony 3 razy. Codziennie na teren trzech sektorów wyjeżdża średnio około 35 do 40 pojazdów, z czego w przypadku zabudowy wielorodzinnej około 10 pojazdów zrobi po 2 kursy, co daje około 135 ważeń dziennie.

Wystarczy, że jeden z pojazdów nie zostanie zważony zgodnie z wymogami w zakresie ważenia (co może być spowodowane niską temperaturą i błędnymi wskazaniami wagi) i wykonawca zapłaci karę w wysokości 30 000 zł dziennie.

Wartość ładunku na jednym pojeździe (w zależności od zbieranej frakcji) waha się pomiędzy około 800,00 zł a 6500,00 zł. Dodatkowo wskazania wagi są elementem raportów i podstawą rozliczenia każdej tony odpadów. W związku z tym brak zważenia i tak powoduje brak możliwości rozliczenia ładunku na pojazdach.

Dlatego kara w wysokości 30 000 zł za dzień jest niewspółmierna do ewentualnej szkody.

W zakresie kary zawartej w punkcie 40) Odwołujący wskazał, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 93 z dnia 3 sierpnia 2021 r. nie wyraził zgody na zmianę kary umownej. Wskazał jednak, że kara oparta jest o odpowiedzialność na zasadzie winy. Jednakże z treści Wzoru umowy nadal wynika, że kara naliczana jest nie na zasadzie winy ale „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Wyjaśnienia Zamawiającego wskazują zatem na przyznanie racji Odwołującemu w zakresie ww. zarzutu, ale bez zmiany SWZ. Mając jednak na uwadze, że wiążącą treścią jest treść umowy Wykonawca nie może mieć pewności, że na etapie realizacji umowy kara rzeczywiście będzie (wbrew treści umowy) liczona na zasadzie winy. Już chociażby z tego powodu zarzut jest w ocenie Odwołującego zasadny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu wskazał, że określił warunek udziału w postępowaniu, poprzez konieczność posiadania przez Wykonawcę minimalnego zasobu osób o określonym profilu zawodowym, tj. będących kierowcami, dla których istniała możliwość sprecyzowania warunku w zakresie posiadania uprawnienia do prowadzenia określonej kategorii pojazdów (co pomimo stanowiska Odwołującego stanowi kwalifikację zawodową i to niezbędną, dla kierowania pojazdami wykorzystywanymi jako śmieciarki) oraz pełniących funkcję ładowaczy (syntetyzując osób faktycznie odbierających odpady z nieruchomości i wrzucających ich do śmieciarki). W ocenie Zamawiającego ww. warunek udziału w postępowaniu został sformułowany w sposób uzasadniony i proporcjonalny, a nadto w sposób adekwatny, albowiem nie ustanawiał dodatkowych, prawem niewymaganych obostrzeń, których ustanowienie mogłoby w sposób nieuzasadniony ograniczać podmiotom rynkowym dostęp do zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że nawet ustanowienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, nie obliguje go do żądania podmiotowych środków dowodowych na ich potwierdzenie. Z kolei 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: rozporządzenie ws. podmiotowych środków dowodowych) w ramach zamkniętego katalogu podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wymienia: wykaz „osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług,

kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień; doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami". Zamawiający wskazał, że w ww. przytoczonym przepisie wprost jest mowa o „możliwości” żądania podmiotowego środka dowodowego, a jednocześnie ze względu na zamknięty katalog podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, ww. zakres informacji wskazywanych przez wykonawcę w wykazie należy uznać za zakres maksymalny. Skoro jednak Zamawiający w ogóle nie ma obowiązku żądania ww. podmiotowego środka dowodowego, to tym bardziej może żądać węższego niż maksymalny zakresu informacji.

Zamawiający stwierdził, że wyróżnione powyżej kategorie osób mają znaczenie dla jakości realizacji zamówienia, albowiem są to osoby które w terenie realizują w sposób faktyczny usługi. Są to nadto osoby, których czynności zostały przez Zamawiającego zastrzeżone jako wymagające zatrudnienia pracowniczego (art. 95 ust. 1 Pzp w zw. z Rozdziałem VII ust. 1 SWZ). Jednocześnie jak wynika z posiadanej przez Zamawiającego wiedzy, są to osoby poszukiwane przez rynek, a w konsekwencji dysponowanie odpowiednim zasobem osobowym w wymaganym zakresie stanowi aspekt mający znaczenie dla należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający, odnosząc się do zarzutu dotyczącego opcji stwierdził, że po jego stronie ciąży obowiązek, a jednocześnie uprawnienie do wskazania sposobu obliczenia ceny (art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp). Zamawiający na podstawie wskazanego przepisu, może określić odrębne stawki właściwe dla określonego zakresu zamówienia, jednocześnie nie ma takiego obowiązku. Zgodne z obowiązującymi przepisami Pzp, byłoby rozliczanie zakresu opcyjnego zamówienia za stawki tożsame względem właściwym dla zakresu podstawowego zamówienia. Skoro zatem takie rozwiązanie pozostawałoby w zgodności z przepisami Pzp, to również przyjęcie odmiennej stawki, wyłącznie względem jednego z zakresów zamówienia opcyjnego nie narusza przepisów ustawy.

Również ograniczenie poziomu cen jednostkowych, właściwych dla opcyjnego zakresu zamówienia nie narusza przepisów Pzp i znajduje swoją podstawę w art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp Zamawiający korzystając z tego uprawnienia pozostawił szeroki zakres swobody wykonawcą (różnica w cenach mogła sięgać 15% i była ustalana od ceny zaoferowanej dla zakresu podstawowego zamówienia). Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje 15% pułapu maksymalnej różnicy cenowej, kwestionuje wyłącznie sam mechanizm, a zatem należy uznać, że ta wartość jest uznawana przez niego za odpowiednią i proporcjonalną.

Zamawiający wyjaśnił, że formułując postanowienia ograniczające swobodę wykonawców, w formułowaniu propozycji cenowych, kierował się przede wszystkim swoim interesem, mającym swoje odzwierciedlenie, w ograniczeniu zjawiska ewentualnego manipulowania wysokością cen, w ramach kryteriów oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający uwzględnił, że ceny jednostkowe za zakres opcyjny mogą być wyższe i to aż o 15%. Powyższe rozwiązania pozwalają wykonawcom, na swobodne ustalenie, w ramach przeprowadzanego kosztorysowania oferty, jakie elementy kosztowe, w tym ewentualne ryzyka związane wyłącznie z zakresem opcyjnym zamówienia, uwzględnić w cenie jednostkowej.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie kwestionując maksymalnego pułapu różnicy cenowej, tj. 15%, nie sformułował żadnych argumentów, które umożliwiałyby Zamawiającemu, uwzględnienie innej niż ustalonej przez siebie, swoistości zakresu opcyjnego zamówienia, która winna skutkować zwiększeniem bufora cenowe o poziom większy niż 15%, lub jego obniżenie.

Odnosząc się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej pojemników podziemnych i półpodziemnych w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący Zamawiający wyjaśnił, że odbieranie przez Wykonawcę odpadów z pojemników podziemnych i półpodziemnych na gruncie pierwotnego brzmienia SWZ miało charakter warunkowy, tj. od uznania przez wykonawcę, że posiadane przez niego pojazdy, wykorzystywane w toku realizacji zamówienia umożliwiały świadczenie takiej usługi. Jednocześnie w związku z powstałymi na gruncie postanowień SWZ, wątpliwościami interpretacyjnymi, zamawiający dokonał zmiany SWZ (3 sierpnia 2021 r.), wprowadzając m.in. następujące postanowienie: „Wykonawca nie jest zobowiązany do dostarczenia jak i zapewnienia pojemników w sytuacji, o której mowa powyżej w ust. 1 pkt 1) lub 2). W przypadku wyposażenia nieruchomości w pojemniki podziemne lub półpodziemne ich obsługiwanie wymaga poczynienia przez Wykonawcę z właścicielem nieruchomości odpowiednich ustaleń warunkujących dokonywanie odbioru odpadów komunalnych. Brak uzgodnienia ustaleń przez Wykonawcę z właścicielem nieruchomości, pomimo dołożenia należytej staranności w tym zakresie przez Wykonawcę skutkuje brakiem obowiązku odbioru odpadów z danego pojemnika podziemnego lub półpodziemnego. W przypadku zaistnienia okoliczności, które uniemożliwiają Wykonawcy dokonywanie odbioru odpadów z tego rodzaju pojemników, w tym również bez dokonania zmiany umowy, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia swojego stanowiska, zarówno Zamawiającemu jak i właścicielowi nieruchomości, w formie pisemnej, najpóźniej w terminie 7 dni od otrzymania wezwania od Zamawiającego.”. Zamawiający dodał, że ww. postanowienia korelując z postanowieniami obowiązującego na terenie ZCG MG-6 Regulaminu utrzymania czystości (aktu prawa

miejscowego), do którego odsyła SWZ, a zgodnie z którym: „Właściciel nieruchomości może wyposażyć nieruchomość w pojemnik podziemny albo półpodziemny, po uzgodnieniu inwestycji z Zarządem Związku Celowego Gmin MG-6. Pojemniki podziemne i półpodziemne, powinny być lokalizowane w przestrzeni publicznej, w lokalizacji umożliwiającej swobodny dojazd i manewrowanie specjalistycznym sprzętem służącym do ich opróżniania. Obowiązek utrzymania pojemników podziemnych i półpodziemnych w należyтым stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym spoczywa na właścicielu nieruchomości (§ 4 ust. 5).

Zamawiający stwierdził, że skoro wykonawca nie jest obowiązany do dokonywania odbioru opadów z pojemników podziemnych i półpodziemnych, niewyspecyfikowanie aspektów technicznych tych pojemników nie stanowiło naruszenia art. 99 Pzp. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że niemożliwość wyspecyfikowania wymogów technicznych pojemników podziemnych i półpodziemnych, w tym tych które dopiero powstaną, ma charakter obiektywny. Zamawiający nie ma możliwości wskazania w OPZ informacji, które są od niego niezależne i nie są mu znane, a nadto nie mogą być mu znane, przy dołożeniu najwyższej staranności.

Zamawiający odnosząc się kolejno do zarzutu naruszenia art. 483 § k.c., 484 § 2 k.c. i art. 353(1.) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp stwierdził, że przy uwzględnieniu uzasadnienia zarzutu sporządzonego na str. 13 - 16 odwołania, a które to sprowadzić można do zakwestionowania zgodności z przepisami Pzp postanowień formułujących podstawę do naliczenia kary umownej, ze względu na to, że:

1) mają one charakter abuzywny, w perspektywie przepisu art. 433 pkt 1) — 3) Pzp, przy czym Odwołujący nie precyzuje tego zakresu odwołania. W konsekwencji. Według Zamawiającego należy uznać, że zarzut w tym zakresie nie został sformułowany w sposób prawidłowy i jest nieistniejący. Odwołujący w odwołaniu, nie wskazał na żaden aspekt abuzywności postanowień dotyczących kar umownych. W konsekwencji należy uznać, że zarzuty w tym zakresie nie zostały postawione, a ich ewentualne uzupełnianie, po upływie ustawowego terminu na odwołanie, narusza dyspozycję art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp;

2) naruszają one art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c.

Zamawiający wskazał, że kary umowne nie muszą mieścić się w zakresie odpowiedzialności, o której mowa w art. 471 k.c. o czym wprost stanowi art. 473 § 1 k.c, zgodnie z którym „dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi”. W konsekwencji nie sposób uznać, że Zamawiający, nawet zakresie w który został by uznany za wykraczający poza zakres art. 471 k.c. narusza przepisy Pzp.

W zakresie w jakim Odwołujący konstruuje zarzut przez zastrzeżenie w § 10 ust. 1 Wzoru umowy klauzul uprawniających Zamawiającego do naliczania kar umownych nadmiernych w stosunku do przewinienia lub szkody, a także kar na zasadzie ryzyka co powoduje, iż przekroczono granicę swobody umów i obarczono wykonawcę zbyt dużym ryzykiem związanym z niezachowaniem obowiązków umownych oraz zastrzeżono kary umowne nieadekwatne do wartości potencjalnej szkody, co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy oraz wskazuje na nadużycie pozycji Zamawiającego jako strony samodzielnie konstruującej stosunek prawny.

Zamawiający wskazał, że Pzp nie odnosi się do wysokości górnej granicy wysokości kary umownej. Art. 439 pkt. 3 Pzp obliguje jedynie Zamawiającego do określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych. Stosując uzupełniająco, na zasadzie art. 8 Pzp przepisy ustawy Kodeks cywilny, warto podkreślić, że ustawa ta również nie „limituje” wysokości kary umownej, a jedynie obliguje do wyrażenia jej kwotowo. Ponadto, odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający ukształtował kary umowne w wysokości nie adekwatnej do ewentualnej szkody jaką Wykonawca mógłby ponieść w związku z niewykonaniem zobowiązania - tak aby spełniały ona swoje funkcje, że:

1) po pierwsze wierzyciel (Zamawiający) może dochodzić kary umownej w pełnej wysokości „bez względu na wysokość poniesionej szkody”. Oznacza to, że wierzyciel (Zamawiający) nie ma obowiązku wykazywać istnienia i wysokości szkody (art. 484 k.c.),

2) po drugie, (...) „Kary umownej nie można postrzegać wyłącznie jako zryczałtowanego odszkodowania, lecz należy mieć na względzie także jej funkcję stymulującą oraz represyjną. Kara umowna ma zabezpieczać należyte wykonanie zobowiązania jako takiego. Owo szerokie ujęcie jej funkcji nakazuje ostrożne przenoszenie argumentacji jednych spraw na inne. Za zastrzeżeniem jej mogą przemawiać nie tylko racje kompensacyjne, lecz także inne godne ochrony wartości, w tym także te trudniej uchwytnie ekonomicznie, którą może być, np. konieczność ochrony środowiska naturalnego” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 lipca 2020 r. I ACa 873/19, teza I).

W konsekwencji Zamawiający za niesłuszne uznał stanowisko Odwołującego, iż określone przez niego kary są wygórowane i nieadekwatne do okoliczności. Zamawiający wskazał ponadto, że zmianą z 3 sierpnia 2021 r. obniżył maksymalną sumę kar umownych do 25% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w 8 ust. 1 umowy (w brzmieniu pierwotnym umowy). Ponadto w tym samym dniu dokonał następującej modyfikacji:

§ 10 ust. 1 pkt 10 otrzymuje brzmienie: „ 1. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej: 10) w wysokości 1.000 zł za każdy przypadek realizacji zamówienia, z pominięciem jakiegokolwiek z pojazdów wymienionych w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 1.3 lit. b SWZ, za każdy brakujący pojazd” oraz udzielił następującej odpowiedzi „poprzez pominięcie pojazdu, rozumie wykonywanie odbioru odpadów przy wykorzystaniu

floty pojazdów, naruszającej wymogi Rozdziału VIII ust. 1 pkt 1.3 lit. b SWZ. Ustalenie tej okoliczności nastąpi na podstawie wszelkich dopuszczalnych prawem dowodów. W szczególności weryfikacji wykazu pojazdów z pojazdami, które rzeczywiście świadczą usługę”.

W opinii Zamawiającego powyższe uchyla substrat zaskarżenia.

Odnosząc się kolejno do zarzutów dotyczących kary zawartej w punkcie 17 ww. postanowienia wzoru umowy Zamawiający podniósł, że ww. kara jest karą za zwłokę w należytych wykonaniu obowiązku kontraktowego, tj. sporządzenia prawidłowego harmonogramu. Sporządzenie jakiegokolwiek harmonogramu, tj. niespełniającego wymagań OPZ, nie stanowi należytego wykonania umowy. Zamawiający w OPZ określił zamknięty katalog kryteriów weryfikacji harmonogramu, których to kryteriów Odwołujący nie kwestionuje. Należy zatem uznać, że przyjmuje je za obiektywne. W konsekwencji nie sposób uznać, że ww. podstawa kary umownej narusza przepisy Pzp lub k.c., w szczególności, że należna jest wyłącznie za zawinione przez Wykonawcę niedochowanie terminu na należyte sporządzenie harmonogramu.

Odnosząc się kolejno do stanowiska Odwołującego co do kar sformułowanych w punktach 20, 21, 22 oraz 23 Zamawiający wskazał, że ww. naruszenia wprost są związane z rażącymi naruszeniami obowiązków kontraktowych, które wręcz można kwalifikować jako przestępstwo, a na pewno realnie narażają Zamawiającego na nienależyte dysponowanie środkami finansowymi (zapłatę za usługę, która nie jest wykonywana na rzecz Zamawiającego). O proporcjonalności kar w ww. wysokości stanowi co najmniej to, że na gruncie UCPG ustawodawca określił następujący delikt: „miesza selektywnie zebrane odpady komunalne ze zmieszanymi odpadami komunalnymi lub selektywnie zebrane odpady różnych rodzajów ze sobą” (art. 9x ust. 1 pkt 2 UCPG) obwarował karą pieniężną w wysokości od 10 000 zł do 50 000 zł, a więc kwotą wyższą aniżeli przyjęta w umowie. Zdaniem Zamawiającego kary w tak niskiej wysokości jak zaproponowanej przez Odwołującego, wręcz iluzorycznej, nie pozwalają na spełnienie przez karę umowną swojej funkcji. Tak daleko idące przykłady niełojalności kontraktowej oraz nieprawidłowego wykonania zamówienia, muszą być powiązane z proporcjonalnymi sankcjami.

Odnosząc się do kary zawartej w punkcie 29 Zamawiający wskazał, że kara swym zakresem obejmuje niezapewnienia należytego wykonywania obowiązków kontraktowych o kluczowym znaczeniu, tj. pozwalających na niebudzące wątpliwości ustalenie wolumenu odebranych odpadów komunalnych, a w konsekwencji również niebudzące wątpliwości ustalenie wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ze względu na powyższe Zamawiający wymaga posiadania wagi podstawowej oraz rezerwowej. Zapłata kary nie będzie następować w przypadku w którym wykonawca dokona ważenia na wadze awaryjnej.

Jednocześnie Zamawiający nie ogranicza ilości wag, Wykonawca dbając o zachowanie należytego standardu realizacji zamówienia, w tym mając na względzie negatywne konsekwencje z powodu niedokonania ważenia odpadów, może zapewnić sobie większą ilość wag - zgłoszonych Zamawiającemu. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że naliczanie kary wobec ilości pojazdów, którymi nastąpiło świadczenie usługi bez spełnienia obowiązku ważenia nie spełnia ww. celu, albowiem będzie skłaniać wykonawców, do realizacji zamówienia możliwie najmniejszym zasobem sprzętowym, w celu ograniczenia ryzyka poniesienia ww. negatywnych konsekwencji. Stan taki stoi w kolizji z należyтым wykonaniem usług odbiorowych, dla których istotne znaczenie ma m.in. ilość realnie wykorzystywanego sprzętu.

W zakresie zarzutów dotyczących kary zawartej w punkcie 40 § 10 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że posłużenie się zwrotem „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy” a nie z „winy wykonawcy” ma charakter celowy i służy zapewnieniu tego, aby Wykonawca dochowywał należytej staranności zarówno przy doborze odpowiedniego wyposażenia technicznego pojazdów, jak i sprawnego systemu (oprogramowania). Ograniczenie się do winy wykonawcy, jak już wskazuje sam Odwołujący, eliminowałoby sytuacje w których operator odbioru wykazywałby przyczyny nienależytego wykonania obowiązku, z powołaniem na „dostawcę systemu”. Wykonawca, w tym Odwołujący, ma pełną możliwość zapewnienia sobie najwyższej jakości systemu, w tym mając na względzie negatywne konsekwencje, w postaci zapłaty kar umownych. Jednocześnie zwrot „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy” eliminuje z zakresu odpowiedzialności, okoliczności, które nie są związane z przyczynami po jego stronie, np. awaria satelity GPS, a w konsekwencji nie tworzy odpowiedzialności o charakterze absolutnym.

Co do kary zawartej w punkcie 46 Zamawiający wyjaśnił, że obowiązek zebrania pojemników, może zostać zrealizowany w toku trwania umowy w zakresie odbioru odpadów komunalnych i w tym okresie w pełni uzasadnione będzie dokonanie płatności przez Zamawiającego, za odebrane i zagospodarowane odpady. Od decyzji Wykonawcy, oraz sposobu zorganizowania zbiórki pojemników zależy czy wynagrodzenie za odebrane i zagospodarowane odpady będzie należne. Jednocześnie wskazał, że jeżeli Wykonawca dokona odbioru dopiero po zakończeniu umowy w zakresie odbioru odpadów komunalnych, co samo przez się utrudni prawidłowe funkcjonowanie systemu odbioru odpadów (tj. podstawienie pojemników nowemu operatorowi), to koszt zagospodarowania odpadów będzie musiał ponieść samodzielnie. Niespełnienie tego obowiązku, np. poprzez wysypanie odpadów z pojemników w PW, wyrządza szkodę Zamawiającemu, albowiem będzie on zmuszony w trybie awaryjnych zapewnić posprzątanie PW oraz zagospodarowanie tych odpadów. Powyższe generuje szkodę po stronie Zamawiającego. Tym samym w pełni

uzasadnione jest sformułowanie klauzuli kary umownej, na wypadek niezagospodarowania odpadów, zebranych w ramach odbioru pojemników.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 1 września 2021r., tj. zarzutów nr 2, 4, 5, 6 oraz 7.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy. Rozpoznając niniejszą sprawę Izba uwzględniła także stanowisko Odwołującego i Zamawiającego zaprezentowane w złożonych pismach procesowych oraz przedstawionego na rozprawie.

Izba ustaliła, że przytoczone przez strony postępowania postanowienia SWZ są zgodne z treścią wynikającą z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, w związku z czym Izba odstąpiła od ponownego ich przytaczania w tym zakresie.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów dotyczącego naruszenia art. 112 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia to na wstępie należy zauważyć, że w odwołaniu Odwołujący wskazywał, iż: „postawiony przez Zamawiającego warunek wymaga od wykonawców wykazaniem dysponowania przez nich szerokim zespołem osób na kilka miesięcy przed rozpoczęciem wykonywania usługi”. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż argumentacja zaprezentowana w piśmie procesowym z dnia 1 września 2021r. w odniesieniu do powyższego zakresu jest argumentacją nową. Izba bowiem uznała, że stanowi ona rozwinięcie tezy zawartej w odwołaniu.

Przechodząc natomiast do samego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego konieczności wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem konkretnym personelem, to Izba uznała, że warunek ten jest warunkiem nadmiernym, nieproporcjonalnym.

Rozstrzygając sprawę Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ocenie Izby powyższa nieproporcjonalność ma miejsce w przypadku kwestionowanego warunku udziału. Zauważyć bowiem należy, że Zamawiający oczekuje od wykonawców biorących udział w postępowaniu koniecznością wykazania się dysponowaniem, co z kolei wiąże się z koniecznością zatrudnienia przez potencjalnych wykonawców, już na etapie składania oferty znacznej ilości pracowników na podstawie umowy o pracę. Zauważyć bowiem należy, że w przypadku składania oferty na jedną część zamówienia wykonawca musi wykazać dysponowaniem 24 osobami, a w przypadku złożenia oferty na wszystkie części zamówienia liczba ta wzrasta do 54 osób. W ocenie składu orzekającego w sytuacji, gdy termin składania ofert upływał w dniu 23 sierpnia 2021r., a rozpoczęcie świadczenia usługi miało nastąpić w okresie styczeń-kwiecień 2022r. żądanie przez Zamawiającego od wykonawców dysponowaniem tak znacznym personelem w ramach warunku udziału w postępowaniu jest zdecydowanie żądaniem nadmiernym. Zamawiający może bowiem w inny sposób ocenić, czy wykonawca jest zdolny do realizacji zamówienia poprzez posiadanie odpowiedniego personelu, np. zażądać przedłożenia przez wykonawców zobowiązania, iż w momencie rozpoczęcia świadczenia usługi będą oni dysponowali wymaganą liczbą osób. Natomiast obecne sformułowanie treści warunku udziału w postępowaniu wymusza na wykonawcach zatrudnienie konkretnej i znacznej ilości osób na etapie składania ofert i utrzymywanie tego zatrudnienia do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej bądź do czasu rozpoczęcia świadczenia usługi i ponoszenia znacznych kosztów z tym związanych.

W związku z powyższym Izba uznała, że sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu naruszał przepisy art. 112 Pzp.

Izba uznała natomiast, że brak ustalenia przez Zamawiającego konkretnych wymagań co do kwalifikacji zawodowych bądź doświadczenia osób mających zostać zatrudnionych na stanowisku ładowaczy nie może potwierdzać zarzutu co do pozorności postawionego warunku. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów jakiego doświadczenia czy kwalifikacji Zamawiający winien był żądać w odniesieniu do tego personelu. Istotne jest także to, że aby zostać zatrudnionym na tym stanowisku, nie są potrzebne żadne szczególne umiejętności, bowiem są to proste prace fizyczne polegające na załadunku zebranych odpadów komunalnych. Tym samym skład orzekający uznał, że ustanowienie dodatkowych postanowień co do kwalifikacji i doświadczenia zawodowego ładowaczy mogłoby wpłynąć na ograniczenie konkurencji. Izba w składzie orzekającym ustaliła, że w odniesieniu do kierowców Zamawiający żądał aby spełniali oni kwalifikacje zawodowe polegające na posiadaniu uprawnienia do kierowania pojazdami o masie całkowitej przekraczającej powyżej 3,5 t, tj. aby posiadali prawo jazdy kat. C. W ocenie Izby powyższe jest wystarczające, aby można było wykazać, że wykonawcy dysponują osobami na stanowisko kierowcy o konkretnych wymaganiach.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 441 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Odwołujący kwestionował ustalenie przez Zamawiającego maksymalnego poziomu cen jednostkowych, wskazując, że powyższe ogranicza mu swobodę w szacowaniu wysokości wynagrodzenia. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego zgodnie z którym posiada on uprawnienie do wskazania sposobu obliczenia ceny, co wprost wynika z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający na podstawie powyższego przepisu może zarówno określić odrębne stawki właściwe dla określonego zakresu zamówienia, jak również sposób rozliczenia zakresu opcyjnego. W konsekwencji w ocenie składu orzekającego określenie przez Zamawiającego maksymalnego poziomu cen jednostkowych w zakresie opcyjnym nie naruszało wskazanych przez Odwołującego przepisów, a tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Oddaleniu podlegał również zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp dotyczący opisanego przedmiotu zamówienia w części dotyczącej pojemników podziemnych i półpodziemnych w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący.

Rozpatrując powyższy zarzut, na wstępie należy wskazać, że Izba rozpoznając odwołania związana jest treścią zarzutu zawartą w odwołaniu. Odwołujący w odwołaniu wskazywał natomiast, że sposób opróżniania pojemników podziemnych i półpodziemnych jest zależny od ich specyfiki. Na etapie przygotowania oferty i kalkulacji ceny, bez wiedzy na temat rodzajów pojemników podziemnych, wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wycenić oferty czy ustalić swoich możliwości w zakresie realizacji zamówienia. Pomimo tego, że odbiór z tych pojemników nie stanowi kluczowego elementu przedmiotu zamówienia, jest to jednak element istotny z punktu widzenia możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Miejsce w jakim pojemnik jest usytuowany, jego rodzaj, sposób wykonania, dokumentacja techniczna, to niezbędne elementy jakie powinien wskazać Zamawiający aby należycie opisać przedmiot zamówienia.

Odwołujący wnosząc w konsekwencji o nakazanie Zamawiającemu wskazania pełnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie parametrów i danych technicznych pojemników podziemnych i półpodziemnych z których dokonywane będą odpady, a w razie braku możliwości takiego określenia (gdyż pojemniki dopiero powstaną), określenia maksymalnych parametrów jakie muszą spełniać lub wyłączenie tej części z postępowania i zlecenia odbiorów z tych pojemników osobno po ich powstaniu i określeniu parametrów.

Uwzględniając więc powyższą treść zarzutu Izba uznała, że skoro na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie ma wiedzy co do rodzaju lub specyfikacji technicznej pojemników podziemnych lub półpodziemnych to brak jest możliwości wskazania w OPZ żądanych przez Odwołującego informacji.

Odnosząc się do zarzutów związanych z wysokością kar umownych, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SIWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, bowiem celem postępowania jest weryfikacja postanowień SWZ w świetle Pzp, w więc również przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – Zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – Zamawiający

określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 134 ust. 1 pkt 19 Pzp, który wskazuje na konieczność zawarcia w SWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c. zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. W ocenie Izby na tle analizowanego stanu faktycznego zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa w zakresie kar zawartych w punkcie 29 oraz 40 § 10 ust. 1 wzoru umowy. Izba uznała natomiast, że Zamawiający zdołał wykazać zasadność ustalonych przez siebie wysokości kar w pozostałych kwestionowanych przez Odwołującego punktach ww. postanowienia wzoru umowy.

Odnosząc się do kary z punktu nr 29 dotyczącej możliwości naliczenia kary w wysokości 30.000 złotych za każdy dzień, w którym realizowana była usługa bez należytego spełnienia obowiązków w zakresie ważenia pojazdów, bez względu na to ile pojazdów

wykorzystanych przez Wykonawcę nie zostało zważonych, powoduje, że wykonawca byłby karany w sytuacji, gdyby nawet bez jego winy wskazania wagi były w danym dniu nieprawidłowe w stosunku do jednego tylko pojazdu. Odwołujący wywodził, że uwzględniając warunki przedmiotowego zamówienia dziennie będzie zobligowany do wykonania około 135 ważeń pojazdów, a uwzględniając postanowienia § 10 ust. 1 pkt 29) wzoru umowy wystarczy, że tylko jeden pojazd nie zostanie zważony zgodnie z wymogami, nawet bez swojej winy, i zostanie on obciążony karą w wysokości 30.000 zł. Dodatkowo wskazywał, że wartość ładunku na jednym pojeździe waha się między 800 zł a 6500 zł, a ponadto, że wskazania wagi są elementem raportów i podstawą rozliczenia każdej tony odpadów, w związku z czym brak zważenia i tak będzie powodował brak możliwości rozliczenia ładunku.

Uwzględniając powyższe, w ocenie składu orzekającego kara ta ma nieadekwatną wysokość w stosunku do wagi przewinienia i możliwością poniesienia przez Zamawiającego straty. Izba odnosząc się do stanowiska Zamawiającego - co do żądania Odwołującego - że naliczanie kary wobec ilości pojazdów, którymi nastąpiło świadczenie usługi bez spełnienia obowiązku ważenia nie spełnia swojego celu, bowiem będzie skłaniać wykonawców, do realizacji zamówienia możliwie najmniejszym zasobem sprzętowym, zauważa, że Zamawiający przewidział w katalogu kar również karę za każdy przypadek realizacji zamówienia z pominięciem jakiegokolwiek z pojazdów wymienionych w rozdziale VIII ust. 1 pkt 1.3 lit. c SWZ.

Co do kary zawartej w punkcie 40 § 10 ust. 1 wzoru umowy, to Izba stwierdziła, że Zamawiający winien był w SWZ w sposób wyraźny określić, że kara w wysokości 5000 zł za każdy dzień, w którym w dniach realizacji zamówienia w godzinach od 06:00 do 22:00 z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, system monitorowania pracy sprzętu odbierającego odpady nie działał lub w którym nie możliwe było bieżące kontrolowanie przez Zamawiającego pracy co najmniej jednego pojazdu wykorzystywanego do wykonywania usług związanych z odbieraniem i transportem odpadów, trwające co najmniej 0,3 godziny (łącznie w całym dniu),

W ocenie składu orzekającego, powyższe sformułowanie obciąża wykonawcę ryzykiem obciążenia go karą w nawet sytuacji, gdy nie ponosi on odpowiedzialności, za sytuacje, gdy z uwagi na brak zasięgu sieci połączenie GPS zostanie zerwane do czasu odzyskania zasięgu sygnału i ponownego połączenie. Skład orzekający stwierdził, że obciążanie wykonawcy odpowiedzialnością za zdarzenia za które w żaden sposób nie ponosi on odpowiedzialności jest nieprawidłowe. Tym samym skład orzekający uznał, że Zamawiający winien był w sposób wyraźny określić, że odpowiedzialność oparta jest na zasadzie winy.

W odniesieniu do kar zawartych w punktach 8, 9 oraz 10 § 10 ust. 1 wzoru umowy, w odniesieniu do których Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu wykreślenie ww. kar lub doprecyzowanie co oznacza „przypadek realizacji zamówienia, z pominięciem jakiegokolwiek z pojazdów”. Zauważyć należy, że Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2021r. dokonał modyfikacji SWZ, na mocy której Zamawiający sprecyzował brzmienie § 10 ust. 1 pkt 10 wzoru umowy, a także udzielił odpowiedzi, co należy rozumieć pod pojęciem pominięcia pojazdu. Uwzględniając więc przepis art. 552 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, stwierdziła, że zarzut na dzień orzekania jest bezzasadny.

Co do kary zawartej w punkcie 17) Izba stwierdziła, że kara ma charakter kary za zwłokę w nienależytym sporządzeniu prawidłowego harmonogramu i nakładana będzie na wykonawcę wyłącznie w sytuacji niedochowania terminu na sporządzenie harmonogramu. Zauważyć także należy, że skoro Zamawiający wskazał w rozdziale XIII OPZ zamknięty katalog kryteriów weryfikacji harmonogramu, to nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający arbitralnie będzie mógł uznać, że harmonogram nie jest poprawny.

Izba za uzasadnione interesami Zamawiającego uznała również kary ustanowione przez Zamawiającego w punktach od 20 – 23) § 10 ust. 1 wzoru umowy, zauważyć należy, że kary zawarte w niniejszych punktach nakładane są przez Zamawiającego za rażące naruszenia obowiązków kontraktowych i które narażają Zamawiającego na zarzut nienależytego dysponowania środkami finansowymi. Słusznie wskazał Zamawiający, że na gruncie UCPG czynność zmieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze zmieszanyimi odpadami komunalnymi lub selektywnie zebranych odpadów różnych rodzajów obwarowano karą pieniężną w wysokości od 10-50 tys. zł. W ocenie Izby już to uzasadnia racjonalność przyjętej przez Zamawiającego kary.

Co do kary zawartej w punkcie 46) skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego co do nieuprawnionego nałożenia przez Zamawiającego kary w wysokości w wysokości 20 zł, za każdy Punkt Wywozowy, w którym nie dojdzie do zagospodarowania odpadów zgromadzonych w pojemnikach/kontenerach wraz z ich ostatecznym odbiorem, zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 29 OPZ. W ocenie składu orzekającego skoro Zamawiający na podstawie Rozdziału XIV ust. 29 OPZ ustalił, że nie będzie on pokrywał kosztów odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zdeponowanych w pojemniku odbieranym przez wykonawcę w ramach ostatecznej zbiórki to już powyższe w ocenie Izby zmusza wykonawcę do ponieść kosztów zagospodarowania tych odpadów. Niedopuszczalne jest tym samym dodatkowe obciążanie wykonawcy karą za brak ich zagospodarowania w sytuacji gdy i tak cały ciężar zagospodarowania odpadów w tym okresie obciąża wykonawcę.

Uwzględniając powyższe rozważanie, Izba stwierdziła, że część z postanowień SWZ naruszała przepisy Pzp. W związku jednak z okolicznością, iż Zamawiający przed rozpoznaniem odwołania przez Izbę dokonał otwarcia ofert, niemożliwym było nakazywanie Zamawiającemu zmiany części zakwestionowanych przez Odwołującego postanowień, które pomimo dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SWZ nadal pozostają aktualne. Tym samym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że ziszcza się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2 to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 22 200 zł). Izba zniósła pomiędzy stronami koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, a w konsekwencji powyższego zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....