

Sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20

WYROK
z dnia 3 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aleksandra Patyk**

Członkowie: **Anna Osiecka**
Anna Packo

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 i 11 marca 2020 r. oraz 29 maja 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** (sygn. akt: KIO 401/20),

B. w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 403/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

przy udziale:

A. wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 401/20 po stronie Odwołującego,

B. wykonawcy **Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 401/20 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. W sprawie o sygn. akt: KIO 401/20:
 - 1.1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3 oraz 9 lit. c petitum odwołania.
 - 1.2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1, 4, 6 oraz 8 petitum odwołania oraz w części w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 7 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
 - 1.2.1. wykreślenie postanowienia zawartego w rozdziale XIV pkt 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 1.2.2. wykreślenie z treści rozdziału XVII Szczegółowych warunków umowy oraz Załącznika nr 28 do Szczegółowych warunków umowy wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”);
 - 1.2.3. wykreślenie postanowienia § 18 projektu umowy oraz nadanie postanowieniu § 17 ust. 5 projektu umowy następującego brzmienia: „100% zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należyście wykonane”;
 - 1.2.4. wprowadzenie górnego limitu kar umownych na poziomie 30% ceny ofertowej;
 - 1.2.5. obniżenie kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f, § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c, § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a, c oraz e, § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a oraz b, § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q, r, s oraz u, § 15 ust. 2 pkt 11 lit. bb oraz gg, § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q, § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r projektu umowy o połowę ich wysokości.
 - 1.3. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
 - 1.4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 5/8 oraz Odwołującego w części 3/8 i:
 - 1.4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 1.4.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 275 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dwieście siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy).

2. W sprawie o sygn. akt: KIO 403/20:
 - 2.1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 6 i 17 petitum odwołania oraz zarzutu zawartego w punkcie 10 petitum odwołania w zakresie jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła wymogu nagrywania dźwięku w trakcie świadczenia usługi.
 - 2.2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 7 i 16 petitum odwołania oraz w części w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 5, 9, 10 i 11 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
 - 2.2.1. wprowadzenie zmian wskazanych w sprawie o sygn. akt: KIO 401/20, o których mowa w punkcie 1.2.1, 1.2.2, 1.2.4 oraz 1.2.5 w zakresie kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q, r projektu umowy;
 - 2.2.2. sprecyzowanie w § 8 ust. 7 projektu umowy rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia;
 - 2.2.3. uzupełnienie załącznika nr II do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pn. „Zestawienie kosztów zadania” o pozycję dotyczącą wyceny usługi polegającej na pełnieniu szczególnego nadzoru nad miejscami gromadzenia odpadów, o której mowa w rozdziale IV Szczegółowych warunków umowy.
 - 2.3. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
 - 2.4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w części 2/3 i:
 - 2.4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 24 095 zł 66 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dziewięćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty noclegu i parkingu oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 431 zł 89 gr (słownie: cztery tysiące czterysta trzydzieści jeden złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście* (znak postępowania: 18/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 030-070032.

Sprawa o sygn. akt: KIO 401/20

W dniu 24 lutego 2020 r. wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich [dalej „Odwołujący 1” lub „FBSerwis”] wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w rozdziale XIV pkt 10 SIWZ, że w Załączniku nr II „Zestawienie kosztów zadania”:

a. cena jednostkowa podana w pozycji nr 11 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5,

b. cena jednostkowa podana w pozycji nr 13 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5,

c. cena jednostkowa podana w pozycji nr 14 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 5 w kolumnie nr 5,

d. cena jednostkowa podana w pozycji nr 19 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70 % z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 6 w kolumnie nr 5,

które to zastrzeżenie uniemożliwia wykonawcom rzetelne oszacowanie ceny ofertowej i skalkulowanie cen jednostkowych w ww. pozycjach, gdyż wymusza zachowanie przewidzianych przez Zamawiającego proporcji zamiast uwzględnienia rzeczywistych kosztów realizacji usługi, a przy tym przewidziane przez Zamawiającego proporcje cen jednostkowych pozostają w całkowitym oderwaniu od realiów rynkowych, bowiem rzeczywiste koszty usług określonych w pozycjach 11, 13, 14 i 19 znacząco odbiegają od 70% kosztów usług ujętych odpowiednio w pozycjach 3, 5 i 6 Załącznika nr II do SIWZ;

2. art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. i 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać

uczciwą konkurencję, a przy tym jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i niemożliwy do wykonania (przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie świadczy usługę odbioru odpadów w zakresie odpowiadającym zakresowi zamówienia udzielanego w Postępowaniu), tj. przez wymaganie w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki przeznaczone do gromadzenia niesegregowanych odpadów komunalnych oraz w pojemniki do selektywnego gromadzenia odpadów najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 4 ust. 3 Projektu Umowy, że przedmiot umowy będzie realizowany nie wcześniej, niż od dnia wskazanego przez Zamawiającego w dniu zawarcia umowy, przy czym termin rozpoczęcia realizacji usługi rozpocznie się nie wcześniej, niż 30 dni od dnia zawarcia umowy, co oznacza, że Wykonawca może być zobligowany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w ciągu zaledwie 30 dni i to w sytuacji, gdy wykonawca dotychczas realizujący usługę odbioru odpadów nie zabierze własnych pojemników z nieruchomości, co w praktyce będzie niemożliwe do wykonania, przy czym takie naruszenie prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania jednego z wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (tj. tego, który aktualnie świadczy usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Sektora I) przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców;

3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. przez wskazanie w Rozdziale XIII pkt 3 SWU możliwości dostarczenia przez Zamawiającego oprogramowania monitorującego pracę wagi Wykonawcy nie ingerującego w system wykonawcy i monitorujące wyłącznie ważenia pojazdów realizujących przedmiot Umowy przy jednoczesnym ustaleniu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o Projektu Umowy kary umownej za uniemożliwienie Zamawiającemu dostarczenia i zainstalowania oprogramowania monitorującego pracę wagi Wykonawcy, w wysokości 5 000 zł za każdy dzień i za każdą wagę, bez jakiegokolwiek doprecyzowania założeń technicznych takiego systemu oraz bez przewidzenia sposobu bądź procedury kontroli przez Wykonawcę działania takiego systemu i nie wyrażenia zgody na jego zaimplementowanie w przypadku, gdyby ww. system mógł monitorować dane innych kontrahentów Wykonawcy lub ingerować w system wagowy, w sytuacji, gdy brak tego rodzaju zapisów naraża Wykonawcę na ryzyko odpowiedzialności wobec innych klientów, utraty istotnych z punktu widzenia prowadzonej działalności informacji stanowiących ścisłą tajemnicę przedsiębiorstwa oraz poniesienia z tego tytułu wymiernych strat;

4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, który jednocześnie charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego dostawcę, co może prowadzić do nieuzasadnionego

uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców, tj. przez wskazanie w rozdziale XVII pkt 1 ppkt 1 SWU wymogu wyposażenia wszystkich pojazdów bezpylnych realizujących odbiór odpadów oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym oraz nagrywarke cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer spełniający wymagania określone w Załączniku nr 28 do SWU, który to system aktualnie jest oferowany tylko przez jednego dostawcę na rynku, a przy tym jego wymaganie nie zapewnia Zamawiającemu realnych korzyści w stosunku do rozwiązań oferowanych przez innych dostawców, co tym samym oznacza, że wymaganie Zamawiającego nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego;

5. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest niemożliwy do wykonania w ramach czasowych określonych przez Zamawiającego, tj. przez wymaganie w rozdziale XVII pkt 5 SWU, aby system wizyjnego monitorowania pojazdów zapewniał anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów w sytuacji, gdy obecnie żaden z podmiotów oferujących tego rodzaju systemy na rynku nie zapewnia bieżącej anonimizacji, a stworzenie takiej funkcjonalności musiałoby się wiązać z nakładami nieproporcjonalnie wysokimi do przedmiotu zamówienia nakładami, a nadto byłoby niemożliwe do implementacji w terminie realizacji zamówienia;

6. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c. oraz art. 58 § 1 w zw. z art. 556 i art. 638 k.c. oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przy tym pozostający w sprzeczności z przepisami ustawy Kodeks cywilny o rękojmi i tym samym ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeczny z jego naturą, tj. przez ustalenie w § 18 Projektu Umowy, że Wykonawca udziela na przedmiot Umowy rękojmi na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia realizacji umowy, podczas gdy przedmiotem Umowy jest co do zasady świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, do której zgodnie z art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, które to świadczenie nie obejmuje wytworzenia rezultatu, który byłby zdalny do poddania się sprawdzianowi na istnienie wad, których dotyczy odpowiedzialność z tytułu rękojmi;

7. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej: „k.c.”) oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a. ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy rażąco wygórowanych kar umownych, tj. w szczególności:

i. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu oświadczenia potwierdzającego

wypełnienie obowiązku dostarczenia Harmonogramu na teren nieruchomości o charakterze jednorodziennym;

ii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 1000 zł za każdy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu któregokolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub nieudostępnienia Zamawiającemu w tym na Wirtualnym Dysku, któregokolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych określonych w SWU, rozdział XX;

iii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10 000 zł za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt. 5, ppkt 1) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;

iv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10 000 zł za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt 5, ppkt 2) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;

v. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 30 000 zł za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XV, pkt 5, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy dzień następujący po upływie terminu;

vi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za każdy przypadek niedostarczenia wyliczeń określonych w SWU rozdział XXI, pkt 2, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku, za każdy dzień po upływie terminu;

vii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2 000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z SWU, rozdział XXI, pkt 3, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu;

viii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 150 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregokolwiek z pojemników o pojemności mniejszej niż 1,1 m³ przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika;

ix. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 600 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregokolwiek z pojemników o pojemności 1,1 m³ i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio

z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika;

x. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80 % całkowitej pojemności danego pojemnika;

xi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego niewykonania przez Wykonawcę obowiązku sukcesywnej wymiany pojemnika na odpady wielkogabarytowe zbierane w pojemnikach ogólnodostępnych w przypadku jego zapełnienia odpadami powyżej 90% pojemności pojemnika przez cały okres wskazany w Zleceniu, za każdy pojemnik, za każdy dzień następujący po upływie terminu;

xii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. bb) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10 000 zł za brak oznakowania pojazdu SZOP zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 21 do SIWZ w terminie do pierwszego dnia drugiego miesiąca realizacji usługi, za każdy dzień następujący po upływie terminu;

xiii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za nieprzywrócenie w terminie określonym w SWU dostępu do wizyjnego systemu monitorowania pojazdów w przypadku zaistnienia awarii, za każdy przypadek, za każdy dzień;

xiv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek, braku czytelności rejestrowanego przez zainstalowane na pojazdach kamery (zgodnie z opisem w SWU rozdział XVII pkt 1), zapisu materiału video, za każdą kamerę, za każdy dzień;

xv. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10 000 zł za każdy dzień niedziałania monitoringu wizyjnego bazy, za każdy przypadek,

xvi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. k) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek stwierdzenia przez Zamawiającego magazynowania na terenie bazy magazynowo-transportowej selektywnie odebranych odpadów dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez Wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to Wykonawca zobowiązany jest dostosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji, za każdy dzień, za każdą frakcję;

xvii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za uniemożliwienie Zamawiającemu dostarczenia i zainstalowania oprogramowania

monitorującego pracę wagi Wykonawcy, za każdą wagę, za każdy dzień;

xviii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za uniemożliwienie/utrudnianie przeprowadzenia Zamawiającemu kontroli, za każdy przypadek;

które to kary jako odbiegające od wysokości potencjalnej szkody, jaka może zostać poniesiona przez Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych oraz przewyższające wartość świadczenia wykonawcy, za którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zostały zastrzeżone, muszą być uznane za rażąco wygórowane, a przez to sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie na mocy art. 58 § 1 oraz 353¹ k.c. są nieważne, przy czym wysokość wszystkich kary przewidzianych w Projekcie Umowy określona została w takiej wysokości w taki sposób, że w przypadku częściowej ich kumulacji i wystąpienia okoliczności uzasadniających ich nałożenie w dłuższym okresie czasu (np. przez kilka miesięcy) sumaryczna ich wartość może przekroczyć wartość całej umowy (wynagrodzenia Wykonawcy), co powoduje, że wszystkie te kary mogą być uznane za kary rażąco wygórowane,

b. ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za uniemożliwienie/utrudnianie przeprowadzenia Zamawiającemu kontroli, za każdy przypadek, bez dokładnego sprecyzowania, czego na czym uniemożliwienie lub utrudnienie kontroli miałyby polegać, co nie pozwala wykonawcom na wyczerpującą identyfikację wszystkich zindywidualizowanych postaci nienależytego wykonania zobowiązania, których zaistnienie uzasadniałoby powstanie obowiązku zapłaty przez wykonawcę przedmiotowej kary umownej, a tym samym nie umożliwia Wykonawcy oszacowania ryzyka związanego z zapłatą takich kar, przy czym obciążenie wykonawcy ryzykiem niemożliwym do oszacowania na etapie składania oferty stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej i jako takie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za naruszenie zasady swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego,

c. ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) - s) oraz u) Projektu Umowy kar umownych naliczanych w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego wypełnienia się pojemników na odpady komunalne w określonej proporcji (odpowiednio 80% i 90%), co należy uznać za działanie sprzeczne z naturą świadczeni polegającego na odbiorze odpadów komunalnych i co wiąże się z obciążeniem Wykonawcy niemożliwym do uniknięcia ryzykiem ponoszenia kosztów kar umownych, bowiem przepelnianie się pojemników jest okolicznością, która często jest niemożliwa do przewidzenia i zapobieżenia mimo zapewnienia przez Wykonawcę odpowiedniej częstotliwości odbioru odpadów i należytej staranności, co oznacza, że obciążanie wykonawcy taką karą winno być uznane za niezgodne z zasadami współżycia społecznego,

d. ustanowienie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. gg) Projektu Umowy kary umownej za niewykonanie obowiązku dotyczącego niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru w sytuacji, gdy wcześniejszy odbiór był utrudniony (np. z uwagi na brak dojazdu, niewystawiony pojemnik itp.), która to kara nakłada na wykonawcę konieczność wielokrotnego wykonywania usługi w przypadku zaniedbań właścicieli nieruchomości, przy czym zakres takiego obowiązku i potencjalnej wysokości kar umownych wynikających z jego niezrealizowania jest niemożliwy do oszacowania na etapie kalkulowania oferty,

8. art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy kar umownych naliczanych za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań bądź za każdy dzień trwania określonej sytuacji, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej niekreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego, a nadto skutkuje tym, że wszystkie takie kary winny być uznane za rażąco wygórowane (bowiem ich ostateczna wysokość, w przypadku trwania opóźnień bądź naruszeń w dłuższym okresie czasu, może się okazać niezmiernie wysoka i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego);

9. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 k.c. poprzez:

a. zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, podczas gdy przekazywanie przez Zamawiającego Wykonawcy danych osobowych osób zgłaszających reklamacje/wnioski/ uwagi/ zastrzeżenia obejmujących: imię i nazwisko, adres poczty elektronicznej (e-mail), numer telefonu, adres korespondencyjny, adres zamieszkania, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii jest zbędne i nieuzasadnione, a także niezgodne z zasadą minimalizmu wyrażoną w art. 5 ust. 1 lit. c Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych, dalej „RODO”),

b. nałożenie na Wykonawcę zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia przetwarzania danych pomimo, że jest ono zbędne i nadmiarowe,

c. zobowiązanie Wykonawcy do stosowania systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, podczas gdy stosowanie ww. systemu jest nadmiarowe i niezgodne z art. 5 ust. 1 lit. b oraz lit. c RODO.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 10 w rozdziale XIV SIWZ;
3. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU poprzez określenie zmodyfikowanie zasad i terminów wyposażenia nieruchomości w pojemniki w taki sposób, że Wykonawca:
 - a. będzie miał zapewniony okres minimum 60 dni od dnia zawarcia Umowy na wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady oraz
 - b. przy zawarciu Umowy Wykonawca otrzyma harmonogram usuwania z nieruchomości pojemników przez Wykonawcę dotychczas realizującego usługę odbioru odpadów z terenu Sektora I oraz
 - c. termin wyposażenia poszczególnych nieruchomości w pojemniki na odpady w żadnym wypadku nie będzie krótszy, niż 2 dni robocze od przewidzianego w ww. harmonogramie terminu usunięcia pojemników przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę lub od faktycznego usunięcia tych pojemników - w przypadku, gdy faktyczne ich usunięcie nastąpi później;
4. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z treści rozdziału XVII SWU oraz Załącznika nr 28 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym;
5. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 10 z rozdziału XVII SWU;
6. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie § 18 z treści Projektu Umowy oraz nadanie postanowieniu § 17 ust. 5 Projektu Umowy następującego brzmienia:

„5. 100 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należycie wykonane”;
7. obniżenia kar przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) i f), § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a), c) i e), § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) i b), § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) - s) oraz lit. bb, § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) i r), § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g), k), o) i p) Projektu Umowy do wysokości odpowiednio dla kary:
 - a. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy - do wysokości 100 zł,
 - b. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy do wysokości 50 zł,
 - c. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy do wysokości 1 000 zł,
 - d. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy do wysokości 1 000 zł;
 - e. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy do wysokości 5 000 zł;
 - f. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy do wysokości 500 zł;
 - g. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 200 zł;
 - h. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. bb) Projektu Umowy do wysokości 1 000 zł;

i. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 1 000 zł;

8. wykreślenia kar umownych przewidzianych w:

a. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy;

b. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. q) Projektu Umowy;

c. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. r) Projektu Umowy,

d. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. s) Projektu Umowy,

e. § 15 ust. 2 pkt 14 lit. k) Projektu Umowy,

f. § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy,

g. § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) Projektu Umowy,

względnienie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 2 powyżej

9. nakazanie Zamawiającemu obniżenia wysokości kar pkt 7 powyżej do 20% ich pierwotnej wysokości;

10. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany polegającej na dookreśleniu, że każda z kar określonych w § 15 ust. 2 Umowy jako iloczyn określonej kwoty i liczby dni będzie naliczana za okres nie dłuższy niż 30 dni (np. 30 000 zł);

11. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w rozdziale III SIWZ pkt 12 obligującego wykonawcę do zawarcia z Zamawiającym umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych;

względnienie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku

12. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w § 8 umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych postanowienia ust. 2 oraz ograniczenie zakresu (rodzaju) danych osobowych powierzanych do przetwarzania;

13. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wszelkich postanowień Projektu Umowy oraz SWU odnoszących się do obowiązku zapewnienia monitoringu wizyjnego pojazdów.

Ponadto wniósł o:

14. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

W przedmiocie zarzutu 1. Odwołujący 1 przywołał brzmienie rozdziału XIV pkt 10 SIWZ i uzasadniał, że ograniczenie dotyczące szacowania przez wykonawców cen jednostkowych jest dla Odwołującego niezrozumiałe. Powoduje ono, że Wykonawca nie ma zapewnionej możliwości wskazania w formularzu cenowym (Załączniku nr II do SIWZ - Zestawieniu kosztów zadania) takich cen jednostkowych, które odzwierciedlałyby rzeczywiste koszty realizacji usługi. Kwestionowany zapis wymusza na Odwołującym de facto manipulowanie cenami jednostkowymi w taki sposób, aby w sztuczny sposób dostosować ceny jednostkowe do wymagań określonych przez Zamawiającego. Wykonawca jest zmuszony: 1) sztucznie

zawyżać ceny jednostkowe zawarte w poz. 3, 5 bądź 6 Zestawienia Cen jednostkowych, narażając tym samym Zamawiającego na konieczność poniesienia dodatkowych i nieuzasadnionych kosztów realizacji zamówienia, lub też 2) sztucznie zaniżać ceny jednostkowe zawarte w poz. 11, 13, 14 i 19 w stopniu niepozwalającym na pokrycie wszystkich kosztów realizacji usług w ww. pozycjach wskazanych, oferując tym samym Zamawiającemu zaniżoną cenę ofertową bądź też przenosząc koszty tychże usług do innych pozycji Zestawienia kosztów zadania - co w świetle obowiązującego prawa i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jest uznawane za niedopuszczalne.

Tego rodzaju ograniczenie wysokości cen jednostkowych stanowi daleko idącą ingerencję w swobodę Wykonawcy w ustalaniu i szacowaniu cen jednostkowych. Ingerencja ta jest zupełnie nieuzasadniona potrzebami Zamawiającego, a biorąc pod uwagę, że oczekiwania Zamawiającego co do poszczególnych cen jednostkowych są zupełnie nieracjonalne i nieuzasadnione realiami rynkowymi, musi być ona uznana za sprzeczna z zasadami współżycia społecznego - w tym przede wszystkim z prawem wykonawcy do otrzymania godziwej zapłaty za wykonaną usługę, obejmującej wszystkie koszty jej realizacji i zapewniającej możliwość otrzymania odpowiedniego zysku.

W szczególności nieracjonalne jest wymaganie przez Zamawiającego, aby ceny za odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK; poz. 11 - 21 Zestawienia kosztów zadania) były niższe, niż ceny odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów spoza PSZOK. Koszty samej logistyki odbierania odpadów z PSZOK są bowiem wyższe, aniżeli koszty odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości - gdzie odpowiednia optymalizacja tras przejazdów śmieciarki pozwala na obniżenie kosztów transportu odpadów w przeliczeniu na ich masę (Mg).

Odwołujący 1 wskazał dalej, że nieracjonalne jest powiązanie ceny jednostkowej za zagospodarowanie:

- odpadów o kodzie 15 01 02 odbieranych z PSZOK z odpadami o kodzie 15 01 07 pochodzących z terenów nieruchomości,
- odpadów o kodzie 20 01 39 odbieranych z PSZOK z odpadami o kodzie 15 01 07 pochodzących z terenów nieruchomości,
- odpadów o kodzie 15 01 07 odbieranych z PSZOK z odpadami o kodzie 20 03 07 pochodzących z terenów nieruchomości,
- odpadów o kodzie 15 01 02 odbieranych z PSZOK z odpadami o kodzie 15 01 07 pochodzących z terenów nieruchomości,

ponieważ (abstrahując od kosztów logistycznych), koszty związane z zagospodarowaniem oraz sposoby postępowania z odpadami dla w/w frakcji znacząco się od siebie różnią i nie mogą być w żaden sposób porównywalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie

pkt 10 z rozdziału XIV SIWZ.

W przedmiocie zarzutu 2. Odwołujący 1 wskazał, iż jednym z najistotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest oznaczenie przez podmiot zamawiający terminów na realizację obowiązków wykonawcy. Odwołujący 1 wskazał na postanowienie § 4 ust. 2 i 3 projektu umowy, rozdziału II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU. Uzasadniał, że z ww. postanowień wynika, iż Zamawiający gwarantuje wykonawcy jedynie 30 dni „okresu przygotowawczego”, w ramach którego Wykonawca będzie zobowiązany podjąć wszystkie czynności związane z zakupem wielu tysięcy pojemników (przewidywaną liczbę pojemników określa Załącznik nr 4 do SWU), dostosowaniem ich do wymagań Zamawiającego (w tym odpowiedniego ich oznakowania oraz wyposażenia w system identyfikacji pojemników określony w rozdziale XV SWU), a nadto rozmieszczenia ich na nieruchomościach zlokalizowanych na obszarze Sektora I (Śródmieście i Stare Miasto). Tak krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie realizuje przedmiot umowy, jest nawet nie tyle trudne, co wręcz niemożliwe do wykonania. W tym zakresie świadczenie wykonawcy wynikające z umowy winno być uznane za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.

Jak się wskazuje w doktrynie prawa cywilnego, niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 § 1 k.c., to niemożliwość obiektywna, co oznacza, że danego świadczenia nie byłby w stanie spełnić nie tylko dłużnik, ale również nikt inny, zaś naturę takiej niemożliwości uzasadniają ograniczenia wynikające z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1973 r. sygn. akt III CRN 255/73, wyroku SN z 8 maja 2002 r. sygn. akt III CKN 1015/99; wyroku SN z 8 stycznia 2009 r. sygn. akt I CSK 239/08 wyroku SN z 20 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 611/08).

W doktrynie jako przypadek niemożliwości świadczenia kwalifikuje się również tzw. niemożliwość gospodarczą, w przypadku której spełnienie świadczenia jest wprawdzie możliwe z technicznego punktu widzenia, ale całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia racjonalności ekonomicznej, ze względu na konieczne koszty i starania. Taką sytuację można oceniać w kategoriach niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. w sytuacji (i tylko wówczas), gdy spełnienie świadczenia byłoby ekonomicznie nieracjonalne dla kogokolwiek, a nie tylko dla konkretnego dłużnika (tak P. Machnikowski, System Prawa Prywatnego t. 5 Prawo zobowiązań - część ogólna pod red. E. Łętowskiej, Warszawa 2013, s. 567; podobnie W. Popiołek, komentarz do art. 387 k.c., K. Pietrzykowski (red.) Kodeks cywilny. Komentarz, tom I, Warszawa 2013).

Okoliczność powyższa świadczy o nieprawidłowym, tj. naruszającym przepisy art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp opisanemu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, gdyż dotrzymanie terminów określonych przez Zamawiającego jest niemożliwe przez żaden z

podmiotów działających na rynku.

Prawidłowa realizacja obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki (kilkadziesiąt tysięcy takich pojemników) wymaga przeznaczenia istotnych nakładów pracy oraz poświęcenia czasu znacząco przekraczającego przyjęte przez Zamawiającego terminy. Ponadto wiąże się z poniesieniem istotnych kosztów przez danego wykonawcę, przez co zasadniczo może być wykonana dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Rozmieszczenie pojemników na odpady na nieruchomościach jest długotrwałym i skomplikowanym logistycznie procesem. Pojemniki w pierwszej kolejności muszą zostać zakupione w ilościach i rodzajach dostosowanych do specyfiki zamówienia oraz wymagań zamawiającego wynikających obowiązującego we Wrocławiu systemu gospodarowania odpadami, w tym co do ich odpowiedniego oznaczenia. Ponadto pojemniki muszą zostać wyposażone w elementy systemu identyfikacji pojemników (w tym transpondery RFID), a po ich rozmieszczeniu na nieruchomościach ich szczegółowe lokalizacje muszą zostać wprowadzone do systemu, o którym mowa w rozdziale XV SWU.

Samo rozmieszczanie pojemników musi być dokonywane w ściśle usystematyzowany sposób - właściwe pojemniki (różniące się od siebie co do rodzaju, koloru i pojemności) muszą być dostarczone w odpowiednie miejsca docelowe). Operacja ta musi zostać poprzedzona inwentaryzacją oraz aktualizacją danych o Miejscach Gromadzenia Odpadów (MGO) w oparciu o dane, które dopiero zostaną przekazane przez Zamawiającego po zawarciu umowy (zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale XV SWU).

Sama operacja rozstawiania pojemników w skali całej gminy wymaga w ocenie Wykonawcy przeznaczenia minimum 60 dni.

Ponadto Odwołujący 1 zwracał uwagę, że obszar, na którym będzie realizowane zamówienie udzielane w Postępowaniu (tj. Śródmieście i Stare Miasto) jest specyficzny. Charakteryzuje się on gęstą zabudową i trudną dostępnością i ograniczoną powierzchnią miejsc gromadzenia odpadów (lokalizacji, w których są usytuowane pojemniki na odpady). Powoduje to, że w znacznej części takich lokalizacji niemożliwe jest podstawienie pojemników w czasie, gdy znajdują się tam jeszcze pojemniki wykorzystywane przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę odbioru. W praktyce zatem podstawienie pojemników w tych lokalizacjach będzie możliwe dopiero wówczas, gdy ów wykonawca zabierze swoje pojemniki.

Powyższe powoduje, że operacja rozstawiania pojemników w takich lokalizacjach przez „nowego” (wyłonionego w Postępowaniu wykonawcę) powinna być realizowana we współpracy z wykonawcą, który swoje pojemniki usuwa. Z uwagi na fakt, iż ów drugi wykonawca nie jest w żaden sposób ww. współpracą ekonomicznie zainteresowany (musiałby bowiem pomagać swojemu konkurentowi), celowym jest podjęcie działań koordynujących przez samego Zamawiającego. Przejawem takiego działania mogłoby być przykładowo

przygotowanie i udostępnienie wybranemu w Postępowaniu wykonawcy harmonogramu usuwania pojemników przez dotychczasowego usługodawcę i zapewnienie „nowemu” wykonawcy czasu na podstawienie pojemników w wymierza co najmniej 14 dni od usunięcia pojemników zgodnie z tym harmonogramem.

Na poparcie prezentowanego stanowiska Odwołujący 1 przywołał tezy wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2411/13; KIO 2434/13.

Odwołujący 1 podkreślał, że w stanie faktycznym sprawy jedynie wykonawca aktualnie świadczący usługę odbioru odpadów z obszaru Śródmieścia i Starego Miasta ma zapewnioną możliwość dotrzymania terminu przyjętego przez Zamawiającego. Wspomniany wykonawca dysponuje już bowiem pojemnikami na odpady znajdującymi się na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia, co oznacza, iż nie będzie on już musiał - w przeciwieństwie do Odwołującego i innych wykonawców - wyposażyć nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów ani ryzykować zapłaty wysokich kar umownych w przypadku, gdy obowiązek ten w jakimkolwiek zakresie nie zostałby terminowo wykonany. Celowe jest zatem zniwelowanie ww. uprzywilejowania w stopniu umożliwiającym innym wykonawcom złożenie oferty w Postępowaniu - poprzez wydłużenie czasu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki do co najmniej 60 dni oraz zapewnienie współpracy z wykonawcą usuwającym pojemniki - w szczególności poprzez dostarczenie „nowemu” Wykonawcy harmonogramu usuwania pojemników i zagwarantowania minimalnego terminu na dostarczenie pojemników liczonego od terminów wskazanych w tym harmonogramie (lub od dnia faktycznego usunięcia pojemników - w przypadku, gdyby takie usunięcie nastąpiło z przekroczeniem terminów wskazanych w harmonogramie).

Odwołujący 1 przedstawił następnie uzasadnienie faktyczne zarzutu 3., który to zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu 4. i 5. Odwołujący 1 przywołał brzmienie postanowienia rozdziału XVII pkt 1 ppkt 1 SWU. Uzasadniał, iż tak opisany przez Zamawiającego system jest oferowany tylko przez jednego dostawcę systemu monitorowania, tj. BRIGADE ELECTRONICS - spółki z siedzibą w Wielkiej Brytanii, producenta systemu Backeye 360. Tylko ww. dostawca posiada w swojej ofercie system wykorzystujący kamery działające w trybie 360° oraz zapewniające tzw. „widok z lotu ptaka”. Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na system tego dostawcy pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp a nadto utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu bowiem: 1) w uprzywilejowanej sytuacji stawia podmioty korzystające z systemu BACKEYE 360 lub posiadające z ww. podmiotem lepsze kontakty gospodarcze, 2) uzależnia wykonawców od dostawcy systemu BACKEYE 360, który mając w istocie monopol na dostarczenie systemu opisanego w SIWZ może od wykonawców żądać wynagrodzenia

znacząco przekraczającego wartość przedmiotowego systemu, a także może potencjalnie odmówić dostarczenia i zainstalowania tego systemu w terminach określonych w SIWZ, eliminując de facto wykonawcę z możliwości prawidłowej realizacji zamówienia.

Jednocześnie podał, że wskazane funkcjonalności, dostępne jedynie w systemie BACKEYE 360 nie zapewniają Zamawiającemu realnych korzyści. W szczególności, nie gwarantuje on zapewnienia odpowiednio szczegółowego obrazu z każdej strefy. Zastosowanie w tym systemie obiektywów ultra szerokokątnych (tzw. „rybie oko”) sprawia, że przekazywany z kamer obraz jest rozciągnięty, zagięty i mało wyraźny. Ponadto materiał video na łączeniach obrazu z kamer - w przypadku, gdy pojawi się tam jakiś obiekt - staje się zaburzony (pojawiający się obiekt zostaje rozciągnięty na materiał video z dwóch kamer), a tym samym nieczytelny. Ponadto taki model zapisu video wiąże się ze znacznym zwiększeniem jego objętości (blisko czterokrotnym) co znacznie podwyższa koszty obsługi systemu. Bardziej czytelny byłby obraz rejestrowany przez standardowy system monitoringu, oparty o 4 kamery, które byłyby zamontowane z przodu, tyłu oraz na obu bokach pojazdu. Dzięki wykorzystaniu takiego systemu uzyskiwany jest czytelny materiał video z każdej części pojazdu - i taki materiał może stanowić realny materiał dowodowy na potrzeby kontroli świadczenia usługi odbioru odpadów. Tego typu rozwiązanie jest oferowane na rynku przez wielu dostawców - i jego zastosowanie pozwoli uniknąć utrudnienia konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący 1 wskazał, że aktualnie nie jest możliwe zaoferowanie systemu spełniającego wymóg określony w rozdziale XVII pkt 5 SWU, dotyczący umożliwienia przez system anonimizacji zarejestrowanych w materiale video osób i pojazdów. Aktualnie nie istnieje na rynku system, który by zapewniał taką anonimizację. Anonimizacja obrazu udostępnianego w trybie rzeczywistym (rozdział XVII pkt 2 SWU) wiązałaby się z koniecznością zapewnienia specjalistycznego oprogramowania oraz sprzętu komputerowego dysponującego ogromną mocą obliczeniową - a żaden z dostawców systemów monitorowania takimi zasobami nie dysponuje. Ewentualna anonimizacja obrazu mogłaby być dokonywana - zgodnie z informacją uzyskaną od dostawców systemów monitorujących - już po zarejestrowaniu materiału w trybie doraźnego jego przetworzenia w oznaczonym przez użytkownika zakresie. Tego rodzaju przetwarzanie obrazu nie zapewniałoby jednak pełnej anonimizacji nagrania przed jego udostępnieniem Zamawiającemu, a nadto wiązałoby się z ingerencją w zapisany obraz - co zgodnie z treścią pkt 10 w rozdziale XVII SWU jest niedopuszczalne. Mając na uwadze powyższe, celowe jest nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 10 z rozdziału XVII SWU.

W zakresie zarzutu 6. Odwołujący 1 wskazał, iż za niezgodne z prawem winno zostać uznane zawarte w § 18 Projektu Umowy postanowienie. Odwołujący 1 podniósł, iż świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia jest usługą, do której zastosowanie będą miały

przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu (art. 750 k.c.). Przepisy k.c. nie przewidują stosowania rękojmi przy umowie zlecenia - co jest uzasadnione przede wszystkim specyfiką stosunku zlecenia. Przy tego rodzaju świadczeniu usługodawca nie jest zobowiązany do osiągnięcia z góry określonego i zindywidualizowanego rezultatu (wykonania dzieła). W orzecznictwie wskazuje się, że dzieło musi istnieć w postaci postrzegalnej, pozwalającej nie tylko odróżnić je od innych przedmiotów, ale i uchwycić istotę osiągniętego rezultatu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 4 listopada 2015 r. sygn. akt III AUa 844/15). Istotny jest także czasowy aspekt dzieła i jego powtarzalność, na co uwagę zwrócił Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 4 listopada 2015 r. sygn. akt III AUa 875/15, w którym uznał, że stosunek prawny wynikający z umowy o dzieło nie ma charakteru zobowiązania trwałego (ciągłego), lecz stanowi zobowiązanie do świadczenia jednorazowego i to po obu stronach stosunku zobowiązaniowego.

Jednocześnie w orzecznictwie sądowym eksponuje się, jako jeden z najbardziej skutecznych sposobów na odróżnienie od siebie umów o dzieło i zlecenia, tzw. test rękojmi. Polega on na możliwości poddania dzieła testowi na istnienie wad. Jeżeli taki test można przeprowadzić, oznacza to, że analizowana umowa ma charakter umowy o dzieło. W przypadku natomiast, gdy test rękojmi nie jest możliwy do wykonania, umowa ta ma charakter umowy zlecenia. Stosowanie tego argumentu potwierdził m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 maja 2013 r. sygn. akt III AUa 987/12.

Zdaniem Odwołującego 1 powyższe jednoznacznie wskazuje, że istotą umowy zlecenia jest to, że nie powstaje w wyniku jej wykonania rezultat, który mógłby zostać poddany ocenie z punktu widzenia odpowiedzialności za wady. Tym samym, nie jest możliwe stosowanie do umowy zlecenia (umowy o świadczenie usług) odpowiedzialności z tytułu rękojmi, skoro brak jest w takiej umowie elementu, który mógłby pod kątem istnienia wad (czy to wad fizycznych, czy też prawnych) być oceniany.

W tej okoliczności zapis § 18 Projektu Umowy dotyczący udzielenia przez Wykonawcę rękojmi na przedmiot umowy jest nieprawidłowy, skoro przedmiot Umowy nie poddaje się ocenie w zakresie istnienia ewentualnych wad fizycznych lub prawnych. Celowe jest zatem nakazanie Zamawiającemu wykreślenie przedmiotowego zapisu z Projektu Umowy, aby usunąć wszelkie wątpliwości co do zasad odpowiedzialności wykonawcy z tytułu wykonywania przedmiotu zamówienia.

Konsekwentnie, modyfikacji powinien ulec zapis § 17 ust. 5 Projektu Umowy w taki sposób, aby przewidywał on zwrot 100 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go za należyte wykonane (bez zatrzymywania jakiegokolwiek części na zabezpieczenie nieistniejących roszczeń z tytułu „rękojmi”).

W zakresie zarzutu 7. Odwołujący 1 przedstawił szeroki wywód prawny oraz

orzecznictwo dotyczące problematyki kar umownych. Wskazał, iż na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający przewidział niezwykle szeroki katalog okoliczności skutkujących możliwością naliczenia kar umownych wobec Zamawiającego. Katalog ten składa się w sumie aż ze 180 przesłanek, których znaczna część swym zakresem obejmuje cały szereg okoliczności faktycznych, w wielu przypadkach określonych nieprecyzyjnie. W praktyce każde naruszenie przez wykonawcę któregokolwiek z postanowień umowy w sprawie zamówienia oraz każde naruszenie zapisów SWU stwarzać będzie po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia wysokich kosztów kar umownych. Nie kwestionując - co do zasady - uprawnienia Zamawiającego do określenia tak szerokiego katalogu kar umownych naliczanych wobec wykonawcy (przy jednoczesnym braku przewidzenia chociażby jednego przypadku, w którym karę umowną mógłby naliczyć Wykonawca) wskazać należy, że w okolicznościach niniejszego Postępowania ów katalog kar umownych został określony w taki sposób, że obciąża wykonawcę ogromnym ryzykiem (niewspółmiernym do charakteru prowadzonego postępowania), którego rzeczywisty zakres oraz rozmiar jest na etapie sporządzania oferty niemożliwy do przewidzenia. Powyższe wynika co najmniej z trzech powodów: 1) z określenia wysokości kar umownych na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody Zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone, co przy jednoczesnym określeniu niezwykle szerokiego ich katalogu stwarza po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia straty niewspółmiernej do ewentualnych uchybień w realizacji Umowy oraz szkody, która mogłaby być przez Zamawiającego poniesiona, 2) z przewidzenia kar umownych naliczanych w przypadkach, które mogą zaistnieć pomimo dołożenia przez Wykonawcę należytej staranności, 3) z braku oznaczenia maksymalnej wysokości, w jakiej kary mogą zostać na Wykonawcę nałożone.

W ocenie Wykonawcy, wobec takiego ukształtowania treści umowy potencjalna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający jest uprawniony obciążyć Wykonawcę, może przekroczyć wysokość całego wynagrodzenia wypłacanego Wykonawcy i to nawet w przypadku, jeśli świadczenie Wykonawcy w znacznej części zostanie wykonane należycie.

Odwołujący 1 wskazał, że w świetle przedstawionego kryterium kary zapisane przez Zamawiającego w postanowieniach

- a) § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy,
- b) § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy,
- c) § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy,
- d) § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy,
- e) § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy,
- f) § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy,
- g) § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy,

- h) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. bb) Projektu Umowy,
- i) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. n) Projektu Umowy,
- j) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o) Projektu Umowy
- k) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy
- l) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy;
- m) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy;
- n) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy,
- o) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. s) Projektu Umowy,
- p) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. k) Projektu Umowy,
- r) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy,
- s) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) Projektu Umowy

niewątpliwie mają charakter kar rażąco wygórowanych. Ich wysokość została ustalona w całkowitym oderwaniu od potencjalnej wartości szkody, jaką może ponieść Zamawiający w związku z okolicznościami ujętymi w tych postanowieniach.

I tak:

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) i f) Projektu Umowy dotyczy przypadku niedostarczenia oświadczenia potwierdzającego wypełnienie obowiązku dostarczenia harmonogramów na teren nieruchomości jednorodzinnych, za każdy przypadek i za każdy dzień - co oznacza, biorąc pod uwagę dużą liczbą nieruchomości, do których harmonogramy muszą zostać doręczone, że potencjalna kara w przypadku opóźnienia w przekazaniu harmonogramu wynoszącego zaledwie jeden dzień może być bardzo wysoka - niewspółmiernie wyższa od potencjalnej szkody, jaką może ponieść w tym przypadku Zamawiający (w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że możliwa jest sytuacja, w której wykonawca przekaze harmonogram do nieruchomości, a jedynie nie dostarczy oświadczenia Zamawiającemu (dostarczy go z opóźnieniem),
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy w wysokości 1000 zł za w przypadku niedostarczenia i/lub nieudostępnienia Zamawiającemu w tym na Wirtualnym Dysku, któregośkolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych określonych w SWU, za każdy element i za każdy dzień - kara ta potencjalnie, w zależności od liczby nie przekazanych dokumentów bądź niezawartych elementów, może kumulować się do ogromnej wysokości (biorąc pod uwagę liczbę elementów zwartych w rozdziale XX SWU), zupełnie nieproporcjonalnej do poniesionej przez Zamawiającego szkody,
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów ID do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 10 000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką) a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 6

lit. b) Projektu Umowy - co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery ID nie zostały przypisane do MGO,

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów Transponderów zamontowanych w pojemnikach do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 10 000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką) a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy - co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery Transponderów nie zostały przypisane do MGO,

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania do wykazu adresów nieruchomości informacji o MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 30 000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką) a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy - co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że do wykazu adresów nieruchomości nie zostały przypisane informacje o MGO, sumarycznie kary przewidziane w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a), c) i d) - w przypadku opóźnienia w przypisaniu w systemie danych dotyczących zarówno numerów ID MGO, Transponderów i adresów nieruchomości (co często może być powiązane) mogą wynieść aż 50 000,00 zł za każdy dzień opóźnienia, co w przypadku trwania opóźnienia w okresie jednego miesiąca może skutkować naliczeniem kary na poziomie aż 1 500 000,00 zł. Tak wysoką karę trudno uznać za uzasadnioną możliwością wystąpienia jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego (w szczególności w przypadku, gdy pomimo zaistnienia tego rodzaju opóźnienia usługa odbioru odpadów będzie realizowana należycie: a jedynym powodem opóźnień będą względy techniczne, leżące przykładowo po stronie dostawcy systemu); biorąc pod uwagę fakt nieprecyzyjnego rozliczenia podstaw naliczenia ww. kar z karami ujętymi odpowiednio w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b), d) i f) i ryzyko ich kumulacji z ww. karami potencjalna kara z tego tytułu może być jeszcze wyższa (i to wyższa w sposób znaczący) - prowadząc do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego,

- przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy kara za niedostarczenie wycień chociażby w jednej z form przewidzianych przez Zamawiającego jest karą bardzo wysoką (5 000,00 zł) i całkowicie oderwaną od potencjalnej szkody Zamawiającego - Zamawiający nie poniesie żadnej szkody w przypadku niewielkiego opóźnienia w przekazaniu ww. wycień, a naliczona kara będzie prowadziła wyłącznie do jego wzbogacenia; jak wynika z literalnego brzmienia kwestionowanego zapisu kara ta - co należy podkreślić - może być naliczona nawet wówczas, gdy Wykonawca przedstawi wyczenia, ale tylko w jednej formie (elektronicznej albo pisemnej) - a wówczas trudno będzie mówić o powstaniu jakiegokolwiek uszczerbku po stronie Zamawiającego,

- analogiczne względy przemawiają za uznaniem za rażąco wygórowaną kary umownej określonej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy (2 000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z rozdziałem XXI pkt 3 SWU) - dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nie jest jasne, do jakich dokumentów referuje przedmiotowe postanowienie - bowiem pkt 3 w rozdziale XXI wspomina o sprawozdaniach oraz „dokumentach dotyczących poziomów ograniczania masy odpadów, poziomów recyklingu przygotowania do ponownego użycia i odzysku” - bez jednoznacznego precyzowania (w tym punkcie), jakie są to dokumenty, co biorąc pod uwagę naliczanie kary „za każdy przypadek” otwiera pole do interpretacji zapisu, narażając wykonawcę na zwielokrotnienie ww. kary w zależności od tego, ile dokumentów w danym przypadku wykonawca przekaze z opóźnieniem);
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. bb) Projektu Umowy ustalona została w oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego - trudno bowiem mówić o szkodzie wynikającej z tego, że dany pojazd nie został oznaczony dokładnie tak, jak tego w danym przypadku wymagał Zamawiający; w szczególności należy mieć na uwadze fakt, że ewentualne niezgodności w oznakowaniu takiego pojazdu, jeśli będą trwały przez okres jednego miesiąca, będą uprawniały do naliczenia przez Zamawiającego kary na poziomie 300 000 zł - a więc potencjalnie nawet więcej niż wynosi wartość takiego pojazdu;
- kara umowna przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy dotyczy nieprzywrócenia dostępu do systemu wizyjnego monitorowania pojazdów i wynosi 5 000,00 zł za każdy przypadek i za każdy dzień - co daje podstawę przypuszczać, że w przypadku odmiennych jakościowo awarii tego systemu, w szczególności awarii w różnych pojazdach kara ta będzie zwielokrotniana i potencjalnie może być okazać się bardzo wysoka; nadto kara ta pozostaje w całkowitym oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego (trudno jest stwierdzić, aby taka szkoda po stronie Zamawiającego w związku z czasowym brakiem dostępu do sygnału wizyjnego z jednego pojazdu odbierającego odpady zbliżyła się choć trochę do poziomu 5 000,00 zł dziennie; podkreślenia również wymaga, że zupełnie niezrozumiała jest sytuacja, w której Zamawiający z jednej strony wymaga dostarczenia konkretnego systemu monitoringu BACKEYE 360 (nie dając wykonawcy nawet możliwości wyboru dostawcy), z drugiej strony za błędy w jego działaniu obciąża wykonawcę i to w wysokości tak wysokiej, jak przewidział to Zamawiający,
- kary przewidziane § 15 ust. 2 pkt 12 lit. n), o), p) i q) Projektu Umowy za nienależyte wykonanie obowiązków związanych z systemem monitoringu wizyjnego (5 000 zł za każdy przypadek, za każdy dzień) lub za nieprzywrócenie - kara ta również pozostają w całkowitym oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego (trudno jest stwierdzić, aby taka szkoda po stronie Zamawiającego w związku z czasowym brakiem dostępu do sygnału wizyjnego z jednego pojazdu odbierającego odpady zbliżyła się choć trochę do poziomu 5 000,00 zł

dziennie; podkreślenia również wymaga, że zupełnie niezrozumiała jest sytuacja, w której Zamawiający z jednej strony wymaga dostarczenia konkretnego systemu monitoringu BACKEYE 360 (nie dając wykonawcy nawet możliwości wyboru dostawcy), z drugiej strony za błędy w jego działaniu obciąża wykonawcę i to w wysokości tak wysokiej, jak przewidział to Zamawiający, dodatkowo kary te mogą w wielu przypadkach wynikać z tożsamyh okoliczności (awarii, braków wyposażenia), co może prowadzić do ich zwielokrotniania lub kumulowania;

- przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kara umowna za każdy przypadek braku czytelności zapisu (500 zł) może być naliczana za każdą kamerę i za każdy dzień, co oznacza, że brak czytelności zapisu z jednego pojazdu wiąże się z potencjalną karą w wysokości 2 500 zł (5 kamer); kara podobnie jak uprzednio wymienione, abstrahuje od wysokości szkody Zamawiającego, ponadto zdaniem Wykonawcy obraz z systemu wymaganego przez Zamawiającego (BACKEYE) co do zasady może być nieczytelny (jak zostało wskazane we wcześniejszej części odwołania), co stwarza ryzyko częstego naliczania tego rodzaju kary przez Zamawiającego,

- przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kara umowna za każdy przypadek niewyposażenia pojazdu w sygnał cofania pojazdu spełniający wymagania określone w rozdziale XVII pkt 16 - za każdą niezgodność - jest zupełnie nieadekwatna do potencjalnej szkody Zamawiającego i może się kumulować w przypadku uznania przez Zamawiającego, że sygnał ten nie spełnia kilku wymogów określonych w SWU może być kumulowana - co przy dłuższym okresie jej naliczania może prowadzić do naliczenia kary wyższej, niż wartość pojazdu.

Odnośnie ustalenie kar naliczanych za przepełnienie pojemników oraz za brak ponowienia usługi w przypadku niewystawienia pojemnika przez właściciela Odwołujący 1 wskazał, że sprzeczne z naturą stosunku prawnego i obciążające wykonawcę nadmiernym oraz niemożliwym do skalkulowania ryzykiem są kary umowne przewidziane za dopuszczenie do przepełnienia się pojemników. Wskazać bowiem należy, że usługa odbioru odpadów jest umową starannego działania, w której wykonawca jest zobowiązany dołożyć należytej staranności i odbierać odpady zgodnie z wcześniej ustalonym harmonogramem. Świadczenie wykonawcy nie polega na stałym monitorowaniu każdego z tysięcy pojemników na odpady (technicznie nie byłoby to wykonalne) oraz wysyłaniu pojazdu odbierającego odpady w przypadku jego zapelnienia w określonym stosunku, lecz regularny odbiór odpadów (połączony oczywiście z możliwością stosownego zwiększenia częstotliwości odbioru w sytuacji, gdy pojemniki regularnie się przepełniają). Wykonawca nie jest w stanie w wielu przypadkach przewidzieć zapelnienia się pojemników, bowiem owo zapelnianie często następuje w sposób nieliniowy i nie dający się przewidzieć (i tym samym nie dający podstawy do zaplanowania przez wykonawcę z odpowiednim wyprzedzeniem dodatkowego kursu

pojazdu odbierającego odpady). Często zdarzają się sytuacje, w której mieszkańcy (np. w związku z remontem, wymianą mebli bądź urządzeń bądź otrzymaniem dostawy wyposażenia mieszkania) jednorazowo wyrzucają większą ilość odpadów do jednego pojemnika, co może prowadzić do jego szybkiego zapełnienia. Karanie wykonawcy za wystąpienie takiej sytuacji musi być uznane za sprzeczne z naturą zobowiązania wykonawcy oraz z zasadami współżycia społecznego, bowiem taka sytuacja może nastąpić nawet pomimo dochowania przez wykonawcę należytej staranności (w tym staranności najwyższej). W związku z powyższym, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ww. kar z Projektu Umowy.

Za nieuzasadnione należy uznać również karanie wykonawcy za niedokonanie ponownego odbioru w przypadku np. niewystawienia pojemnika przez właściciela lub zarządcę nieruchomości. Sytuacje tego rodzaju nie są możliwe do przewidzenia i oznaczają obciążenie wykonawcy kosztami dodatkowego odbioru i przeorganizowania sposobu świadczenia usługi (często przez wysłanie dodatkowego pojazdu bądź zmianę tras odbioru odpadów). Z tej przyczyny zasadne będzie nakazanie Zamawiającemu wykreślenie również kary przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. gg) Projektu Umowy.

Odnosnie zarzutu 8. Odwołujący 1 wskazał, że w § 15 ust. 2 Projektu Umowy Zamawiający ustanowił cały szereg kar umownych, których wysokość będzie ustalana jako iloczyn oznaczonej sumy (wskazanej kwotowo) liczby dni, w których trwało opóźnienie lub stan „naruszenia” obowiązków umownych. Dla żadnego z tych przypadków Zamawiający nie określił końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy karą umowną w nieokreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego.

Odwołujący 1 przywołał na potwierdzenie prezentowanego stanowiska wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 października 2015 r. IV CSK 687/14; Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2017 r. IV CSK 511/16; wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 5 października 2017 r. I ACa 411/17; wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 15 lutego 2018 r. I ACa 872/17. Uzasadniał, że orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące zasad formułowania kar umownych udziela dokładnych wytycznych co do kształtowania wysokości kar umownych. Sąd Najwyższy stoi w tym zakresie na stanowisku, że „sformułowanie art. 483 § 1 KC dopuszczające zastrzeżenie kary umownej w „określonej sumie” w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że kara ta powinna być w chwili zastrzegania wyrażona kwotowo. Dopuszczalne byłoby posłużenie się innymi miernikami wysokości, np. ułamkiem wartości rzeczy, albo ułamkiem innej sumy (wartości kontraktu) jeżeli ustalenie kwoty byłoby tylko czynnością arytmetyczną, natomiast przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalanie

w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 KC i stanowiłoby inną czynność prawną” (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2007 r. I CSK 420/06), a „określenie kary umownej może nastąpić przez wskazanie kryteriów, dzięki zastosowaniu których, możliwe będzie wskazanie sumy, jaką dłużnik zobowiązany będzie zapłacić wierzycielowi.” (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r. II CSK 428/07). Tezę tę rozwinął Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 października 2017 r. sygn. akt XVIII C 773/17. Odwołujący 1 przywołał również na potwierdzenie własnego stanowiska wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 20 lutego 2017 r. sygn. akt XIII Ga 748/16.

Odwołujący 1 wskazał, iż w przypadku naliczania przedmiotowych kar umownych w dłuższym okresie czasu znaczna ich część może w konsekwencji okazać się karami rażąco wygórowanymi. W sytuacji np. braku zwrócenia przez Zamawiającego uwagi Wykonawcy na określone uchybienia (np. wyposażeniu pojazdów odbierających odpady czy w działaniu systemów bądź oznakowaniu pojemników lub pojazdów), które istniały od początku realizacji zamówienia, Zamawiający mógłby po upływie np. kilkunastu miesięcy naliczyć kary sięgające kilku milionów złotych. W konsekwencji, w stanie faktycznym sprawy brak oznaczenia przez Zamawiającego kwoty bądź terminu, do których przewidziane w § 15 ust. 2 Projektu Umowy kary umowne naliczane jako iloczyn określonej kwoty i jednostki czasu (liczby dni) miałyby być naliczane, musi być uznany za sprzeczne z art. 483 k.c. (z uwagi na brak wskazania „określonej sumy”), a nadto jako naruszający zasady współzycia społecznego oraz sprzeczny z naturą zobowiązania.

W zakresie zarzutu 9. Odwołujący 1 wskazał na postanowienia rozdziału III pkt 12 SIWZ, rozdziału XVI pkt 6 SWU, § 8 ust. 3 pkt 18 projektu umowy, rozdziału III pkt 5 SWU, rozdziału XVI SWU. Uzasadniał, że żaden z przepisów dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego nie nakłada na Wykonawcę obowiązku udzielania odpowiedzi na reklamacje/wnioski/uwagi/ zastrzeżenia bezpośrednio mieszkańcowi/zgłaszającemu. Wykonawca rozpoznając reklamacje/ wnioski/ uwagi/ zastrzeżenia nie musi dysponować tak szerokim zakresem danych osobowych jakiego Zamawiający planuje powierzyć. Dla Wykonawcy wystarczającym jest adres miejsca którego dotyczy reklamacja/ wniosek/ uwagi/ zastrzeżenia. Odwołujący 1 wskazywał, że zgodnie z RODO dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane („minimalizacja danych”). Nadmiarowa ilość danych osobowych przekazywanych przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 5 ust. 1 pkt c) RODO. Wobec powyższego - zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych jest zbędne i nieuzasadnione.

Następnie Odwołujący 1 wskazał, że zawarte w projekcie umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych postanowienie § 8 ust. 2 jest zbędne i nadmierowe.

Odwołujący 1 opracował oraz wdrożył w swojej organizacji dokumentację związaną z ochroną danych osobowych. Ponadto - zgodnie z art. 32 RODO - Odwołujący wdrożył odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, aby zapewnić odpowiedni stopień bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych. Dokumentacja ta jest jednak dokumentacją wewnętrzną Odwołującego, zawierającą także know how dotyczące zasad przetwarzania danych osobowych. Dodatkowo postanowienia projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zobowiązują Wykonawcę do spełnienia wymagań określonych w art. 32 RODO. Wobec powyższego, nałożenie na Wykonawcę obowiązku określonego w § 8 ust. 2 jest zbędne i nadmierowe. Odwołujący 1 zacytował fragment stanowiska GIODO wydanego na gruncie poprzednich przepisów – choć w ocenie Odwołującego zachowującego aktualność: <https://archiwum.giodo.gov.pl/pl/222/9906>.

Biorąc pod uwagę zasadę minimalizacji danych opisanych w art. 5 ust. 1 lit. c RODO postanowienie III pkt 12 SIWZ powinno zostać wykreślone. Alternatywnie, w przypadku wykazania przez Zamawiającego, że w toku realizacji zamówienia będzie miało miejsce powierzenie przetwarzania danych osobowych, celowe byłoby nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowanie zakwestionowanych postanowień projektu umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych poprzez ograniczenie rodzaju (zakresu) powierzonych danych osobowych oraz wykreślenie § 8 ust. 2 z umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Odwołujący 1 przedstawił również argumentację w ramach zarzutu 9 lit. c dotyczącą braku dostatecznego uzasadnienia dla wprowadzenia wymogu dotyczącego zapewnienia systemu monitoringu wizyjnego pojazdu – zarzut 9. w ww. zakresie został cofnięty przez Wykonawcę w toku rozprawy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 marca 2020 r. oświadczył, że uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, w zakresie zarzutu nr 3. Zamawiający wskazał, iż nie uznaje pozostałych zarzutów, tj. zarzutów 1, 2, od 4 do 9, zawartych w odwołaniu.

Sprawa o sygn. akt: KIO 403/20

W dniu 24 lutego 2020 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący 2” lub „ALBA”] wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4, art. 41 pkt 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji zamówienia;
2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, tj. uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. oraz w sposób nieuwzględniający konieczności dostosowania obowiązującego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia do przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która powinna nastąpić na początkowym etapie realizacji zamówienia, tj. do dnia 6 września 2020 r., a więc w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
3. art. 29. ust. 1 i 2 i art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3b ucpg poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu oraz art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 k.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w sytuacji gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Jednocześnie działanie takie narusza art. 7 ustawy Pzp, gdyż utrudnia konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;
4. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ i art. 487 § 2 k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należytą wycenę usługi;
5. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla

wykonawców, zakładających realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że częstotliwość odbioru odpadów dostosowana ma zostać do wymogu niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników na odpady komunalne powyżej 80% ich całkowitej pojemności oraz wprowadzenie obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 80% całkowitej pojemności i zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za naruszenie tego obowiązku;

6. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie wymogu zastosowania oprogramowania monitorującego pracę wagi wykonawcy, co stanowi obciążenie nieproporcjonalne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sposób zbędny ogranicza konkurencję rynkową i służy nieuzasadnionemu pozyskiwaniu tajemnic handlowych wykonawcy;

7. art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1, a także art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu sposobu przygotowania ofert poprzez zamieszczenie w rozdziale XIV pkt 10 i 11 SIWZ zapisów sprzecznych z istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozwalających Zamawiającemu na ingerencję w cenę ofertową wykonawcy;

8. art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie podstawy wykluczenia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

9. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności i przejrzystości przy formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

10. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów stawianych systemowi wizyjnego monitorowania pojazdów;

11. art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c., art. 487 § 2 k.c. oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy

i wprowadzenie do wzoru umowy zapisów dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, poprzez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą łączącego je stosunku. Jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert;

12. art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców poprzez przyjęcie w projekcie umowy, że możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 projektu umowy aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp;

13. art. 29 ust. 1 i 4 i art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, gdyż nie określono wymagań środowiskowych ani nie wskazano norm emisji spalin pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi;

14. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności przy formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie obowiązku każdorazowego ręcznego zatwierdzania odbioru odpadów gromadzonych w workach w systemie;

15. art. 29 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania

Zamawiającego wobec zaniechania określenia aspektów gospodarczych, społecznych i środowiskowych;

16. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę danej usługi;

17. art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, co skutkowało opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny i niedokładny w zakresie podanym szczegółowo w uzasadnieniu zarzutu, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę danej usługi i złożenie prawidłowej oferty;

18. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego;

19. art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jako że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób niedostateczny w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej;

20. art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów w sposób nieproporcjonalny.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy zgodnie z propozycją Odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu odwołania;

2. dokonania modyfikacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy w sposób, który pozwoli na

oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wejściem w życie nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia i należyte skalkulowanie oferty, względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia;

3. zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia.

Ponadto Odwołujący 2 wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. interpretacji Ministerstwa Środowiska z dnia 28 września 2017 r.;
2. tabeli określającej brak możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu.

Jednocześnie Odwołujący 2 wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutu 1. Odwołujący 2 podał, że w rozdziale II pkt 2 ppkt 7 ogłoszenia o zamówieniu nie wskazano daty początkowej terminu realizacji zamówienia, podając jedynie datę końcową, tj. 28.02.2023 r. W rozdziale III pkt 4 SIWZ określono natomiast, że czas trwania zamówienia to okres od dnia zawarcia umowy do dnia 28.02.2023 r. Z kolei w § 4 ust. 3 projektu umowy Zamawiający wskazuje, że wskaże termin rozpoczęcia świadczenia usługi w dniu zawarcia umowy, przy czym termin ten rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy. Sam Zamawiający nie jest więc konsekwentny w określeniu terminu rozpoczęcia realizacji usługi.

Odwołujący 2 podniósł, że obiektywnie niemożliwym jest rozpoczęcie realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z dniem podpisania umowy. Rozpoczęcie realizacji usługi wymaga podjęcia przez wykonawcę szeregu prac organizacyjnych i przygotowawczych umożliwiających mu realizację świadczenia. Przykładowo, zgodnie z rozdziałem II pkt 2 SWU wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki i worki najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi. Interpretacja pojęcia terminu realizacji zamówienia zgodnie z informacją podaną w rozdziale III pkt 4 SIWZ oznaczałaby, że Zamawiający wymaga, by wykonawca podstawiał pojemniki jeszcze przed podpisaniem umowy kreującej zobowiązanie stron. Ponadto w myśl rozdziału II pkt 1 SWU Zamawiający wymaga od wykonawcy przeprowadzenia konsultacji z właścicielami nieruchomości w celu pozyskania informacji dotyczących miejsc ustawienia pojemników i gromadzenia odpadów, niezbędnych liczb pojemników i worków, częstotliwości odbioru odpadów, rodzajów pojemników i worków,

pojemności pojemników. Przeprowadzenie tych konsultacji również wymaga czasu. W rozdziale III pkt 6 ppkt 1 lit a) SWU Zamawiający wskazuje z kolei, że obowiązkiem wykonawcy związanym z harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków jest opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu w terminie do 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, jednakże nie później niż do dnia rozpoczęcia realizacji usługi rocznego Harmonogramu opróżnień pojemników i odbioru worków od właścicieli nieruchomości zgodnie z załącznikiem nr 8.

Odwołujący 2 wniósł o precyzyjne określenie przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia, w szczególności terminu rozpoczęcia realizacji usługi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Informacja w tym zakresie jest niezwykle istotna dla wykonawców, którzy muszą dysponować w określonych ramach czasowych zasobami ludzkimi i technicznymi umożliwiającymi realizację zamówienia. Z treści dokumentacji przetargowej nie sposób jednoznacznie wywnioskować, na jaki okres Zamawiający zamierza udzielić zamówienia, nie wskazano w niej bowiem ani liczby miesięcy, na jaką planuje się udzielić zamówienia, ani szacunkowej daty podpisania umowy. Nie jest jasne, czy Zamawiający będzie dysponował, a jeżeli tak, to jakim czasem na podjęcie szeregu niezbędnych czynności organizacyjno-technicznych, które muszą być podjęte przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi. Niewskazanie początkowego okresu realizacji zamówienia uniemożliwia wykonawcom oszacowanie oferty i jej przygotowanie. Znajomość dokładnych terminów realizacji zamówienia jest kluczowa dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego przy podejmowaniu decyzji, czy w ogóle przystępować do danego postępowania. Takie działanie Zamawiającego, uniemożliwiające przygotowanie się do realizacji zamówienia z należytym wyprzedzeniem, godzi w zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu precyzyjnego wskazania w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu czasu, na jaki ma być udzielone zamówienie, w szczególności wskazanie okresu początkowego realizacji usługi w przedmiotowym postępowaniu poprzez określenie okresu pomiędzy podpisaniem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług przez wykonawcę, przy czym okres ten powinien być nie krótszy niż 30 dni. Odwołujący 2 wnioskował także, o nakazanie Zamawiającemu podania w SIWZ przewidywanego terminu podpisania umowy.

Odnosnie zarzutu 2. Odwołujący przywołał brzmienie § 3 ust. 1 pkt 3 oraz § 8 ust. 1 projektu umowy. Wskazał, że obecnie w Gminie Wrocław obowiązuje regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia przyjęty uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. Z uwagi na nowelizację przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, na mocy ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, tj. na podstawie art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. Rada gminy jest

obowiązana dostosować uchwały wydane przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej ucpg w terminie 12 miesięcy od dnia jej wejścia w życie. Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. weszła w życie 6 września 2019 r., więc Zamawiający winien dostosować Regulamin do dnia 6 września 2020 r.

Uzasadniał, iż przedmiotowe zamówienie ma być realizowane na przestrzeni kilku lat, a mianowicie do dnia 28.02.2023 r. Z tego względu zasadnym jest, by Zamawiający określił w SIWZ, w jakim zakresie planuje wprowadzić zmiany w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Informacja w tym przedmiocie ma istotne znaczenie dla należytej kalkulacji oferty wykonawcy. Zmiany są bowiem nieuniknione, a ich wprowadzenie stanowi realizację ustawowego obowiązku spoczywającego na Zamawiającym. O ile część zmian postanowień Regulaminu będzie miała charakter obligatoryjny (np. poszerzenie kategorii odpadów zbieranych w Punktach Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych) i wykonawca jest w stanie w tym zakresie należycie skalkulować cenę, opierając się na obowiązujących już przepisach ustawowych, o tyle możliwość wprowadzenia szeregu rozwiązań mających istotny wpływ na realizację przedmiotu umowy i treść świadczenia strony ustawodawca pozostawił w wyłącznej gestii poszczególnych gmin. W sytuacji gdy jest wiadome, że zasady świadczenia usługi zostaną zmienione w początkowej fazie realizacji zamówienia, konieczne jest, by Zamawiający wskazał w SIWZ najistotniejsze kwestie związane z wprowadzeniem nowego Regulaminu. Odwołujący wnosi o to, by Zamawiający określił, czy w związku z koniecznością wprowadzenia zmian w obowiązującym Regulaminie:

- planowane są zmiany w zakresie częstotliwości odbioru poszczególnych frakcji odpadów;
- planowane jest wprowadzenie obowiązku selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b ucpg, w szczególności odrębnej zbiórki odpadów kuchennych i odpadów zielonych;
- planowane są zmiany w zakresie: rodzaju i minimalnej pojemności pojemników lub worków, przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych na terenie nieruchomości, w tym na terenach przeznaczonych do użytku publicznego oraz na drogach publicznych, warunków rozmieszczania tych pojemników i worków oraz utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym;
- planowane jest określenie warunków uznania, że odpady, o których mowa w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a i b. oraz ust. 2a pkt 1 ucpg są zbierane w sposób selektywny;
- planowane są zmiany w zakresie innych postanowień Regulaminu mających wpływ na zakres lub sposób realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem.

Wprawdzie w § 19 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sytuacji zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia stron, to jednak dla wykonawcy nie jest jasne, na jakich zasadach zmiany te

będą przeprowadzane. W szczególności wątpliwości wykonawcy rodzi problematyka dopuszczalności zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku z wprowadzeniem zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia strony, w tym wprowadzenia zmian w Regulaminie. Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 8 SIWZ Zamawiający przewiduje możliwości zmian ceny ofertowej brutto w sytuacjach wymienionych w § 19 projektu umowy, przy czym wprost przewidziano w nim możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 jedynie w przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, i to wyłącznie po uprzednio przeprowadzonych negocjacjach (zob. § 19 ust. 3 projektu umowy). Wykonawca chciałby mieć jasność, że określenie „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. W innym przypadku bowiem w cenie ofertowej wykonawca - wobec niepewności związanej z zakresem zmian w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia - obowiązany jest skalkulować ryzyko związane z uchwaleniem nowego Regulaminu w sposób zakładający pokrycie wszelkich możliwych kosztów realizacji usługi zgodnie z nowym - nieznanym jeszcze stanem prawnym, co w znaczący sposób zawyży cenę ofertową w stosunku do sytuacji, gdyby ryzyka związane z realizacją zamówienia wynikające z uchwalenia nowego Regulaminu były znane wykonawcy na etapie składania ofert. Jest to działanie stanowiące przejaw arbitralnego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszające zasadę uczciwej konkurencji. Nie jest bowiem dopuszczalne, by Zamawiający kształtował postanowienia przyszłej umowy w sposób, który narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia praw podmiotowych przysługujących Zamawiającemu.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia.

1) rozdział II pkt 5 ppkt 1 i 2 SWU oraz rozdział III pkt 1 ppkt 5 SWU

Odwołujący 2 przywołał brzmienie rozdziału II pkt 5 ppkt 1 SWU i wskazał, że wymóg ten stoi w sprzeczności z przepisami Regulaminu, który w § 6 pkt 4 posługuje się określeniem „odpady zielone” a nie „Bio-Zielone”. Tym samym również zapis w rozdziale III pkt 1 ppkt 5 SWU, przewidujący, że odpadami wymagającymi odbierania, transportu i zagospodarowania są bioodpady, jest niezgodny z obowiązującym Regulaminem, zgodnie z którym nie zbiera się bioodpadów, lecz odpady zielone. W tym względzie spodziewana jest nowelizacja Regulaminu, wynikająca z konieczności dostosowania Regulaminu do nowego brzmienia przepisów ucpg. Niemniej jednak w żadnym stopniu okoliczność ta nie umniejsza

uchybiecia Zamawiającego, który w żadnym punkcie SIWZ nie określił, jakie bioodpady i w jaki sposób mają być zbierane. Istotnym naruszeniem Zamawiającego jest brak określenia w SIWZ rodzaju bioodpadów, które stanowią przedmiot zamówienia. Jako że bioodpady stanowią drugi co do wielkości strumień odpadów komunalnych precyzyjna i jednoznaczna informacja w tym zakresie jest niezbędna, by wykonawca mógł w należyty sposób przygotować ofertę.

Zapisy SIWZ rodzą wątpliwości wykonawcy co do tego, jakiego rodzaju odpady mają być zbierane przez mieszkańców w workach, które mają zostać oznakowane jako „Bio-Zielone”, a jakie w pojemnikach koloru brązowego na bioodpady, które w myśl postanowienia zawartego w rozdziale II pkt 5 ppkt 2 lit b) SWU oznakowane mają zostać poprzez wskazanie nazwy zbieranej frakcji odpadów zgodnie z Regulaminem. Wątpliwości wykonawcy w tym zakresie wynikają z przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz ucpg oraz interpretacji Ministerstwa Środowiska z dnia 28 września 2017 r. W przepisach powszechnie obowiązujących nie zostało zdefiniowane pojęcie „odpadów biozielonych”, którym posługuje się Zamawiający. Odwołujący 2 wskazał na definicję bioodpadów zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach oraz na definicję odpadów zielonych zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 12 ustawy o odpadach. Najszerszą grupą, zawierającą w sobie bioodpady, w tym odpady kuchenne i odpady zielone, jest kategoria odpadów ulegających biodegradacji, którymi w świetle art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach są odpady, które ulegają rozkładowi tlenowemu lub beztlenowemu przy udziale mikroorganizmów. Odwołujący 2 przywołał także brzmienie art. 4 ust 2 pkt 1 lit. a ucpg.

Oznaczenie brązowych pojemników i worków w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ uzasadnia interpretację, że Zamawiający przewiduje zbieranie w workach wyłącznie odpadów z ogrodów, parków i cmentarzy (liście, drobne gałęzie, skoszona trawa, kwiaty) i nie dopuszcza zbierania w nich odpadów kuchennych, podczas gdy przewiduje łączne zbieranie tych kategorii odpadów w pojemnikach. Sugeruje to także wzór ulotki zawierającej informacje kierowane do mieszkańców w zakresie rocznego harmonogramu odbioru odpadów, gdyż ulotka ta określa także sposób zbierania odpadów (zob. załącznik nr 9). Określony przez Zamawiającego w SIWZ sposób odbioru bioodpadów jest niezgodny z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Stosownie do dyspozycji przepisu art. 4 ust. 2a pkt 2 ucpg gmina ma ustanowić zbieranie odpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy odrębnie od innych bioodpadów stanowiących odpady komunalne albo łączne ich zbieranie. W takim rozumieniu funkcjonują 2 systemy odbioru bioodpadów równocześnie w jednym gospodarstwie domowym, ponieważ powstają 2 frakcje bioodpadów - bioodpady zmieszane i bioodpady tylko zielone. Wykonawca nie może odbierać łącznie tych dwóch kategorii odpadów ze względu na zakaz mieszania selektywnie zebranych odpadów.

Równocześnie, ze względu na specyfikę obszaru objętego zamówieniem, część właścicieli nieruchomości zamieszkująca w zabudowie wielorodzinnej nie będzie generować odpadów zielonych (z uwagi brak terenów zielonych, ogródków, itp.), więc w pojemnikach na odpady będą gromadzone z bardzo dużym prawdopodobieństwem tylko odpady kuchenne. Tym samym powstaje 3 frakcja bioodpadów - odpady kuchenne. Taki system, tj. odbiór 3 frakcji odpadów w ramach „bioodpadów” (tj. odpadów zielonych, kuchennych i „zmieszanych bioodpadów”, czyli zbieranych łącznie kuchennych i zielonych) jest nie tylko bardzo trudny do prawidłowej obsługi, lecz równocześnie bardzo drogi i nieprzejrzysty dla mieszkańców. Jednakże Odwołujący po wnikliwej lekturze opisu przedmiotu zamówienia, nie ma pewności co do tego, czy jego interpretacja opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu prowadzenia zbiórki bioodpadów pokrywa się z wymogami rzeczywiście stawianymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pismem Ministerstwa Środowiska, Departament Gospodarki Odpadami z dnia 28 września 2017 r. ze względu na budowę prawidłowego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi za zasadne uznać należy oddzielne zbieranie odpadów zielonych i kuchennych. Zalecane jest zbieranie poszczególnych kategorii bioodpadów oddzielnie ze względu na większe możliwości ich zagospodarowania. Odpady kuchenne mogą być przekazane do biogazowni i wykorzystane do produkcji energii elektrycznej, a odpady zielone do kompostowni. „Bioodpady zmieszane” (zbierane łącznie kuchenne i zielone) nie mogą być przekazane do biogazowni, a ich kompostowanie może być niemożliwe ze względu na potencjalną zawartość odpadów zwierzęcych w odpadach kuchennych („resztki jedzenia”). Potwierdzają to także przepisy rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, zgodnie z którym odpady kuchenne ulegające biodegradacji zbierane są pod kodem 20 01 08, zaś ulegające biodegradacji odpady z ogrodów i parków (w tym z cmentarzy) pod kodem 20 02 01. Podkreślić należy, że oddzielne zbieranie tych kategorii odpadów jest istotne także z uwagi na konieczność osiągnięcia poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, które gmina jest obowiązana osiągnąć w poszczególnych latach, które zostały określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

Informacja o sposobie zbierania bioodpadów ma istotne znaczenie dla wykonawcy w kontekście prawidłowego sporządzenia oferty, gdyż wyłączenie do osobnego zbierania frakcji odpadów kuchennych w istotny sposób wpłynie na kształtowanie się strumienia odpadów zmieszanych, powodując jego zmniejszenie. Zgodnie z Raportem Politechniki Wrocławskiej „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław” odpadów kuchennych w odpadach zmieszanych jest około 28%.

Jednakże istotne znaczenie w tym względzie w kontekście należytego skalkulowania oferty ma także efektywność prowadzonej selektywnej zbiórki odpadów.

Precyzyjna i wyczerpująca informacja co do określonego przez Zamawiającego sposobu odbioru bioodpadów jest niezwykle istotna dla wykonawcy dla celów sporządzenia oferty także dlatego, że zgodnie z przepisem art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji, do których wykonawca przekazywać będzie odebrane odpady do zagospodarowania. Informacja o planowanym sposobie zbierania bioodpadów ma niezwykle istotny wpływ na wybór instalacji do zagospodarowania odpadów. Wskazać należy, że instalacja Zamawiającego przetwarzająca odpady zielone (Kompostownia Odpadów Zielonych, ul. Janowska 51, 54-067 Wrocław) nie przyjmuje do zagospodarowania odpadów zielonych w workach.

Z uwagi na powyższe Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący systemu zbierania bioodpadów zgodnego z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, co oznacza w obowiązującym stanie prawnym, że selektywna zbiórka obejmuje jedynie odpady zielone o kodzie 20 02 01. Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia obowiązku rozpoczęcia zbiórki bioodpadów po uchwaleniu nowego Regulaminu utrzymania czystości i porządku we Wrocławiu, nakładającego na właścicieli nieruchomości obowiązek zbiórki takich odpadów i wskazującego w sposób nie budzący wątpliwości zasady ich zbierania.

2) Odwołujący 2 wskazał, iż w rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU Zamawiający stawia wymóg w zakresie utrzymania pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym (z wyłączeniem pojemników stanowiących własność właściciela nieruchomości). Odwołujący 2 uzasadniał, iż w obowiązującym obecnie Regulaminie brak jest jakichkolwiek wymagań dotyczących sposobu mycia i dezynfekcji pojemników, oprócz wskazania, że powinno ono następować nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy (§ 11 Regulaminu). Informacja podana przez Zamawiającego w SIWZ co do częstotliwości mycia i dezynfekcji pojemników odnosi się wyłącznie do pojemników na bioodpady i nie określa, w jaki sposób odbywać ma się mycie i dezynfekcja pojemników. Odwołujący 2 podnosił, że sformułowanie użyte w rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU uzasadnia twierdzenie, że w znowelizowanym regulaminie znajdują się zapisy dotyczące mycia i dezynfekcji pojemników (np. co do środków chemicznych, które mogą być wykorzystywane w tym celu), które obecnie pozostają wykonawcom nieznane, co utrudnia należyte skalkulowanie oferty. Z tego względu Odwołujący 2 wniósł o doprecyzowanie SIWZ w tym zakresie (żądanie opisane poniżej).

3) rozdział III pkt 4 pkt 3 SWU - Odwołujący 2 wskazał, że w obecnie obowiązującym Regulaminie nie zostały określone wymagania dotyczące sposobu kontrolowania zawartości

pojemników i worków co do zgodności zbieranych w nich odpadów. W tym zakresie wykonawca nie jest więc w stanie należycie skalkulować oferty, gdyż nie wie, jakich czynności w zakresie tej kontroli będzie wymagał Zamawiający. Wykonawca nie jest w stanie oszacować czasu, jaki pracownikom wykonawcy zajmie kontrola zawartości pojemników i worków w jednym MGO w sytuacji gdy przez Zamawiającego nie zostały określone żadne kryteria, według których kontrola ta ma się odbywać. Przede wszystkim Odwołujący nie wie, czy tylko frakcje odpadów zbierane selektywnie będą podlegały kontroli, czy też obejmie ona także odpady zmieszane. Z tego względu Odwołujący wniósł o doprecyzowanie SIWZ w tym zakresie (żądanie opisane poniżej).

4) W rozdziale III pkt 4 SWU Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek weryfikacji, czy właściciel nieruchomości wywiązał się z obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem. Odwołujący podnosił, że w obecnie obowiązującym Regulaminie brak regulacji pozwalających na uznanie, kiedy obowiązek selektywnego zbierania odpadów uważa się za spełniony, a kiedy nie. Postanowienia SIWZ w tym zakresie są niejasne, nieprecyzyjne i nie pozwalają na właściwe skalkulowanie oferty. Z tego względu Odwołujący wniósł o doprecyzowanie SIWZ w tym zakresie (żądanie opisane poniżej).

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- określenia w SIWZ w sposób jednoznaczny i precyzyjny obowiązków właścicieli nieruchomości w zakresie spełnienia obowiązków selektywnego zbierania odpadów, umożliwiającego kontrolowanie zawartości pojemników na odpady komunalne;
- wskazania w SIWZ, jakie odpady mają być zbierane w poszczególnych pojemnikach/workach na dane frakcje, a jakich nie można wrzucać wraz z uwzględnieniem tzw. zmieszanych odpadów komunalnych;
- wskazania w SIWZ, że oprócz odpadów selektywnie zbieranych, kontroli podlegać mają również pojemniki na odpady zmieszane;
- wskazania w SIWZ, że na naklejkach na pojemnikach na odpady zmieszane określony będzie w sposób czytelny dla mieszkańców wyraźny zakaz gromadzenia tam odpadów surowcowych, takich jak papier, szkło, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, metal, itd.;
- wskazania w SIWZ postępowania wykonawcy, w przypadku kiedy w pojemnikach na odpady zmieszane znajdować się będą odpady surowcowe i inne odpady, które powinny być selektywnie zbierane - np. brak odbioru odpadów zmieszanych do czasu posegregowania ich przez właściciela nieruchomości: obecnie bowiem w SWU Zamawiający określił jedynie sposób postępowania w przypadku niedopełnienia obowiązku selektywnego zbierania w odniesieniu do pojemników na frakcje selektywnie zbierane; nie tu jednak leży istota zaniechań mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów - o czym szerzej również w uzasadnieniu zarzutu nr 3.

5) rozdział II pkt 2 SWU. Odwołujący 2 przywołał brzmienie rozdziału III pkt 2 ppkt 1 lit. c i d SWU oraz § 12 ust 1 Regulaminu i wniósł o nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia tych rozbieżności i jednoznaczne określenie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych w/w frakcji. Jednocześnie Odwołujący wnosi o wskazanie, czy Zamawiający w związku z koniecznością wprowadzenia zmian w Regulaminie utrzymania porządku i czystości na terenie Wrocławia planuje wprowadzenie zmian w zakresie częstotliwości odbierania odpadów komunalnych poszczególnych frakcji, co ma niezwykle istotne znaczenie dla należytej kalkulacji oferty wykonawcy.

6) rozdział XII SWU – SZOP

Odwołujący 2 przywołał brzmienie rozdziału XII SWU, w tym pkt 8 ppkt 5 i wskazał, że wymaganie to stoi w sprzeczności z przepisami ucpg, gdyż wszelkie regulacje dotyczące odbioru odpadów komunalnych, w tym odpadów niebezpiecznych, powinny być zawarte w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Regulacje te powinny mieć charakter powszechnie obowiązującego prawa. Odwołujący wskazał, że warunki postępowania z odpadami powinny być jednakowe na terenie całej gminy. Jednocześnie Odwołujący 2 podnosił, że taki opis sposobu zamówienia jest wadliwy z uwagi na przerzucanie ryzyka kontraktowego, w tym ryzyka związanego ze zmianą przepisów Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, na wykonawcę.

Skoro zgodnie z § 3 ust 1 pkt 3 projektu umowy ilekroć w treści umowy i SWU używa się określenia Regulamin należy przez to rozumieć obowiązujący w czasie wykonywania umowy Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, być może nieścisłości między SIWZ a obowiązującymi przepisami prawa miejscowego wynikają z planowanych przez Zamawiającego zmian w obowiązującym Regulaminie, o których wykonawca nie ma jeszcze wiedzy. Niemniej jednak Odwołujący wskazał, że Zamawiający obowiązany jest do sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Z tego względu, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian w SIWZ, w szczególności w zapisach projektu umowy i szczegółowych warunków umowy, które likwidowałyby wszelkie sprzeczności i nieścisłości między SIWZ a powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w aaminach oraz uchwały nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, w sposób, który pozwoli na oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wprowadzeniem zmian do Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia i należyte skalkulowanie oferty względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia. To drugie

rozwiązanie pozwoliłoby na uniknięcie konieczności wprowadzania szeregu niezwykle istotnych i obszernych zmian w umowie w przedmiocie zamówienia publicznego i realizację usługi w zgodzie z ustawowymi wymaganiami.

W przedmiocie zarzutu 3. Odwołujący 2 przywołał brzmienie § 2 ust. 1 pkt 12 projektu umowy. Wskazał, że szczegółowe regulacje dotyczące osiągania rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa określone zostały przez Zamawiającego w rozdziale XXI SWU. Przywołał ponadto brzmienie § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a, b i c projektu umowy oraz § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s oraz t projektu umowy.

Odwołujący 2 uzasadniał, że określenie poziomów recyklingu w rozdziale XXI SWU jest niezgodne z obowiązującym rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych. Różnica polega na tym, że zgodnie z § 3 w/w Rozporządzenia poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła liczy się jako stosunek łącznej masy odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła poddanych recyklingowi i przygotowanych do ponownego użycia do łącznej masy wytworzonych odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła. Zgodnie z SWU natomiast poziom recyklingu liczy się jako stosunek wszystkich odpadów poddanych recyklingowi z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych do masy wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych. Wzór ten odnosi dotychczasowy poziom 50% do wszystkich frakcji odpadów, w tym co do frakcji, co których aktualnie nie stawia się wymogów osiągnięcia poziomów recyklingu. Dla niektórych frakcji odpadów osiągnięcie tych poziomów jest obecnie niemożliwe z uwagi na warunki technologiczne. Tak jest w przypadku frakcji odpadów zmieszanych, stanowiących około 60% całego strumienia odpadów, czy odpadów wielkogabarytowych.

Poziomy recyklingu wg wzoru wskazanego w SWU są niemożliwe do osiągnięcia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji przetargowej, tj. w stosunku do ilości i rodzajów odpadów wskazanych do odbioru i zagospodarowania w Załączniku nr II do Formularza oferty, czyli w Zestawieniu kosztów zadania. Osiągnięcie 50% recyklingu wagowo w stosunku do wszystkich odebranych odpadów, w przypadku gdy prawie 60% strumienia odpadów odbieranych w Sektorze I to odpady zmieszane, dla których poziomy recyklingu osiągnąć przez instalacje komunalne oscylują około 3% jest niemożliwe do zrealizowania nawet przy założeniu, że odpady surowcowe, bioodpady zostaną poddane w 100% recyklingowi (choć osiągnięcie takiego poziomu recyklingu w odniesieniu do tych frakcji odpadów również jest niemożliwe do osiągnięcia) – Odwołujący 2 przedstawił szczegółowe wyliczenia w tym zakresie w Tabeli nr 1.

Wskazanie przez Zamawiającego wzoru obliczania poziomów recyklingu odpadów

niezgodnego z obowiązującym Rozporządzeniem z 2016 r. przy równoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku złożenia sprawozdania z realizacji poziomów recyklingu zgodnie ze wzorem określonym w rozdziale XXI SWU, jest niemożliwe do pogodzenia z obowiązkiem wykonywania prac objętych przedmiotem umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (§ 8 ust. 1 projektu umowy). Sam Zamawiający zdawałoby się wymaga, jak wynika chociażby z tytułu XXI rozdziału SWU - Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa, czy wprost z zapisu rozdziału XXI pkt 2 SWU, postępowania zgodnego z powszechnie obowiązującymi przepisami w tym zakresie, dlatego też co najmniej dziwi sprzeczność wzoru wskazanego w SWU przez Zamawiającego z wzorem określonym w obowiązującym rozporządzeniu. W związku z przywoływanymi już istotnymi zmianami stanu prawnego dotyczącego gospodarowania odpadami komunalnymi planowane jest także wejście w życie nowego rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne. Niemniej jednak okoliczność procedowania zmian w powszechnie obowiązujących przepisach nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z aktualnie obowiązującymi regulacjami prawnymi w tym zakresie. Odwołujący 2 podnosił, że w odniesieniu do kwestii wymaganych poziomów recyklingu, opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wynikającego z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymogu jednoznaczności i nie pozwala na określenie, jak w tym zakresie kształtują się obowiązki wykonawcy, co nie pozwala na rzetelne skalkulowanie oferty, gdyż oczekiwania Zamawiającego są obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

Opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy również ze względu na brak w nim jakichkolwiek postanowień odnoszących się do działań Zamawiającego mających na celu osiągnięcie poziomów recyklingu. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający, mimo że nakłada na wykonawcę obowiązek prowadzenia kontroli, czy odpady są zbierane w sposób selektywny, to nie wskazał w SIWZ warunków uznania, że obowiązek ten został przez mieszkańców spełniony. Nie zostały one także określone w obecnie obowiązującym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Odwołujący podkreślał, że osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 ucp. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. Zachowania mieszkańców w zakresie spełniania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów w istotny sposób odbiegają od zachowań pożądanых przez Zamawiającego i ustawodawcę. Przywołał fragment uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o

zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych ustaw (druk sejmowy nr 3495) i uzasadniał, że konieczne jest więc określenie skali dopuszczalnych „pomyłek” poprzez określenie przez Zamawiającego szczegółowych warunków dokonywania oceny, że odpady są zbierane w sposób selektywny. Kontroli powinna być poddawana w szczególności frakcja odpadów zmieszanych. Tymczasem z zapisów SWU wynika, że wykonawca ma kontrolować wyłącznie zawartość pojemników na odpady gromadzone selektywnie, a w razie kiedy właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (ma to stwierdzić wykonawca wg subiektywnej oceny, bo w opisie przedmiotu zamówienia ani Regulaminie nie ma na ten temat żadnych informacji) odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (zobacz rozdział III pkt 4 ppkt 3 i 4c SWU). Dodatkowo wykonawca ma pozostawić naklejkę według wzoru określonego w załączniku do SIWZ z informacją dla właściciela nieruchomości, że nie dopełnił on obowiązku selektywnej zbiórki, pomimo że brak jest zapisów w SIWZ dotyczących tego, kiedy taki obowiązek należy uznać za spełniony. Treść informacji zwrotnej dla mieszkańca nie wskazuje jakie błędy popełnił, wręcz odwrotnie zachęca do wrzucania odpadów surowcowych do odpadów zmieszanych, niepodlegających kontroli. Taki opis przedmiotu zamówienia jest nieadekwatny do rzeczywistych wymagań w tym zakresie.

Zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego dla miast pow. 50 000 mieszkańców - ponad 70% odpadów to odpady surowcowe i bioodpady - odpady zmieszane powinny natomiast stanowić wartość mniejszą niż 30% , a wg danych ilościowych przedstawionych przez Zamawiającego w SIWZ odpady zmieszane to prawie 60% . Dane te potwierdzają, że w odpadach zmieszanych więcej niż połowa odpadów to odpady surowcowe i bioodpady, więc największy ciężar działań po stronie Zamawiającego powinien być ukierunkowany na zmniejszenie ilości odpadów zmieszanych.

Naliczenie przez Zamawiającego kar umownych za każdą brakującą, według określonego przez Zamawiającego wzoru, tonę odpadów niepoddaną recyklingowi spowoduje naliczenie kary w wysokości kilkunastu milionów złotych, nawet wówczas, gdy Gmina Wrocław osiągnie wymagane poziomy recyklingu, a więc w sytuacji gdy nie poniesie ona szkody. Wskazać należy, że gmina rozlicza się z poziomów recyklingu jako całość, bez podziału na sektory i ujmuje w swoim rozliczeniu również ilości odpadów poddane recyklingowi przez inne podmioty niż wykonawcy odbierający odpady komunalne, takie jak np. punkty skupu surowców np. papieru, złomu. W świetle obowiązujących zapisów SIWZ również w przypadku wejścia w życie systemu kaucyjnego Gmina będzie upoważniona do uwzględnienia tych ilości odpadów. Kary przewidziane przez Zamawiającego są więc rażąco wygórowane, zwłaszcza w sytuacji, gdy przewidziane są za niespełnienie obowiązku, który obiektywnie jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawcę. Taka postawa Zamawiającego doprowadzi do całkowicie

nieuzasadnionego drastycznego zawyżenia wysokości składanych ofert, a w konsekwencji do nadmiernego obciążenia właścicieli nieruchomości zawyżonymi opłatami (ok. 100 zł na jednego mieszkańca/ miesiąc w trakcie trwania umowy).

Z uwagi na powyższe Odwołujący 2 wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów SIWZ zobowiązujących wykonawcę do osiągnięcia niemożliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu lub dokonania takiej modyfikacji zapisów SIWZ w zakresie odnoszącym się do sposobu wyliczenia poziomów recyklingu dla wykonawcy, które będą przewidywały możliwe do osiągnięcia poziomy recyklingu.

Odwołujący 2 wnosił, by zapisy te uwzględniały morfologię i specyfikę odbieranych odpadów i zostały sformułowane w sposób nakazujący wykonawcy osiągnięcie technicznie możliwych poziomów recyklingu dla każdej frakcji odrębnie w stosunku do ilości odpadów odebranych z terenu Sektora I.

Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający jest w posiadaniu zleconego przez siebie w drodze zamówienia publicznego opracowania pn. „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław”, na podstawie którego dysponuje wystarczającym materiałem do obiektywnego i realnego wskazania możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji odpadów. Jednocześnie Odwołujący 2 wnioskował o nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów projektu umowy poprzez obniżenie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w zakresie kar umownych naliczanych na podstawie § 15 ust. 2 pkt 6 oraz § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r – t) co najmniej o połowę ich wysokości.

Odwołujący 2 podnosił, że opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy, gdyż nie odnosi się w żadnym stopniu do działań Zamawiającego wspierających osiągnięcie poziomów recyklingu, które planuje podjąć w sytuacji wejścia w życie systemu kaucyjnego opakowań, którego wprowadzenie jest planowane w ramach Rozszerzonej Odpowiedzialności Producentów (ROP); wprowadzenie w istotny sposób zmieni morfologię i ilość odbieranych odpadów opakowaniowych. Krajowe przepisy regulujące ROP powinny zostać uchwalone do lipca 2020 roku. Obowiązek ten wynika z opublikowania w lipcu 2018 r. pakietu dyrektyw odpadowych Unii Europejskiej, ustanawiających wyższe cele recyklingu odpadów komunalnych oraz opakowaniowych. Unijne przepisy nakładają na producentów wyrobów w opakowaniach obowiązek stosowania się do ujednoliconej w dyrektywach zasady tzw. rozszerzonej odpowiedzialności producenta. Pakiet ten został uzupełniony dyrektywą w sprawie zmniejszenia wpływu niektórych produktów z tworzyw sztucznych na środowisko, którą państwa członkowskie muszą co do zasady wdrożyć do dnia 3 lipca 2021 roku. ROP określona jest w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w sprawie odpadów i oznacza strategię ochrony środowiska, w ramach której odpowiedzialność producenta za produkt zostaje przedłużona do końca cyklu życia produktu. ROP tworzy

mechanizm ekonomicznej odpowiedzialności producenta za jego produkty wprowadzane na rynek nie tylko w okresie użytkowania i gwarancji, ale także na etapie poużytkowym, kiedy produkt staje się odpadem. Wprowadzenie ROP skutkować będzie tym, że na gminach spoczywać będzie obowiązek zagospodarowania odpadów reszkowych, bioodpadów oraz odpadów wielkogabarytowych, zagospodarowanie odpadów surowcowych obciąży natomiast producentów.

W sytuacji gdy założenia zmian są wiadome, określone są bowiem przepisami unijnymi, Zamawiający powinien przewidzieć w SIWZ zasady, na jakich, w razie wejścia w życie na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, wprowadzane będą zmiany obowiązków wynikających z umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący 2, jako świadomy wykonawca, który antycypować musi nową, jeszcze nie obowiązującą rzeczywistość prawną, opierając się na niepełnym, niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, kalkulować musi w swej ofercie ryzyko związane ze skutkami zmian ustawodawstwa i trudnościami w uczynieniu zadość wymogom stawianym przez Zamawiającego.

Odwołujący 2 wnosił więc o wprowadzenie do SWU zapisów dopuszczających zmianę sposobu obliczania poziomów recyklingu w odniesieniu do każdej frakcji objętej systemem kaucyjnym w zależności od zmiany morfologii odbieranych odpadów, jeżeli system kaucyjny zacznie obowiązywać w toku realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem. Wprowadzenie ROP i systemu kaucyjnego doprowadzić może do braku zawartości w odpadach odbieranych najatrakcyjniejszych pod kątem recyklingu odpadów, przez co niemożliwym będzie uzyskanie tych samych poziomów recyklingu lub uzyskanie tych poziomów przy tych samych nakładach pracy i kosztów. Wejście w życie mechanizmu kaucyjnego oznaczać będzie wejście w życie całego systemu ROP, który przewiduje specjalne środki finansowe dla Gmin na wspieranie systemu selektywnej zbiórki, w związku z czym Gmina będzie dysponować specjalnymi funduszami na wspieranie recyklingu. Zgodnie z założeniami wynagrodzenie z ROP Gmina ma otrzymywać za każdą przekazaną do recyklingu tonę odpadów wg sprawozdań.

W zakresie zarzutu 4. Odwołujący 2 podał, że w rozdziale I pkt 3 SWU Zamawiający przewiduje, że wykonawca zobowiązany będzie w ramach wynagrodzenia do wykonania usługi odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych frakcji, których kody nie zostały wskazane w rozdziale I pkt 1 i 2 SWU. Taki opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż nie jest wiadome, jak w takiej sytuacji kształtować się będzie stosunek zobowiązaniowy stron. Odwołujący podnosił, że z dokumentacji przetargowej powinno jasno wynikać, do odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania, których frakcji odpadów wykonawca będzie zobowiązany podczas realizacji zamówienia. W sytuacji, gdy określone w SIWZ kody odpadów nie odpowiadają zakresowi usługi, brak jest możliwości poprawnej wyceny oferty

i ewentualnego podjęcia czynności przygotowawczych związanych z pozyskaniem stosownych decyzji administracyjnych na transport, zbieranie lub przetwarzanie odpadów o kodach wskazanych w SIWZ. Odwołujący 2 podkreślał, że w świetle przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach nie ma prawnej możliwości zbierania odpadów bez stosownego zezwolenia. Co więcej, zgodnie z przepisem art. 194 ust. 4 ustawy o odpadach, za zbieranie odpadów lub przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia, o którym mowa w art. 41, wymierza się administracyjną karę pieniężną. Kara wynosi nie mniej niż 10 000 zł i nie może przekroczyć 1 000 000 zł. Odwołujący nie może więc brać na siebie ryzyka związanego z koniecznością realizacji świadczenia, którego faktyczny zakres nie został opisany w opisie przedmiotu zamówienia, jeżeli na etapie realizacji usługi zaistnieje potrzeba odbioru odpadów, o kodach które nie zostały przewidziane w SIWZ. Nie ma bowiem możliwości starania się z odpowiednim wyprzedzeniem o pozyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych umożliwiających mu zgodną z prawem realizację przedmiotu zamówienia. Skoro opis przedmiotu zamówienia został dokonany tak dalece nieprecyzyjnie, że zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę jest całkowicie niewiadomy, odwołujący nie ma możliwości skalkulowania oferty. Odwołujący 2 nie wyklucza jednak możliwości odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania tego rodzaju odpadów, o ile wykonawca będzie miał prawną i faktyczną możliwość realizacji tej usługi, gdy zaktualizuje się taka potrzeba.

Z tego względu Odwołujący 2 wniósł o zmianę zapisu rozdziału I pkt 3 SWU w następujący sposób: „Oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym rozliczenie za tę usługę nastąpi jak w przypadku realizacji prac interwencyjnych, z zastrzeżeniem możliwości odmowy realizacji tej usługi.”

W przedmiocie zarzutu 5. Odwołujący 2 wskazał na postanowienia rozdziału III pkt 2 SWU oraz § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q i r projektu umowy. Uzasadniał, że taki opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy i rodzi ogromne ryzyko obciążenia wykonawcy nadmiernymi obowiązkami w trakcie realizacji zamówienia oraz naliczania wykonawcy wygórowanych kar umownych. Wymóg stawiany przez Zamawiającego jest nieuzasadniony charakterem zamówienia, nieadekwatny i nieproporcjonalny. W konsekwencji jego utrzymania cena oferty musiałaby być w sposób rażąco wysoka, nieadekwatna do rzeczywistej wartości usług. W praktyce należyte wywiązywanie się z tego obowiązku skutkowałoby koniecznością zwielokrotnienia częstotliwości kursów na trasach odbioru odpadów w sposób niemożliwy do przewidzenia na etapie składania oferty i nieuzasadniony faktyczną potrzebą. Odwołujący 2 wskazywał, że często tylko jeden z kilku pojemników służących do gromadzenia odpadów tej samej frakcji w danym MGO jest przepełniony, a reszta jest pusta, bo mieszkańcy wrzucają

odpady do pojemnika położonego najbliżej wejścia do altany czy pomieszczenia, w którym gromadzone są odpady.

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w rozdziale III pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU poprzez wykreślenie tego obowiązku oraz wykreślenie kar umownych przewidzianych za jego niedotrzymanie w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q i r projektu umowy, względnie określenie poziomu wypełnienia pojemników na odpady skutkującego koniecznością ich odbioru w przypadku wypełniania pojemnika w 100%, a także dokonanie zmian w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q i r projektu umowy poprzez obniżenie kar umownych o połowę ich wysokości.

Odwołujący 2 przedstawił również argumentację w zakresie zarzutu 6., który został przez Zamawiającego uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu 7. Odwołujący 2 przywołał brzmienie rozdziału XIV pkt 10 i 11 SIWZ. Wskazał, że w świetle ustawy Pzp Zamawiający nie ma możliwości określenia maksymalnej ceny ani kwotowo, ani stosunkowo, ani w jakikolwiek inny sposób, w ramach której wykonawcy mogliby ustalać swoje ceny ofertowe (Zamawiający nie ma możliwości wpływania na cenę ofertową). Istota postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyraża się wszakże w tym, że to wykonawca określa te elementy umowy, które stanowią odzwierciedlenie kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu, w szczególności cenę, która zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp stanowi obligatoryjne kryterium oceny ofert w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie jest władny narzucać wykonawcom cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest więc uprawniony do określania górnych limitów, czy jakichkolwiek przedziałów, w których winna mieścić się cena zaoferowana przez wykonawcę. Wyżej wskazane zapisy SIWZ są niezgodne z obowiązkiem umożliwienia wykonawcy złożenia rzetelnej i bazującej na faktycznych kosztach oferty. Koszty zagospodarowania odpadów z PSZOK nie są takie same jak odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości, między innymi dlatego, iż morfologia odpadów gromadzonych w PSZOK jest inna od morfologii odpadów gromadzonych w pojemnikach i workach. Również koszty transportu, jak i wymagania Zamawiającego w tym zakresie są całkiem inne. Wymogi określone przez Zamawiającego w pkt 10 i 11 stoją w jawnej sprzeczności z pkt 7 rozdziału XIV SIWZ. Ingerowanie Zamawiającego w kalkulację wykonawcy, a nawet obniżanie ceny wykonawcy przewidziane w rozdziale XIV pkt 11 SIWZ może doprowadzić do sytuacji, w której ceny jednostkowe wskazane w ofercie obniżone przez Zamawiającego mogą nosić znamiona ceny rażąco niskiej i skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez wykonawcę. Kwestionowane zapisy SIWZ naruszają również zasady poprawiania ofert przez Zamawiającego określone w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W świetle tej regulacji nie jest bowiem dopuszczalne, by Zamawiający dokonywał zmian w treści oferty skutkujących istotną zmianą w treści oferty. Ponadto działanie Zamawiającego narusza

konkurencyjność, jako że to cena jest głównym elementem konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisów rozdziału XIV pkt 10 i 11 SIWZ.

W zakresie zarzutu 8. Odwołujący 2 wniósł o zmianę ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia tak, aby uwzględnić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodatkowo jako podstawę wykluczenia z postępowania przepis art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący 2 wskazał, iż przedmiot zamówienia jest ściśle związany z problematyką ochrony środowiska. Niewłaściwa gospodarka odpadami w istotnym stopniu wpływa na destrukcję środowiska naturalnego - przyczynia się do niszczenia walorów przyrodniczych siedlisk roślinnych i zwierzęcych, destrukcyjnie wpływa na obszary miejskie, wiejskie, rolne oraz leśne. Możliwość udzielenia zamówienia podmiotowi, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych, stawia w nierównej pozycji podmioty ściśle przestrzegające wymogi stawiane przepisami prawa. Odwołujący 2 podnosił, że podmiot, na który została nałożona na mocy decyzji administracyjnej kara za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Takie ukształtowanie podstaw wykluczenia w przypadku przetargu na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w gminie, która deklaruje szczególną dbałość o politykę ekologiczną i dobrą jakość środowiska, jest niezrozumiałe. Zamawiający przewiduje bowiem możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty dopuszczające się patologii na rynku odpadowym, naruszające przepisy ochrony środowiska.

Odwołujący 2 wskazał na przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE [dalej „dyrektywa 2014/24/UE”], w szczególności na treść motywów dyrektywy odnoszących się do aspektów związanych z ochroną środowiska, których celem jest promocja wykonawców przestrzegających prawa w ww. dziedzinach. Wskazał na motyw 37 i 40 dyrektywy 2014/24/UE. Uzasadniał, iż Zamawiający w celu spełnienia wymagań ustawodawcy unijnego jest obowiązany promować wykonawców przestrzegających prawa w dziedzinie ochrony środowiska. Koniecznym jest, by Zamawiający spełnił wymóg nałożony przez unijnego ustawodawcę i zapewnił ochronę przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska. Powyższe będzie możliwe dopiero, gdy Zamawiający zastrzeże w SIWZ możliwość fakultatywnego wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający musi mieć bowiem pewność, że wykonawca ubiegający się o udzielenie

zamówienia daje gwarancję rzetelnego wykonania danego zamówienia. Działanie takie będzie zgodne również z postulatami Ministerstwa Środowiska o potrzebie podejmowania takich działań, które będą zmierzały do eliminacji patologii w gospodarce odpadami.

W przedmiocie zarzutu 9. Odwołujący 2 przywołał brzmienie rozdziału III pkt 9 SIWZ oraz § 8 ust. 7 projektu umowy. Uzasadniał, że opisany wymóg w zakresie zatrudniania na podstawie umowy o pracę, jest nieprzejrzysty i niejasny, gdyż z zapisów SIWZ nie wynika, jak rozumieć pojęcie osób wykonujących czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem. Zamawiający nie wskazał w tym względzie w sposób dostatecznie jasny na zakres czynności podejmowanych przez te osoby. Przede wszystkim jednakże wymóg ten narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Zupełnie niezrozumiałe jest bowiem dokonane przez Zamawiającego rozróżnienie zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności bezpośrednio związane z zagospodarowaniem odpadów komunalnych na wykonawców, którzy będą zagospodarowywać odpady „we własnym zakresie” oraz na wykonawców, którzy „we własnym zakresie” tych odpadów zagospodarowywać nie będą. Wymóg ten stawia w uprzywilejowanej sytuacji podmioty, które zagospodarowania odpadów nie będą dokonywały we własnym zakresie. Wykonawcy nie są zatem w równej pozycji, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto wykonanie części zamówienia, polegającej na transporcie odpadów, w przeważającej części nie zawiera w sobie elementu podległości służbowej, stąd nie spełnia przesłanek określonych w art. 22 § 1 k.p.

Odwołujący 2 uzasadniał, że zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek zamieścić w SIWZ wykaz czynności wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, które mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym to zamawiający musi ocenić, które czynności mieszczą się w zakresie art. 22 § 1 k.p. Musi on zatem przeanalizować czynności, które będą wykonywane w trakcie realizacji zamówienia, a następnie wyraźnie oddzielić te, które muszą być wykonywane na podstawie umowy o pracę, od tych, przy których wykonawca ma dowolność w wyborze podstawy zatrudnienia. Zamawiający nie spełnił ww. wymogu z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp. Wobec powyższego, sformułowanie § 8 ust. 7 projektu umowy jest nieprawidłowe ze względu na lakoniczność, wybiórczość opisu obowiązku wykonawcy w zakresie zatrudniania na podstawie umowy o pracę.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania zapisu § 8 ust. 7 projektu umowy zgodnie z propozycją przedstawioną poniżej: „Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę kierowców odbierających odpady, osoby zatrudnione

w BOK, osoby koordynujące realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia, wagowi”.

Odwołujący 2 wnioskował także o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian zapisu § 8 ust. 8 pkt 4 projektu umowy w sposób dostosowujący go do wymogów RODO, tj. uprawniający Zamawiającego do żądania kopii zanonimizowanych dokumentów potwierdzających fakt zatrudnienia w/w osób na umowie o pracę. Dla Zamawiającego nie jest bowiem istotne, kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie, co zostało potwierdzone także w opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Udostępnienie przez wykonawcę zamawiającemu danych osobowych jego pracowników, zaangażowanych w realizację zamówienia, wymaga uzyskania wykonawcą zgody swoich pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych poprzez ich udostępnienie zamawiającemu, zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a RODO. Uzasadniał, iż w zakresie realizacji art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. b ustawy Pzp należy wskazać na kolejne naruszenie, tj. niemożliwe na gruncie tego przepisu żądanie dostarczenia umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników, którzy świadczyć będą czynności na rzecz Zamawiającego. W ww. zakresie Odwołujący 2 przywołał fragment opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych.

Odwołujący 2 przywołał w ww. kontekście zasadę adekwatności i minimalizmu danych, zgodnie z którą administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. Dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, „na wszelkie wypadek”, tj. bez wskazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych - którym po uzyskaniu danych stałby się zamawiający.

W zakresie zarzutu 10. Odwołujący 2 podniósł, że w rozdziale XVII SWU Zamawiający określił wymogi w zakresie systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, które szczegółowo sprecyzowane zostały w załączniku nr 28 wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów. W ocenie Odwołującego 2 wymagania te zostały określone przez Zamawiającego w sposób stwarzający nieuzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego bariery w dostępie do ubiegania się o zamówienie przez podmioty zdolne do jego należytej realizacji. Uprawnienie Zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Wymagane przez Zamawiającego rozwiązania w zakresie funkcjonalności systemu wizyjnego monitorowania pojazdów są nieproporcjonalne do zakresu zamówienia. W ocenie Odwołującego 2 dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie narusza zasadę konkurencyjności, gdyż wskazuje na jednego dostawcę.

Odwołujący 2 podał, że wymagania techniczne określone przez Zamawiającego są

bardzo szczegółowe: np. bardzo szczegółowo wskazano poziom wymaganego napięcia dla sprzętu: w jednym przypadku 9-32V, w innym przypadku 12-24V, kodowanie obrazu w systemie NTSC podczas, gdy w Europie standardem jest PAL, konkretne wielkości dysków twardej. Odwołujący 2 stał na stanowisku, że zbędny jest wymóg nagrywania dźwięku w trakcie świadczenia usługi. Nadmiernym, nieproporcjonalnym wymaganiem jest także konieczność wyposażenia pojazdów bezpylnych oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym. Wymóg ten nie wnosi dla Zamawiającego żadnej wartości dodanej, natomiast radykalnie podraża koszt całego systemu. Niezrozumiałym jest wymóg „inteligentnego alarmu cofania” - pojazdy do odbioru odpadów wyposażone są w urządzenia spełniające wszystkie normy i gwarantujący bezpieczeństwo. Kolejnym, nadmiernym wymaganiem, w istotny sposób zawyżającym koszt realizacji usługi, jest konieczność archiwizacji danych przez okres aż 6 miesięcy.

Ponadto Odwołujący 2 wskazał, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, gdyż nie do końca jasnym pozostaje konieczność wyposażenia „pozostałych pojazdów” w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu. Odwołujący nie ma pewności, czy w system taki wyposażone powinny być pojazdy wymagane przez Zamawiającego w SIWZ, czy wszystkie pojazdy, które będą wykorzystywane przez wykonawcę do realizacji usługi, czyli także pojazdy transportujące odpad do zagospodarowania po rozładunku na bazie. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, co nie pozwala należycie skalkulować oferty.

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dostosowania wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia do faktycznych i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, bez przywoływania tak szczegółowych wymagań technicznych w sposób, który uzasadniałby funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący wniósł o modyfikację zapisów specyfikacji w następujący sposób:

„Wszystkie pojazdy służące do odbioru odpadów z MGO powinny być wyposażone w sprawny system:

- wideorejestracji obrazu z możliwością przekazywania go w czasie rzeczywistym
- monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu i miejscach postojów pojazdów,
- czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów.

Obraz z wideorejestracji powinien być rejestrowany w rozdzielczości umożliwiającej swobodny odczyt zapisanego materiału. Wideorejestracja musi być tak skonfigurowana, aby z nagranych materiału można było ustalić w szczególności trasę przejazdu samochodów

służących do odbioru odpadów i miejsca ich zagospodarowania. W przypadku ich wystąpienia, zarejestrowane powinny być także stwierdzone przez obsługę nieprawidłowości w postępowaniu z odpadami na nieruchomości, brak współdziałania właściciela nieruchomości.

Ponadto na terenie obiektów w sytuacji, gdy właściciel nieruchomości zgłosi takie żądanie, zamawiający dopuszcza możliwość wyłączenia monitoringu na czas wykonania czynności objętych przedmiotem zamówienia.”

Odwołujący 2 wnioskował także o skrócenie czasu archiwizacji danych - maksymalnie do 30 dni.

W przedmiocie zarzutu 11. Odwołujący 2 podał, iż w § 15 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający zawarł bardzo obszerny katalog kar umownych. Dalsze postanowienia tego paragrafu dotyczą zasad naliczania kar umownych, zostały jednakże sformułowane w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości Odwołującego co do tego, czy kary umowne mogą zostać naliczone przez Zamawiającego wyłącznie po uprzednim wezwaniu wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku lub usunięcia naruszeń. Dlatego też Odwołujący wniósł o wykreślenie § 15 ust. 3 projektu umowy oraz nadanie § 15 ust. 5 projektu umowy następującego brzmienia: „W sytuacji, w której sposób wykonania obowiązku/obowiązków umownych przez Wykonawcę będzie budzić zastrzeżenia Zamawiającego, Zamawiający, zastrzega sobie prawo pisemnego wezwania Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku/obowiązków i/lub usunięcia powstałych uchybień wyznaczając Wykonawcy stosowny termin, biorąc POD uwagę okoliczności miejsca i czasu. Wykonanie przez Wykonawcę obowiązku/obowiązków zgodnie z treścią umowy/SWU i/lub usunięcie powstałych uchybień skutkować będzie uznaniem przez Zamawiającego, że nie wystąpiły okoliczności będące podstawą naliczenia kary. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku/obowiązków umownych po bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku/obowiązków i/lub usunięcia powstałych uchybień Zamawiający naliczy stosowne kary umowne.”

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. kara umowna jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych, wypaczył ich rzeczywisty cel, jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być bowiem nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. Wprawdzie kara umowna jest także instrumentem służącym do zmotywowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania ciążącego na nim zobowiązania, to jednak nie może przekraczać granic motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowić podstawy

do wzbogacenia się Zamawiającego.

Odwołujący 2 wskazał, iż zastrzegane przez Zamawiającego kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie mogą jednak obciążać nadmiernym ryzykiem wykonawcy. Z tego względu Odwołujący 2 wniósł o obniżenie wysokości wszystkich kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 1 i ust. 2 projektu umowy o połowę ich wysokości z uwagi na to, że są one rażąco wysokie. Odwołujący 2 wniósł także o wprowadzenie górnego limitu kar umownych na poziomie 10% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy. Ustanowienie takiego limitu pozwoli na zabezpieczenie istotnych interesów Zamawiającego, a jednocześnie na zminimalizowanie ryzyka wykonawcy związanego z tak szerokim katalogiem kar powiązanych z przypadkami w dużej mierze niezależnymi od należytej staranności wykonawcy. Co więcej, ustanowienie maksymalnego limitu kar umownych na wnioskowanym poziomie ograniczy ryzyko Zamawiającego związane z w kalkulowaniem potencjalnych kar umownych w cenę oferty, gdyż pozwoli na skalkulowanie ich na poziomie rynkowym, bez konieczności kalkulacji bufora na zapłatę ewentualnych kar. Zdefiniowanie kar umownych na poziomie określonym przez Zamawiającego narusza równowagę stron, zabija konkurencyjność i powoduje konieczność znaczącego zawyżenia ceny ofertowej w sposób nieadekwatny do realnego kosztu usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Odnośnie zarzutu 12. Odwołujący 2 wskazał, iż przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie w zakresie możliwości waloryzacji wynagrodzenia nie gwarantuje wykonawcy, że dodatkowe koszty świadczenia usługi, które mogą się zaktualizować w toku jej realizacji, znajdą pokrycie w zmienionym wynagrodzeniu. Sytuacja ta dotyczy zarówno okoliczności określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, co do których Zamawiający przewidział w § 19 ust. 3 projektu umowy możliwość podwyższenia wynagrodzenia, jak i pozostałych okoliczności, co do których Zamawiający takiej możliwości nie przewidział. Uzasadniał, iż w myśl literalnej wykładni zapisów projektu umowy zmiana postanowień umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia dopuszczalna jest wyłącznie w sytuacji określonej w § 19 ust. 3 p.z.p. Postanowienie umowne w tym zakresie stanowi realizację ustawowego obowiązku spoczywającego na Zamawiającym wynikającego z przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Takie ukształtowanie postanowień umownych, w szczególności w sytuacji gdy z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością na etapie realizacji zamówienia nastąpi więcej niż jedna istotna zmiana przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia strony. Z tego względu Odwołujący 2 wnosil o nakazanie Zamawiającemu takiego określenia treści stosunku prawnego łączącego strony, który pozwoli na zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy także w sytuacjach określonych w § 19 ust. 2 projektu umowy.

Odwołujący 2 wnioskował o modyfikację § 19 ust. 1 projektu umowy poprzez nadanie

mu następującej treści:

„Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie:

- 1) dopuszczalnej prawem zmiany Stron umowy lub oznaczenia Stron umowy,
- 2) warunków płatności,
- 3) wysokości cen jednostkowych określonych w ofercie Wykonawcy,
- 4) zmiany którejkolwiek z kwot podanych w § 11 ust. 9 wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 5) terminu świadczenia usługi i/lub terminu realizacji zamówienia sytuacji opisanej w § 4 wraz ze skutkami takiej zmiany,
- 6) zmiany zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 7) sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 8) technologii wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia, jeżeli wprowadzenie nowej technologii nie będzie powodować podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy oraz powodować będzie nie pogorszenie dotychczasowych standardów wykonywania zamówienia,
- 9) zmiany zakresu części zamówienia powierzonej Podwykonawcom lub zmiany Podwykonawcy w zakresie niezbędnym do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ, w przypadku zaistnienia okoliczności mających wpływ na dalszą realizację przedmiotu umowy przez Podwykonawcę,
- 10) zmiany podmiotu trzeciego, na zdolności którego Wykonawca powoływał się składając ofertę, celem wykazania spełniania warunku kwalifikacyjnego dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w § 10 ust. 2,
- 11) zmiany lub wprowadzenia nowej instalacji, do której Wykonawca obowiązany jest przekazać odebrane odpady z terenu Sektora,
- 12) zmiany sposobów wyliczenia, wymaganych przepisami prawa, rocznych poziomów, o których mowa w SWU, rozdział XXI pkt 1,
- 13) usunięcia zapisów, których wykonanie jest niemożliwe ze względu na obowiązujące przepisy prawa - w zakresie, który jest niezbędny do wyeliminowania błędów.”

Odwołujący 2 wskazał, że postanowienia § 19 ust. 1 i ust. 2 projektu umowy są nieprecyzyjne i nie można z ich treści jednoznacznie wywnioskować, czy określenie „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, czy wyłącznie do innych niż wynagrodzenie postanowień umowy w przedmiocie zamówienia publicznego. Odwołujący 2 podkreślał, że wykonawcy są obciążeni nadmiernym ryzykiem kontraktowym. W celu przywrócenia równowagi stron umowy Odwołujący 2 wniósł także o

wprowadzenie do projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej zakładającej możliwość zmiany cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy o wskaźnik rewaloryzacji (wzrost cen towarów i usług) podany w ustawie budżetowej na pisemny wniosek wykonawcy składany nie później niż w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie ustawy budżetowej na dany rok.

Odwołujący 2 wnioskował o dodanie § 19 ust 4a projektu umowy o następującej treści: „Ceny jednostkowe określone w ofercie Wykonawcy mogą ulec zmianie raz w roku na podstawie wskaźnika rewaloryzacji (wzrost cen towarów i usług) podany w ustawie budżetowej na rok 2021, rok 2022 i rok 2023 na pisemny wniosek Wykonawcy. W takim przypadku wartość całkowita wynagrodzenia maksymalnego, określonego w § 11 ust. 1 nie podlega zmianie.”

Wskazane powyżej żądania Odwołującego 2 uzasadnione są potrzebą zapewnienia ochrony wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku ze zmianą powszechnie obowiązujących przepisów prawa, skoro w ich wyniku zmienić się może zakres świadczenia wynikającego z umowy i/lub zasady realizacji przedmiotu zamówienia. Mowa tutaj zwłaszcza o wejściu w życie systemu kaucyjnego opakowań, którego wprowadzenie jest planowane w ramach Rozszerzonej Odpowiedzialności Producentów (ROP). (...)

Kolejną okoliczność, która wpływać będzie na zakres i charakter świadczenia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne stanowi zmiana obowiązującego Regulaminu. Zmiana Regulaminu będzie konieczna ze względu na art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw. Ustawa nowelizująca weszła w życie 6 września 2019 r., więc gmina jest obowiązana dostosować Regulamin do 6 września 2020 r.

Okolicznością wpływającą na zakres i charakter świadczenia zamówienia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne jest nowa regulacja art. 6c ust. 2c ucpg. Rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkuje mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Uchwalenie wspomnianej ustawy nowelizującej doprowadziło do sytuacji, w której nowe przepisy dotyczące dobrowolności przystąpienia właścicieli nieruchomości niezamieszkaných do zorganizowanego przez gminę systemu odbioru odpadów komunalnych weszły w życie 6 września 2019 r. W ustawie nowelizującej brakuje odrębnych - dedykowanych wyłącznie temu zagadnieniu - przepisów przejściowych, zatem gminy mają co do zasady (poza pewnymi wyjątkami wynikającymi wprost z ustawy) 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy na dostosowanie dotychczasowych uchwał do znowelizowanych przepisów.

Kolejną okolicznością wpływającą na zmianę zakresu i charakteru świadczenia wynikającego z przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne jest zaawansowany stan prac legislacyjnych nad ustawami i aktami wykonawczymi, które z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością zostaną uchwalone i wejdą w życie w okresie realizacji zamówienia

publicznego, m.in. z uwagi na konieczność dostosowania polskiego ustawodawstwa do wymogów unijnych oraz aktualizacji rozporządzeń wykonawczych do wymogów znowelizowanych ustaw o odpadach i ucpg.

Wykonawca wchodzący w skład grupy kapitałowej spółek zorientowanych na działalność w obszarze gospodarowania odpadami i ochrony środowiska, korzystający z doświadczeń partnerów działających nie tylko na terenie kraju ale i świata - stosuje w zakresie realizacji usług najwyższe standardy środowiskowe (m.in. EMAS, ISO), najlepsze dostępne techniki przetwarzania odpadów (m.in. BAT w ramach IK) oraz procesy organizacyjne mające na celu maksymalizację wydajności i skuteczności. Niemniej jednak ramy działalności Spółki określają przepisy powszechnie obowiązującego prawa, w tym prawa miejscowego, oraz wiążące Strony Umowy. Oznacza to, że sposób postępowania z odpadami w zakresie zagospodarowania jest niemalże w całości narzucony, a decyzje administracyjne, w oparciu o które Wykonawca działa, nie pozostawiają miejsca na indywidualne rozwiązania w tym zakresie. To gmina jest „organizatorem” gminnego systemu zbiórki odpadów i kreuje miejscową „politykę odpadową”.

Zdaniem Odwołującego 2, już tylko powyżej opisane okoliczności uzasadniają konieczność zagwarantowania możliwości zwiększenia wynagrodzenia w takim niepewnym i niepełnym stanie prawnym.

W zakresie zarzutu 13. Odwołujący 2 podał, że z obecnie obowiązującego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że dopuszczalne jest świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia pojazdami niespełniającymi jakichkolwiek wymogów w zakresie norm emisji spalin. Uzasadniał, że obserwacja podejmowanych w ostatnich latach działań Gminy Wrocław w zakresie szeroko pojętej ochrony środowiska pozwala na stwierdzenie, że gmina ta jest niezwykle proekologiczna. Od 1 lipca 2018 r. zaczęły obowiązywać niektóre zapisy uchwały antysmogowej, którą 30 listopada 2017 r. przyjęli radni Sejmiku Województwa Dolnośląskiego. Uchwała antysmogowa to przepisy przyjęte przez Sejmik Województwa Dolnośląskiego, które pomogą ograniczyć zanieczyszczenie powietrza na obszarze Gminy Miejskiej Wrocław i dolnośląskich uzdrowisk oraz pozostałych miejscowości Dolnego Śląska (art. 96 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska). Uchwała została podjęta dla ograniczenia negatywnego oddziaływania zanieczyszczenia powietrza na zdrowie ludzi lub na środowisko. Jej celem jest ochrona i poprawa jakości powietrza we Wrocławiu. Zgodnie z ważnymi słowami prezydenta Wrocławia Jacka Sutryka: „Wrocław jako pierwsze miasto w kraju chce ogłosić alarm klimatyczny. Dziś nie ma dla nikogo usprawiedliwienia, a odpowiedzialność za klimat spoczywa na każdym z nas” (materiał prasowy: <https://wroclaw.wvborcza.pi/wroclaw/7.35771.25240208.iak-dbasz-o-srodowisko.html>). Wskazał, iż powyższa wypowiedź prezydenta Wrocławia koresponduje z nowoczesną, proekologiczną postawą gminy. W październiku 2019 r. nastąpiło uroczyste

przekazanie nowych autobusów wrocławskiemu MPK (50 mercedesów citaro 2). Wszystkie te pojazdy są niskopodłogowe, klimatyzowane i spełniają najbardziej wymagające normy emisji spalin EURO 6. Autobusy będą stopniowo włączane do obsługi kolejnych linii. Autobusy kupiono za 97 milionów złotych, z czego 54 mln pochodziły z unijnego dofinansowania dla wrocławskiego projektu (materiały prasowe: <https://www.wroclaw.pl/portal/tak-powstaja-nowe-autobusy-dla-wroclawia-zdjecia> <https://www.wroclaw.pl/portal/tak-powstaja-nowe-autobusy-dla-wroclawia-zdjecia> <https://wroclife.pl/wroclife-poleca/mpk-50-mercedesow/>).

W dniu 24 lutego 2020 r. Prezydent Jacek Sutryk na oficjalnej stronie Facebook wskazał, że „Rozstrzygnęliśmy [miasto Wrocław] przetarg na dzierżawę 60 Mercedesów Citaro 2 (31 autobusów krótkich, typu solo oraz 29 przegubowych). Dzięki tej inwestycji, wrocławskie MPK pożegna się z najbardziej wysłużonymi, kilkunastoletnimi autobusami. Co więcej - dzięki pojazdom z przetargu oraz tym od firmy Mobilis, obniżymy wiek autobusów do średnio niecałych 5 lat. Łącznie, po Wrocławiu będzie poruszało się już 362 klimatyzowanych autobusów. Wydzierżawione pojazdy wyjadą na wrocławskie ulice we wrześniu tego roku.”

Odwołujący 2 wskazał, że Gmina Wrocław, prezentując swoją proekologiczną postawę, przyjęła również Politykę Zrównoważonej Mobilności, która koresponduje z najwyższymi dostępnymi standardami prowadzenia usług odbioru odpadów komunalnych, tj. wykorzystującymi pojazdy spełniające normy emisji spalin EURO 6. Obowiązujące przepisy unijne i krajowe umożliwiają wykorzystanie zamówień publicznych między innymi do wspierania celów, takich jak: ochrona środowiska, bardziej efektywne gospodarowanie zasobami, większa efektywność energetyczna i przeciwdziałanie zmianom klimatu. Co więcej zalecane jest wykorzystywanie kontraktów publicznych w celach proekologicznych („Zielone zamówienia publiczne”).

Mając na uwadze ww. okoliczności, dopuszczenie do wykonywania usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia pojazdów, niespełniających jakichkolwiek norm w zakresie emisji spalin absolutnie nie wpisuje się w proekologiczną politykę gminy. W pełni zasadne, wręcz pożądane, jest dokonanie przez Zamawiającego zmian SWU rozdział XIV pkt 1 ppkt 9 poprzez dodanie sformułowania „spełniają normy emisji spalin EURO 5 i EURO 6 i są nie starsze niż 8 lat”. Po uwzględnieniu ww. zmiany, SWU rozdział XIV pkt 1 ppkt 9 brzmiałby następująco: „9) pojazdy, które są zarejestrowane, dopuszczone do ruchu, posiadają aktualne badania techniczne i świadectwa dopuszczenia do ruchu, spełniają normy emisji spalin EURO 5 i EURO 6, są nie starsze niż 8 lat oraz posiadają oznakowanie (...)”. Odwołujący wnosi, aby połowa wymaganych pojazdów, o których mowa w rozdziale XIV pkt 1 ppkt 9 SWU spełniała normy EURO 5, a druga połowa normy EURO 6.

W zakresie zarzutu 14. Odwołujący 2 przywołał zapisy rozdziału XV pkt 1 ppkt 3 lit. c SWU i wskazał, że powyższy zapis oznacza, że wykonawca na etapie odbioru odpadów

w workach każdorazowo ręcznie przy każdej nieruchomości/MGO będzie ręcznie zatwierdzał odbiór worka w systemie. Odwołujący 2 wskazał, że stawiany przez Zamawiającego wymóg każdorazowego ręcznego zatwierdzenia odbioru worka jest wymogiem nadmiernym i nieuzasadnionym potrzebą Zamawiającego. Odwołujący 2 wnioskował o nakazanie Zamawiającemu dokonania takiej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, która zakładałaby możliwość zbiorczego potwierdzenia ilości odebranych worków poprzez dopuszczenie możliwości odnotowywania na terminalu/komputerze pokładowym realizacji odbioru odpadów z nieruchomości położonych wzdłuż danej ulicy jednorazowo po zakończeniu usługi a nie przy każdym MGO.

W zakresie zarzutu 15. Odwołujący 2 przywołał brzmienie rozdziału III pkt 2 ppkt 4 SWU i wniósł o zmianę ww. zapisu w następujący sposób: „4) opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 0:00 do 24:00, na obszarze określonym w załączniku nr 6 - Mapa obszaru objętego rozszerzonymi godzinami odbioru odpadów.” Odwołujący 2 wskazał, że obszar określony w załączniku nr 6 jest dla Zamawiającego obszarem priorytetowym w zakresie utrzymania czystości i porządku. Rozszerzenie godzin w sposób, w jaki wnioskuje o to Odwołujący, pozwoli na realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia w sposób jak najmniej uciążliwy dla mieszkańców. W godzinach nocnych pojazdy odbierające odpady nie blokują ruchu, co zapewnia większą sprawność i efektywność świadczenia usług. W ścisłym centrum miasta w godzinach wskazanych przez Zamawiającego dostęp do pojemników jest utrudniony z uwagi na parkujące pojazdy osób przyjeżdżających do centrum do pracy. Brak możliwości sprawnego manewrowania pojazdami ciężarowymi skutkuje nadmiernym wydłużeniem realizacji usługi i znacząco wpływa na zwiększenie kosztu jej realizacji. Z kolei rozwiązanie, o które wnioskuje Odwołujący, które było dotychczas praktykowane za zgodą Zamawiającego, jest również bardziej ekologiczne - szybsza obsługa oznacza mniejszy smog w centrum.

Odnosnie zarzutu 16. Odwołujący 2 przywołał brzmienie rozdziału IV pkt 1 i 2 SWU oraz rozdziału XIV pkt 7 SIWZ. Odwołujący 2 uzasadniał, że Zamawiający nie przewidział odrębnej pozycji w formularzu cenowym za świadczenie tego rodzaju usługi. Usługa tego rodzaju jest na tyle specyficzna, że brak odrębnej pozycji w zestawieniu kosztów zadania w znaczący sposób utrudnia kalkulację oferty.

Z tego względu Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentacji przetargowej, w szczególności załącznika nr II - ZESTAWIENIE KOSZTÓW ZADANIA poprzez uzupełnienie jej o dodatkową pozycję - cena jednostkowa za nadzór nad jednym MGO/m-c.

Odwołujący 2 przedstawił również uzasadnienie zarzutu 17., który został uwzględniony przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu 18. Odwołujący 2 podał, iż opis przedmiotu zamówienia jest

nieprecyzyjny, gdyż nie wynika z niego jednoznacznie, czy wszystkie pojazdy wymienione w rozdziale IV SIWZ jako pojazdy, którymi dysponować musi wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu muszą zostać wpisane do Planu Obsługi Systemu, o którym mowa w rozdziale XIX SWU. Jeżeli taka konieczność zachodzi, Odwołujący wskazuje, że wymóg ten jest nieadekwatny względem potrzeb Zamawiającego co do pojazdów wymienionych w SIWZ 1.2.3.2 pkt 5, pkt 6 oraz 9 (pojazdy ciężarowe bramowe, hakowce, myjki). W ocenie Odwołującego 2, Zamawiający słusznie żąda, aby Wykonawca dysponował większym potencjałem pojazdów, niemniej jednak wskazuje, że dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia wystarczające będą po dwa pojazdy w każdej z tych kategorii i tyle też pojazdów powinno być wymagane jako pojazdy służące do prawidłowej obsługi sektora w Planie Obsługi Systemu.

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania postanowień SIWZ w tym zakresie poprzez określenie, że w Planie Obsługi Systemu wskazane być powinny po 2 pojazdy z kategorii pojazdów wymienionych w rozdziale IV SIWZ 1.2.3.2 pkt 5, pkt 6 oraz 9.

W zakresie zarzutu 19. Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający opisując zakres przedmiotu zamówienia w rozdz. I pkt 1 SWU wskazuje 38 rodzajów odpadów wymagających odbioru, transportu, zbierania i zagospodarowania, tymczasem na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaga od wykonawców decyzji na zbieranie tylko w odniesieniu do 8 odpadów pomijając pozostałe, w tym nawet 2 podstawowe odpady takie jako 20 03 01 - odpady zmieszane, oraz bioodpady (200201, 200108). Takie działanie, biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego, nie pozwala na należyłą weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Następnie Odwołujący 2 wskazał, iż rozdział I pkt 1 SWU pozostaje w sprzeczności z rozdziałem XIII SWU między innymi z pkt 3 i 4 ppkt 5). Uzasadniał, iż rozdz. XIII SWU pkt 3 i 4 stoi w sprzeczności z rozdz. XIV SWU pkt 1 ppkt 1 litera b. Zapis ten daje wprowadza dowolność w zakresie magazynowania, która w rozdz. XIII jest obowiązkiem. Odwołujący 2 przywołał następnie postanowienia rozdziału XIV pkt 2k) SWU i uzasadniał, że wyżej przywołane zapisy opisu przedmiotu zamówienia w zakresie określenia wymaganego postępowania przy ważeniu potwierdzają, że wykonawca musi rozładować samochód po pierwszym ważeniu a następnie zważyć odpady. Tym samym odpady muszą zostać zmagazynowane na terenie bazy magazynowo - transportowej. Aby magazynować odpady konieczne jest posiadanie decyzji na zbieranie. Takie postępowanie dotyczy wszystkich odpadów, więc dla każdego odpadu wykonawca powinien posiadać decyzję na zbieranie odpadów, nie tylko dla kilku odpadów przypadkowo wybranych. Sprzeczny więc z procedurą ważenia wymaganą przez Zamawiającego w SWU jest zapis w rozdz. XIV pkt 1 ppkt litera b SWU, gdyż przypadek magazynowania będzie zachodził bowiem w każdym przypadku i bez względu na fakt, czy magazynowanie będzie trwało 3 miesiące czy 2 godziny. Dokładna lektura

opisu przedmiotu zamówienia wymaga posiadania decyzji na zbieranie.

Odwołujący 2 wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej - rozdział IV pkt 1.2.1 SIWZ w sposób pozwalający na weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w tym do posiadania zezwolenia na zbieranie wszelkich frakcji odpadów objętych przedmiotowym zamówieniem.

W zakresie zarzutu 20. Odwołujący 2 przywołał postanowienia rozdziału XX pkt 2 ppkt 2 lit. c SWU. Uzasadniał, że żądanie przekazania dokumentów KPO, KPOK lub oświadczeń do momentu ostatecznego zagospodarowania jest wymaganiem wykraczającym poza możliwości wykonawcy. Można to przedstawić najbardziej obrazowo na przykładzie instalacji komunalnej, która przetwarza odpady zmieszane z różnych gmin. Po przetworzeniu tych odpadów tylko część z nich zostaje ostatecznie zagospodarowana w instalacji komunalnej (np. poprzez składowanie), pozostałe odpady są przekazywane dalej do recyklerów bądź innych przetwarzających odpady (np. cementownie). Z tego powodu instalacja komunalna nie jest miejscem ostatecznego zagospodarowania odpadów, nie jest też zobowiązana wobec wykonawcy do przekazywania informacji o dalszych odbiorcach, a ci dalsi odbiorcy nie są zobowiązani wobec wykonawcy (nie wiąże ich żadna umowa) do przekazywania KPO, czy nawet oświadczeń o ilościach ostatecznie zagospodarowanych pochodzących od wykonawcy. Instalacje komunalne przekazują wykonawcy tylko dane określone w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, które są potrzebne wykonawcy do składania gminnych sprawozdań w okresie półrocznym.

Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wymagań w zakresie dokumentacji na wymóg przekazywania Zamawiającemu KPOK lub KPO lub oświadczeń z pierwszej instalacji przetwarzania odpadów, do których zostały przekazane odpady. Organem kontrolującym z mocy ustawy prawidłowość postępowania z odpadami przez wykonawcę jest wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie m. in. art. 9p ucpg.

Składanie tak rozbudowanej dokumentacji w okresach miesięcznych jest nadmierną, podwójną biurokracją i zbędnym formalizmem utrudniającym pracę wykonawcy. Dla zobrazowania ww. zbędnego formalizmu należy przytoczyć przykład: około 2000 dowodów ważenia miesięcznie (drukowanych, podpisywanych i przesyłanych ciągu 30 min. na Wirtualny Dysk) + 2000 KPOK drukowanych z elektronicznego systemu BDO (pomimo, że gmina ma dostęp do BDO i wszystkich danych wykonawcy) = 4.000 dokumentów miesięcznie niepotrzebnie wymaganych (8 ryz papieru), ponieważ KPOK funkcjonuje w systemie elektronicznym „bdo” i posiada dokładnie te same informacje, co dowód ważenia.

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ poprzez odstąpienie przez Zamawiającego od opisanego powyżej obowiązku na rzecz weryfikacji tych informacji w systemie teleinformatycznym, do którego Zamawiający - jako gmina ma dostęp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 marca 2020 r. oświadczył, że uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, w zakresie zarzutu nr 6, 17 oraz 10 w zakresie wymogu, o którym mowa w pkt 1 ppkt 4 załącznika nr 28 do SWU. Zamawiający wskazał, iż nie uznaje pozostałych zarzutów, tj. zarzutów od 1 do 5, od 7 do 9, 10 w pozostałej części, od 11 do 16 i od 18 do 20, zawartych w odwołaniu.

Ponadto w piśmie z dnia 27 maja 2020 r. Zamawiający w zakresie poszczególnych zarzutów wskazał, co następuje.

Odnosnie zarzutu 1. Zamawiający uzasadniał, że nie ma żadnych formalnych i prawnych ograniczeń, które uniemożliwiłyby ujęcie w zapisach projektu przyszłej umowy o zamówienie publiczne terminu realizacji umowy w sposób określony nie tylko poprzez wskazanie określonej daty, ale również poprzez wskazanie biegu terminów w sposób określony „zdarzeniowo”. Z kolei w świetle art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający powinien określić w SIWZ termin wykonania zamówienia. Ustawodawca nie wskazał w jakiej formie Zamawiający powinien ujmować termin realizacji zamówienia pozostawiając dowolność w tym zakresie (z zastrzeżeniem obowiązujących przepisów prawa). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skonstruował zapisy dotyczące terminu realizacji zamówienia w sposób uwzględniający powyższe zasady, jak również wskazał termin realizacji w oparciu o praktykę wynikającą z wcześniej przeprowadzonych postępowań, z jednej strony przewidując co najmniej 30 dniowy okres przeznaczony dla wykonawców na przeprowadzenie czynności przygotowawczych do realizacji przedmiotu umowy, a z drugiej strony oznaczając precyzyjnie termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia jako zdarzenia przyszłego i pewnego (por. wyrok z 27.06.2008 r. SO w Warszawie V Ca 977/08), to jest zapewniając równe traktowanie wszystkich wykonawców.

Zamawiający wskazywał również na brzmienie § 4 ust. 3 projektu umowy podnosząc, że Odwołujący 2 w sposób niepełny przywołał zapisy zawarte w treści projektu umowy a dotyczące terminu realizacji umowy. Zamawiający wyraźnie określił, iż okres realizacji przedmiotu umowy rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od daty zawarcia umowy, z tym jednak zastrzeżeniem że czas od zawarcia umowy do dnia rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy jest tym właśnie czasem, który Wykonawca ma wykorzystać na podjęcie czynności przygotowawczych do rozpoczęcia realizacji umowy (np. SWU rozdz. XV pkt 2 - dot. systemu monitoringu pojazdów i identyfikacji pojemników, rozdz. XVII pkt 2 SWU - dot. systemu wizyjnego monitorowania pojazdów).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego treści II.2.7) Ogłoszenia o zamówieniu, która zawiera datę końcową (28.02.2023 r.) Zamawiający zwraca uwagę na konstrukcję formularza ogłoszenia, zgodnie z którą w rubryce II.2.7) Ogłoszenia - Okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów możliwe jest wyrażenie okresu w miesiącach, albo okresu w dniach: albo według formuły początek (dd/mm/rrrr) /koniec:

(dd/mm/rrrr). Mając na uwadze fakt, iż nie ma możliwości wypełnienia formularza ogłoszenia o zamówieniu w oparciu o opis terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia zgodny z opisem zawartym w niniejszym postępowaniu, Zamawiający zmuszony był do zawarcia w przedmiotowym ogłoszeniu informacji o terminie zakończenia realizacji zamówienia. Wszystkie zatem istotne informacje w zakresie terminów realizacji zamówienia, co do których wiedzę ma Zamawiający, zostały przez Zamawiającego wskazane w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe, zarzut zawarty w odwołaniu, jakoby wykonawca pozostawał w stanie niepewności co do terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest zasadny.

Odnośnie zarzutu 2. Zamawiający przedstawił szeroki wywód wstępny.

W przedmiocie bioodpadów Zamawiający wskazał, iż Zamawiający - posługując się aparaturą pojęciową ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach — określił to na przykład, jakie worki powinny być oznaczone napisem „BioZielone” (rozdział II ust. 5 pkt 1 lit. a tiret szóste SWU). Tymczasem z odwołania wnosić można, że Zamawiający odwołuje się do nieznanego prawa kategorii odpadów, pomijając jednak, że użyciu określenia „Bio-Zielone” towarzyszyło objaśnienie adekwatne do aparatury pojęciowej ustawy. W tym kontekście brak jest podstaw do odmówienia Zamawiającemu prawa do decydowania o sposobie oznaczenia pojemników i worków, zwłaszcza że rozporządzenie Ministra Środowiska w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów jest rozporządzeniem zachowanym czasowo w mocy i nie uwzględnia dopuszczonego obecnie ustawą podziału strumienia bioodpadów na strumień obejmujący tzw. część zieloną i strumień obejmujący pozostałe odpady. Wyjaśnienia Ministerstwa Środowiska, na które powołuje się Odwołujący, stanowią wyłącznie niewiążącą opinię i de facto stanowią formę wyrażania oceny co do sposobu uregulowania stanów faktycznych nieregulowanych rozporządzeniem (ale obecnie regulowanych już ustawą). Zamawiający opisując przedmiot zamówienia posługuje się ustawową siatką terminologiczną. Potencjalne wątpliwości Odwołującego zdają się odnosić do tekstu przepisów prawa, nie zaś do tekstu SIWZ. SIWZ nie jest miejscem natomiast do przeprowadzania egzegezy przepisów ustawy i rozstrzygania wszelkich wątpliwości interpretacyjnych, jakie na gruncie przepisów prawa mogą się pojawiać. Zarzut natomiast, że ustawa nie posługuje się pojęciem „odpadów biozielonych” jest chybiony, albowiem Zamawiający nie używa tego określenia do opisu przedmiotu zamówienia, ale do wskazania sposobu oznaczenia worka na odpady. Jednocześnie wskazuje się, że wbrew stanowisku Odwołującego, Gmina nie ma obowiązku (a tylko możliwość) podziału strumienia bioodpadów. Art. 4 ust. 2a pkt 2 ucpg wprost wyraża tzw. upoważnienie fakultatywne.

W zakresie uwag Odwołującego dotyczącego odbierania bioodpadów Zamawiający wskazał, że obowiązkiem wykonawcy będzie odbieranie od właścicieli nieruchomości

bioodpadów (co wynika wprost z rozdziału III ust. 1 pkt 5 SWU). W tym względzie podkreślić należy, że pojęciem bioodpadów posługuje się ustawodawca w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w ustawie o odpadach (w tej ostatniej zamieszczona jest definicja bioodpadów - art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach). Nadto z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, że obejmuje on odbieranie odpadów komunalnych. Z powyższego wynika więc, że obowiązkiem wykonawcy jest odbieranie bioodpadów stanowiących odpady komunalne. W związku z tym, że są to kategorie ustawowe nie wymagają one dodatkowego wyjaśnienia.

Wątpliwość Odwołującego dotyczą oznaczenia worków: „Bio-Zielone”. Odwołujący jednak nie uwzględnił, że dotyczy to wyłącznie oznaczenia worków, a nie zakresu zamówienia, a jednocześnie w SWU precyzyjnie zostało nakreślone to, na jakie odpady worki te mają być przeznaczone. Zamawiający przewiduje bowiem, że bioodpady stanowiące części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów parków i cmentarzy mogą być zbierane w workach, co wymagało wprowadzenia odpowiedniej dystynkcji, w tym odrębnego oznaczenia worków, co jednak zostało wyjaśnione przy użyciu terminologii ustawowej, która nie powinna budzić zastrzeżeń i wątpliwości wykonawcy.

Okoliczność, że zakresem zamówienia objęty jest cały strumień bioodpadów (stanowiących odpady komunalne) w sposób jednoznaczny legitymowany jest uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego związanymi z przepisami ucpig. Zamawiający miał pełne prawo poszerzyć zakres odbieranych odpadów w stosunku do poprzednio udzielanych zamówień. Fakt, że obecnie obowiązujący Regulamin odnosi się do odpadów zielonych, nie wpływa w żaden sposób na to, że zakres zamówienia został opisany jasno i precyzyjnie. Postanowienia obecnego, jak i przyszłego Regulaminu nie mają bowiem zastępować opisu przedmiotu zamówienia, ale stanowić subsydiarny wzorzec normatywny w tych przypadkach, w których zachowania wykonawcy nie są regulowane postanowieniami umowy. Inaczej rzecz ujmując, treść Regulaminu nie może być postrzegana przez wykonawcę jako alternatywny opis przedmiotu zamówienia, który w każdym zakresie winien konfrontować z opisem przedmiotu zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego.

Podkreślał, że z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, jakiego rodzaju odpady mają być odbierane od właścicieli nieruchomości, tj. że są to min. bioodpady stanowiące odpady komunalne, co wymagane jest wprost i wyraźnie ustawą. Nie ulega też wątpliwości, jakiego koloru mają być pojemniki i worki przeznaczone na te odpady. Wiadomo również, że tzw. zielona część bioodpadów może być zbierana w workach oznaczonych odmiennym napisem, tj. „Bio-Zielone”.

W związku z tym natomiast, że obecnie obowiązujący Regulamin nie przewiduje sposobu oznaczenia pojemnika na bioodpady, wykonawca nie ma obowiązku uwzględniać postanowień Regulaminu, które nie dotyczą jego zachowań. Z całą pewnością z tej

okoliczności nie można wywodzić wniosku, że zakres przedmiotu zamówienia budzi wątpliwości.

Z całą pewnością nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia zdarzeń przyszłych i niepewnych związanych ze zmianami przepisów prawa.

W zakresie wskazania obowiązków właścicieli nieruchomości Zamawiający wskazał, iż zdumiewające jest to, że Odwołujący wprost i jednoznacznie żąda, aby Zamawiający określił w SIWZ obowiązki właściciela nieruchomości w zakresie selektywnego zbierania odpadów (!). Z całą stanowczością wskazać należy, że nie ma ku temu jakichkolwiek podstaw. Obowiązki takie mogą wynikać jedynie z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, a w przypadku prawa miejscowego dodatkowo wydanych w granicach i na podstawie stosownych upoważnień ustawowych. Opis przedmiotu zamówienia nie służy i nie może służyć ustanawianiu obowiązków obciążających właścicieli nieruchomości. Zupełnie zatem niezrozumiały jest taki postulat Odwołującego, wskazywany w dodatku w uzasadnieniu naruszenia art. 29 ustawy Pzp.

Odnosnie uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia o kwestie dotyczące kryteriów realizacji obowiązku selektywnego zbierania odpadów Zamawiający wskazał, iż ocena spełnienia obowiązku selektywnego zbierania odpadów przez właścicieli nieruchomości stanowi ustawową powinność podmiotu odbierającego odpady komunalne (art. 6ka ust. 1 ucpig) i do jej wykonania nie jest wymagana specyfikacja, czy też uszczegółowienie treści obowiązku selektywnego zbierania odpadów. Rada Miejska, uchwalając regulamin, ma zaś prawo (a nie obowiązek) określić (art. 4 ust. 2a pkt 5 ucpig) warunki uznania, że odpady są zbierane w sposób selektywny. W przypadku nieskorzystania z tej fakultatywnej kompetencji wystarczającą miarą do oceny sposobu wypełniania obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych powinna być treść przepisów powszechnie obowiązujących, określających obowiązki właściciela nieruchomości w dziedzinie postępowania z odpadami komunalnymi. Podkreślić także należy przy tym, że art. 6d ust. 4 pkt 4a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obliguje Zamawiającego do wskazania sposobu postępowania w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązku selektywnego zbierania odpadów, ale nie obliguje Zamawiającego do wskazania sposobu identyfikacji naruszeń tego obowiązku. Oczekiwanie Odwołującego, że zamawiający wskaże sposób, w jaki wypełniać ma swój ustawowy obowiązek jest więc bezpodstawne. Z przywołanego przez Odwołującego postanowienia SWU wynika, że wykonawca obowiązany jest „kontrolować zawartość pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych”. Brak tu jest podstaw do wątpliwości, czy obejmuje to wszystkie rodzaje pojemników. SWU nie wprowadza wyłączeń, ani nie sugeruje nawet, że takie wyłączenia mogą nastąpić. Inaczej rzecz ujmując, obowiązkiem wykonawcy jest kontrola wszystkich rodzajów pojemników, w których zbierane są odpady.

W kwestii mycia i dezynfekcji pojemników Zamawiający wskazał, że zarzut Odwołującego w ww. zakresie jest nieuzasadniony. Otóż w zakresie terminów (częstotliwości) mycia to w myśl rozdziału II ust. 8 SWU obowiązki te w zakresie pojemników na bioodpady wynikają z umowy, a w pozostałym zakresie z Regulaminu. Zamawiający wskazuje przy tym precyzyjnie, że pojemniki mają być myte na zewnątrz i wewnątrz ciepłą wodą. Zamawiający wskazuje przy tym, że okoliczność ta (czego już zdaje się celowo nie dostrzegać Odwołujący) jest pouczającym przykładem tego, jak działa subsydiarne stosowanie Regulaminu. W tym przypadku technika subsydiarnego wykorzystania Regulaminu znajduje swoje uzasadnienie, albowiem przedmiotowy obowiązek właściciela został na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 ucpg, co daje Zamawiającemu bezpośredni tytuł do powoływania się na postanowienia Regulaminu. Natomiast uwagi Odwołującego co do kształtu przyszłego Regulaminu w tym zakresie stanowią spekulację, z którą nie sposób merytorycznie polemizować. Podsumowując, Zamawiający określił na czym ma polegać mycie i dezynfekcja pojemników, jak często ma następować i za pomocą jakich urządzeń. Nie ma powodów, aby na tej podstawie wykonawca nie mógł zakresu swoich obowiązków skalkulować oferty.

W przedmiocie wymogów SIWZ co do informacji zamieszczonych na pojemnikach Zamawiający podał, że wbrew supozycjom Odwołującego oznakowanie zarówno worków, jak i pojemników będzie obejmować informacje o rodzaju i zakresie zbieranych w pojemnikach lub workach odpadach, wskazujące między innymi „czego nie należy gromadzić w poszczególnych” workach lub pojemnikach (SWU rozdział II ust. 5 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b). Sposób oznakowania pojemników i worków będzie więc rodzajowo, kolorystycznie i opisowo wskazywał zakres zbieranych w pojemnikach i workach odpadów, co niewątpliwie pomoże właścicielom nieruchomości w wykonywaniu obciążających ich obowiązków.

W zakresie usługi SZOP wskazał, że Przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zobowiązują do regulowania każdej formuły pozbywania się odpadów przez mieszkańców w Regulaminie. Jeżeli Gmina wprowadza inne formy zapewnienia pozbywania się odpadów, aniżeli te stanowiące minimum, nie ma w ogóle obowiązku regulować ich na poziomie Regulaminu. Lokalny prawodawca nie ma więc obowiązku regulować np. cyklicznych akcji zbierania odpadów od właścicieli nieruchomości prowadzonych w inny niż typowy sposób. Odwołujący nie wykazał przy tym, że opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1. Nieprawdą jest przy tym twierdzenie Odwołującego, że wszystkie aspekty gospodarowania odpadami komunalnymi „powinny być zawarte w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Regulacje te powinny mieć charakter powszechnie obowiązującego prawa”. Lektura ustawy dowodzi, że jest wręcz przeciwnie: przedmiotem Regulaminu mogą być wyłącznie sprawy przekazane do uregulowania radzie gminy art. 4 ustawy. Ustawodawca nie nakłada na gminę obowiązku

uregulowania wszystkich form i aspektów pozbywania się odpadów komunalnych w aktach rangi prawa powszechnie obowiązującego.

Odnośnie odbierania odpadów ze szkła wskazał, że postanowienia SWU szczegółowo i precyzyjnie określają obowiązki Wykonawcy. Wskazuje na to również treść odwołania. Obowiązkiem Wykonawcy jest wykonywanie umowy, a rolą wykonawcy nie jest redefiniowanie i zastępowanie postanowień umowy w oparciu o postanowienia regulaminu i własną wizję gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Odwołujący nie kwestionuje tego, że nie wie, jak w tym zakresie wykonać przedmiot zamówienia, ani że jest on nieprecyzyjnie opisany, ale jedynie podważa istotę przyjęcia tego rozwiązania. Tymczasem określenie częstotliwości odbierania określonego rodzaju odpadów mieści się w sferze uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

W przedmiocie zarzutu 3. Zamawiający wskazał, że Odwołujący 2 po raz kolejny podniósł zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp niemniej jednak w treści odwołania nie wskazał w jaki sposób Zamawiający miałby dopuścić się naruszenia powołanego przepisu. Odwołujący nie wykazał ani nawet nie wspomina o tym, aby opis przedmiot zamówienia wywołał stan naruszenia zakazu utrudniania konkurencji, a co za tym idzie Zamawiający nie jest w stanie odnieść się do tak jedynie postawionego, ale jednocześnie niewyjaśnionego, zarzutu. Tym bardziej Odwołujący nie wykazał w jaki sposób hipotetyczny choćby stan niepewności po stronie wykonawców mógłby prowadzić do naruszenia zasady konkurencji.

Również w zakresie art. 7 ustawy Pzp Odwołujący nie wskazał w jakikolwiek sposób charakteru naruszenia art. 7. Zamawiający podnosi przy tym, że art. 7 obejmuje 4 ustępy wyrażające różne reguły postępowania. Odwołujący natomiast nie stwarza jednak nawet pozorów, które pozwalałyby uznać, że uzasadnienie odwołania w zakresie zarzutu nr 3 ma związek z art. 7.

Wobec powyższego Zamawiający przyjął, że zarzut nr 3 odnosi się do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp aczkolwiek i w tym zakresie nie ma pewności. Odwołujący odwołuje się do trzech okoliczności: a) sprzeczności wzoru służącego obliczaniu poziomu zagospodarowania odpadów; b) niemożliwości osiągnięcia wymaganych od wykonawcy poziomów; c) brakiem instrumentów oddziaływania na stopień osiągania poziomów nakładanych ustawą.

(a) W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, że niekwestionowanym prawem gminy, udzielającej zamówienia publicznego w dziedzinie gospodarowania odpadami komunalnymi, jest uzależnienie odpowiedzialności wykonawcy od osiągnięcia określonych poziomów zagospodarowywania odpadów komunalnych. Jest to wymaganie całkowicie racjonalne i uzasadnione nie tylko potrzebami Zamawiającego, ale również jego ustawowymi obowiązkami. Należy przy tym podkreślić, że zakres swobody Zamawiającego rozciąga się również na określenie parametrów mierzących odpowiedzialność wykonawcy. W tym zakresie

Zamawiający nie jest jednak obowiązany do ukształtowania odpowiedzialności wykonawcy w dokładnie ten sam sposób, w który kształtuje odpowiedzialność zamawiającego za niewykonanie ustawowych zadań. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający ma prawo kształtować zakres i treść obowiązków wykonawców oraz zasady odpowiedzialności za ich niewykonanie w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą natomiast polegać na osiągnięciu celów dalej idących aniżeli minimum definiowane przez ustawodawcę albo osiągnięciu celów instrumentalnych względem celów podstawowych. Zasadne jest więc obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością oraz kształtowanie tej odpowiedzialności w sposób tożsamy lub podobny w stosunku do reguł kształtujących zadania gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający zasadniczo opiera się na konstrukcji ustawowej, a w jednym tylko zakresie - ze względu na specyfikę udzielanego zamówienia (w tym podział Gminy Wrocław na sektory) - Zamawiający operuje własnym wzorem mierzącym zakres odpowiedzialności wykonawcy. Zamawiający podkreśla również, że sposób obliczania poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych jest racjonalny i merytorycznie uzasadniony i wbrew supozycjom Odwołującego, nie został określony w sposób arbitralny.

Po pierwsze Zamawiający dostosował zakres odpowiedzialności do zmienionego brzmienia aktualnie już obowiązującego art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który nie dotyczy już „recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła” oraz przepisów UE. Tymczasem Odwołujący zwraca uwagę na aktualnie obowiązujące rozporządzenie, ignorując kluczowe postanowienia ustawy.

Po drugie wzór określony przez Zamawiającego współgra z treścią przepisów ustawowych, a jednocześnie odpowiada projektowi rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne (DKPL.WK.10.2.18.2019.JS(27)) dołączonemu do projektu ustawy zmieniającej min. art. 3b ucpig uchwalonemu jako ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw. Wzór ten odpowiada również wymaganiom Decyzji Komisji z dnia 18 listopada 2011 r. ustanawiającej zasady i metody obliczeń w odniesieniu do weryfikacji zgodności z celami określonymi w art. 11 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE w sprawie odpadów (Dz. Urz. WE L 310 z 25.11.2011, str. 11—6) i stanowi odzwierciedlenie wymagań stawianych Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/851 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę 2008/98/WE w sprawie odpadów.

Podkreślić należy przy tym, że ze SWU jasno i wyraźnie wynika, w których przypadkach Zamawiający wprowadza własne regulacje, co dotyczy w szczególności jednego z przypadków obliczania poziomów, w którym Zamawiający zdecydował się na skonstruowanie wzoru odpowiadającego znowelizowanemu brzmieniu ustawy oraz przepisom UE, nie zaś tymczasowo zachowanemu rozporządzeniu, które w zakresie przedmiotowego wzoru na pewno przestanie obowiązywać.

(b) Odwołujący 2 podnosi przy formułowaniu tego zarzutu, że nie jest możliwe osiągnięcie poziomów recyklingu. Tymczasem twierdzenia Odwołującego, które koncentrują się w obliczeniach przedstawianych za pomocą tabeli dołączonej do odwołania, opierają się na co najmniej dwóch kontrfaktycznych założeniach. Mianowicie zakłada w obu wariantach, że % odpadów możliwych do recyklingu w przypadku niesegregowanych (zmieszanych) odpadów to jedynie 3%, natomiast w przypadku bioodpadów w wariacie realnym to zaledwie 50%.

W pierwszym przypadku, tj. w przypadku odpadów niesegregowanych (zamieszanych), Zamawiający wskazuje, że w świetle badań morfologicznych odpadów pochodzących z gminy Wrocław odsetek wysortowanych surowców ze strumienia odpadów zmieszanych może wynosić nawet 26,2% (tabela nr 2 w załączeniu), nie zaś 3% jak wskazuje Odwołujący. Badania te znajdują odzwierciedlenie w bieżącej działalności wykonawców. Wyniki uzyskiwane przez innych wykonawców odbierających odpady z gminy Wrocław wskazują natomiast, że w 2019 roku odsetek wysortowanych przez nich surowców z odpadów zmieszanych stanowił w niektórych miesiącach ponad 36% (tabele nr 4 i nr 5 w załączeniu). W drugim przypadku, tj. w przypadku bioodpadów, Odwołujący swoje obliczenia w wariacie „realnym” opiera na założeniu, że % możliwych do poddania recyklingowi bioodpadów to jedynie 50%. Tymczasem rzeczywiste praktyki zagospodarowywania odpadów pochodzących z terenu gminy Wrocław, wskazują, że recyklingowi poddaje się 100%. Zmiana kontrfaktycznych założeń przyjmowanych przez Odwołującego i ich urealnienie zmienia w sposób istotny obliczenia przedstawiane przez Odwołującego, a wymagania Zamawiającego uczyni całkowicie realnymi do osiągnięcia. W tym kontekście wskazać należy, że Zamawiający zasadnie zakłada, że przyjmowane przez niego prognozy dotyczące możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu zostaną zrealizowane. Niewątpliwie mają one potwierdzenie w systematycznie rosnących poziomach recyklingu odpadów, w tym w związku z rosnącą sprawnością współczesnych instalacji do przetwarzania odpadów, do których wykonawca może kierować odpady. Dodatkowo wprowadzona zostanie selektywna zbiórka bioodpadów kuchennych. Wyodrębnienie tej frakcji ze strumienia odpadów zmieszanych pozwoli na osiągnięcie lepszych wyników poziomów recyklingu. Zbiórka bioodpadów kuchennych spowoduje bowiem większą czystość pozostałych frakcji odpadów znajdujących się w strumieniu odpadów zmieszanych, dzięki

czemu powinien wzrosnąć procent potencjalnych odpadów do wysortowania. Potwierdzają to doświadczenia innych gmin. W 2018 roku selektywna zbiórka bioodpadów kuchennych została wdrożona w Aglomeracji Poznańskiej, pod zarządem Związku Międzygminnego Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej „GOAP”. W Aglomeracji Poznańskiej głównym wytwórcą odpadów jest Miasto Poznań, które z kolei ze względu na swój wielkomiejski charakter i podobne położenie geograficzne (Zachodnia Polska) jest dość podobne do Wrocławia. Wyniki selektywnej zbiórki bioodpadów kuchennych w Poznaniu dają więc dość dobry pogląd na spodziewane wyniki zbiórki w początkowej fazie wdrożenia we Wrocławiu. Otóż w miesiącach od stycznia do sierpnia z terenu GOAP odebrano łącznie 182 682 Mg odpadów komunalnych. W tym bioodpady kuchenne stanowiły 3 605 Mg, czyli około 2,0% całej masy odpadów komunalnych. Zakładając, że ilość bioodpadów kuchennych podobnie jak we Wrocławiu stanowi ok. 22,2% całej masy odpadów komunalnych (czyli w tym okresie ok. 40 555 Mg), efektywność zbiórki bioodpadów kuchennych wyniosła ok. 8,9%. Stąd w prognozie dla Wrocławia przyjęto, że w pierwszym roku obowiązywania zbiórki bioodpadów kuchennych jej efektywność wyniesie 10%, w kolejnym roku 15% i dalej zgodnie z założeniami przedstawionymi w tabeli 3.

(c) Zamawiający nie ma obowiązku specyfikacji przypadków, w których dochodzi do naruszenia obowiązku selektywnego zbierania odpadów; brak takich obowiązków ani nie utrudnia ani nie umożliwia identyfikacji przypadków nieselektywnego zbierania odpadów; przypomnieć należy, że warunki uznania, że odpady są zbierane w sposób nieselektywny, ma prawo określić rada gminy regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminach, ale obowiązku takiego nie ma (art. 4 ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), natomiast możliwość identyfikacji naruszenia prawnego obowiązku selektywnego zbierania odpadów nie wymaga dodatkowej specyfikacji w opisie przedmiotu zamówienia; na takim zresztą założeniu opiera się ustawodawca nakładając na podmioty odbierające odpady komunalne obowiązek identyfikacji przypadku naruszenia obowiązku selektywnego zbierania odpadów bez wskazywania kryteriów jego naruszenia (art. 6ka ust. 1 ucpq). W świetle ustawowych i umownych obowiązków wykonawcy dysponuje on realnymi możliwościami stymulującymi prawidłowe i efektywne zbieranie odpadów, przekładające się z kolei na poziomy ich późniejszego recyklingu. Przypomnieć należy, że wykonawca obligowany jest do informowania i Zamawiającego i właściwy organ podatkowy o zdiagnozowanych naruszeniach w zakresie obowiązku selektywnego zbierania odpadów. Wykonawca może również oddziaływać na poziomy zagospodarowywania odpadów kontrolując zawartość pojemników i stopień ich napełnienia. Podkreślić należy również, że wybór instalacji, do których będą kierowane odpady w celu poddania ich recyklingowi, ma w przedmiotowym zakresie kluczowe znaczenie. Zniesiona regionalizacja w zakresie instalacji komunalnych oraz obserwowany na rynku postęp technologiczny powinien skłonić

wykonawców do poszukiwania takich odbiorców odpadów, którzy zapewnią najwyższy, dostępny na rynku poziom recyklingu odpadów komunalnych. Okoliczności tej odwołujący zdaje się nie dostrzegać. Zamawiający podnosił również, że zakładane przez Odwołującego mające nastąpić w przyszłości zmiany ustawodawcze nie mogą decydować o wadliwości opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący de facto oczekuje, aby Zamawiający przewidział treść ustanowionych w przyszłości przepisów i uwzględnił je nim jeszcze zanim zaczną obowiązywać. Zarzut ten jest tym bardziej nieuprawniony, jeśli przyjąć, że Zamawiający winien w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnić lub przewidywać przyszłe ukształtowanie systemu rozszerzonej odpowiedzialności producenta oraz systemu kaucyjnego. Zamawiający nie ma przy tym obowiązku przewidywać i wprowadzać mechanizmów eliminowania lub łagodzenia ryzyk związanych z przeobrażeniami gospodarczymi i prawnymi. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ma również obowiązku antycypować kształty przyszłych systemów gospodarowania odpadami komunalnymi oraz systemów z nimi powiązanych.

W zakresie zarzutu 4. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe zamówienie obejmuje odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Do odpadów komunalnych należy natomiast niczym nieograniczony strumień odpadów, zwłaszcza co do rodzajów odpadów, w szczególności nielimitowana katalogiem odpadów i grupą oznaczoną jako 20, o ile tylko odpady te spełniają kryteria ustawowej definicji (art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpadach). Zgodnie z nią odpady komunalne to odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych. Z uwagi na taką ustawową konstrukcję pojęcia odpadów komunalnych, z którymi hipotetycznie zetknąć się może wykonawca, sformułowanie ostatecznego i zamkniętego katalogu jest po prostu niemożliwe („wszystkie odpady powstające w gospodarstwach domowych”). Z tego powodu Zamawiający wymienił w opisie przedmiotu zamówienia odpady, z którymi wykonawcy z pewnością będą mieli do czynienia, wskazując jednakże, że nie może wykluczyć (w szczególności w przypadku prac interwencyjnych), że wykonywanie zamówienia może objąć incydentalnie również postępowanie z innymi rodzajami odpadów. Tym samym Zamawiający dopełnił powinności możliwie jak najstaranniejszego opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający kryteriom Pzp, a uwzględniający ustawową definicję odpadów komunalnych.

Zamawiający podkreślał, że zasadniczą część przedmiotu zamówienia dotyczyć będzie w istocie kilku frakcji odpadów selektywnie zbieranych oraz frakcji nieselektywnej. Większa różnorodność odpadów może natomiast wystąpić w zakresie prac interwencyjnych, niemniej jednak wieloletnie doświadczenie Zamawiającego w tym zakresie, które wykorzystał opisując przedmiot zamówienia, wskazuje, że wyszczególniony katalog odpadów miarodajnie i

adekwatnie opisuje przedmiot zamówienia, nie sprawiając wykonawcom trudności w jego realizacji. Skądinąd taki właśnie sposób opisu przedmiotu zamówienia jest aprobowany przez KIO, w tym w sprawie wcześniejszych postępowań Zamawiającego i to nawet przy rozpoznawaniu odwołania przy udziale aktualnie Odwołującego (wyrok KIO z 29 marca 2013 r., sygn. akt 559/13). Opis przedmiotu zamówienia nie jest zatem, jak podnosi Odwołujący, całkowicie niewiadomy. Zakres odpadów wyznaczający przedmiot zamówienia wprost jest niezwykle szeroki. Obejmuje min. odpady z grupy 20, 17, 15, 16, 13. Zamawiający nie może wykluczyć i nie ma na to wpływu, że w toku wykonywania zamówienia mogą pojawić się incydentalne sytuacje, w których zakresem obowiązków wykonawcy zostaną objęte odpady wprost niewskazane przez Zamawiającego. Nie jest to jednak równoznaczne z „całkowicie niewiadomym opisem przedmiotu zamówienia”.

Odnośnie zarzutu 5. Zamawiający wskazał, iż zastosowanie zapisu kwestionowanego w odwołaniu pozwala uniknąć przepelniania się pojemników. Ponadto mieszkańcy widząc pojemnik zapełniony w stu procentach nie będą mieli miejsca na zdeponowanie swoich odpadów, co będzie prowadzić do pozostawiania śmieci obok pojemników w miejscu gromadzenia odpadów, bądź co gorsze wrzucania odpadów do innych pojemników. Spowoduje to zmieszanie odpadów i ich zanieczyszczenie. Przykładowo frakcja bioodpadów, która jest mokra, wrzucona do frakcji odpadów z papieru i tektury spowoduje zniszczenie tej frakcji pod kątem możliwości poddania jej recyklingowi. Przekłada się to na uzyskiwane poziomy odzysku oraz większe koszty dla Wykonawcy w zakresie zagospodarowania, który wielokrotnie wskazuje w odwołaniu, że zależy mu na czystym surowcu. Takie zapisy pozwolą na złożenie korzystniejszej oferty, bowiem dzisiejsze umowy funkcjonują na takich warunkach, więc dla doświadczonych wykonawców nie powinno stanowić to wyzwania logistycznego. Nie może być zatem mowy o nierównym traktowaniu wykonawców.

Natomiast co do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, wskazać należy, iż to zamawiający decyduje o tym jakie są jego potrzeby wynikające z realizacji zadań użyteczności publicznej i w oparciu o analizę tych potrzeb ogłasza dane postępowanie, w tym zakresie Wykonawca nie może decydować o tym co jest potrzebne Zamawiającemu.

Zamawiający uzasadniał, iż wskazana w rozdziale III pkt 2 SWU częstotliwość opisana jest jako co najmniej ilość tam podana, ale ostatecznie to Wykonawca ustala taką częstotliwość odbioru, aby nie doprowadzić do przepelnienia pojemników, w oparciu o swoje doświadczenie w realizacji tego rodzaju usług.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż w ramach właśnie zakończonej umowy na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I - Stare Miasto i Śródmieście w latach 2017-2019 naliczył kary umowne z punktów obejmujących opisane naruszenia, tj. odpowiednio w wysokości 18 900 zł, 135 600 zł oraz

1 900 zł. Uzasadniał, iż kwota zawartej umowy opiewa na 153 513 316,80 zł co wskazuje, że kwoty naliczonych kar stanowią 0,1% (jeden promil) wartości umowy. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach do odwołania firmy FBService (KIO 401/20), gdzie również kwestia ta została podniesiona, złożył jako dowód w sprawie „Zestawienia kar za rok 2019 z podziałem na sektory” (wiersz 10-12), z którego wyraźnie wynika, iż wartość kar naliczanych dotychczas z tego tytułu, w oparciu o analogiczne zapisy obowiązujących umów, miała wartość setnych procenta wynagrodzenia Wykonawców. Co jednoznacznie wskazuje, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego nie mamy do czynienia z nadmiernym obciążeniem ryzykiem kontraktowym.

Dodatkowo Zamawiający odnosząc się do dowodów zaprezentowanych przez Odwołującego wskazał, iż: 1) za wskazane przez WPO ALBA w protokole kontroli nr 02/12/2018/KM/I nieruchomości Podwałe 73, 73a, 75, 77 nie zostały naliczone kary umowne, co jest widoczne w zestawieniu kar za grudzień 2018 (Zestawienie kar z 12.2018 r., w którym brak przedstawionego protokołu w załączeniu), 2) Zamawiający naliczył natomiast kary w grudniu 2018 r. za przeprowadzenia występujące na nieruchomościach bp. Tomasza Pierwszego 3, Łowiecka 5-7, pl. Staszica 28 i 42 (protokół nr 04/12/2018/PR/I). Dokumentacja zdjęciowa w tym zakresie zostanie przedstawiona na rozprawie (Dokumentacja fotograficzna naliczonych kar w 12.2018 r. w załączeniu), 3) za wskazane przez WPO ALBA w protokole kontroli nr 06/02/2018/PR/I nieruchomości Rynek 16 nie zostały naliczone kary umowne, co jest widoczne w zestawieniu kar za luty 2018 r. (Zestawienie kar z 02.2018 r., w którym brak przedstawionego protokołu w załączeniu). Tak więc Odwołujący przywołał wybiórcze dowody, które w żaden sposób nie potwierdzają jego stanowiska.

Zamawiający wskazał, iż złożony w odwołaniu wniosek o zmianę tego zapisu i wprowadzenie zasady wypełniania pojemników na poziomie 100% stanowiłby zaprzeczenia istoty odbioru odpadów w systemie selektywnym.

W przedmiocie zarzutu 7. Zamawiający uzasadniał, że odbiór odpadów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych jest tańszy z uwagi na następujące elementy: 1) odpady są przygotowane do odbioru, a czystość frakcji jest uprzednio weryfikowana przez pracowników Zamawiającego obsługujących PSZOK, 2) czystość zebranych frakcji przekłada się na tańsze zagospodarowanie, z uwagi na mniejszą ilość zanieczyszczeń, 3) stałe koszty transportu, w tym redukcja kosztów paliwa, odbiór z jednego, z góry ustalonego punktu, 4) odpady zebrane w PSZOK odbierane są w większych ilościach przy jednorazowym transporcie, 5) brak kosztów związanych z kontrolą wypełnienia pojemników, tak jak ma to miejsce przy odbiorze z terenu Miasta oraz 6) brak jest jakichkolwiek utrudnień w odbiorze odpadów, o czym szeroko pisze Odwołujący przy odbiorze od właścicieli. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 8 października 2018 r. sygn. akt: KIO 1893/18.

Odnosnie zarzutu 8. Zamawiający wskazał, iż to Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być tylko takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców (por. KIO 2285/16 15.12.2016). Z kolei „Zamawiający może zastosować wszystkie lub niektóre przesłanki wykluczenia, wedle własnego wyboru, zdeterminowanego okolicznościami danego postępowania. W przypadku podjęcia decyzji o stosowaniu określonych przesłanek zamawiający obowiązany jest podać w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji, które przesłanki będą stosowane. Brak upublicznienia informacji o stosowaniu przesłanek fakultatywnych jest równoznaczny z ich nie stosowaniem w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Decyzja o stosowaniu przesłanek fakultatywnych nie może być zmieniona po upływie terminu składania wniosków lub ofert, gdyż stanowiłoby to niedozwoloną modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7 Wydanie, Warszawa 2018, s. 315).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień nie określił jako przesłanki wykluczenia przesłanki fakultatywnej opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak, iż Zamawiający nie dostrzegł, że (jak to określił Odwołujący) przedmiot zamówienia jest ściśle związany z problematyką ochrony środowiska oraz że niewłaściwa gospodarka odpadami w istotnym stopniu wpływa na destrukcję środowiska naturalnego - przyczynia się do niszczenia walorów przyrodniczych siedlisk roślinnych i zwierzęcych, destrukcyjnie wpływa na obszary miejskie, wiejskie, rolne oraz leśne. Wręcz przeciwnie, troska Zamawiającego o te aspekty znalazła ścisłe odzwierciedlenie w szczególności w treści projektu umowy (np. uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli realizacji zamówienia, kary umowne) oraz Szczegółowych warunkach umowy (np. monitorowanie pojazdów, raporty zdarzeń). Zamawiający, biorąc pod uwagę doświadczenia z dotychczas przeprowadzonych realizacji, uznał iż dalece bardziej skutecznym rozwiązaniem gwarantującym możliwość skutecznego eliminowania nieprawidłowości w toku realizacji procesu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest skonstruowanie odpowiednich rozwiązań prawnych niosących za sobą dotkliwe konsekwencje wobec wykonawcy odpowiedzialnego za realizację zamówienia, który w toku jego realizacji dopuściłby się naruszenia właściwych dla problematyki ochrony środowiska przepisów. Warto także wspomnieć, iż Zamawiający biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia przewidział również stosowne narzędzia umożliwiające realne sprawowanie przez

Zamawiającego nadzoru i kontroli prawidłowości realizacji umowy, w tym także pod kątem przestrzegania przez wykonawcę przepisów w zakresie ochrony środowiska.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, takie postępowanie w większym stopniu w niniejszym postępowaniu daje rękojmię zachowania dobrostanu środowiska naturalnego przy realizacji zamówienia, nie zmniejszając przy tym kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający stwierdził, iż opisana wyżej przesłanka wykluczenia jest przesłanką fakultatywną, nie obligatoryjną. Kierując się jednym z podstawowych założeń wykładni prawa, tj. zasadą racjonalności prawodawcy, nie można przyjąć, że w realiach prowadzonego postępowania doszło do naruszenia zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców poprzez niezastosowanie przesłanki, którą sam ustawodawca uznał za fakultatywną pozostawiając w gestii Zamawiającego jej stosowanie.

W odniesieniu do zarzutu 9. Zamawiający wskazał, że charakterystyka przedmiotu niniejszego postępowania jednoznacznie wskazuje na fakt, iż postępowanie to jest adresowane do podmiotów profesjonalnych działających na rynku usług odbioru odpadów. Zarówno Szczegółowe warunki zamówienia, Projekt umowy, jak i konsekwentnie ustalone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, które są adekwatne do zakresu zadań, nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do tego, iż o zamówienie to nie będzie mógł ubiegać się każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą w przedmiotowym zakresie. W tym też kontekście należy oceniać treść dokumentacji postępowania, jako adresowaną do Wykonawcy profesjonalisty. Zamawiający działając w wykonaniu 29 ust. 3a ustawy Pzp dokonał identyfikacji zakresu zadań wchodzących w skład przedmiotu umowy, których realizacja polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. Zamawiający przywołał fragment opinii UZP dotyczącej art. 29 ust. 3a ustawy Pzp i uzasadnił, że w realiach niniejszego postępowania Zamawiający uznał, iż wykonywanie obowiązków przez osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem będą czynnościami, o których mowa w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. Tak sformułowany zapis w kontekście szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Szczegółowych Warunkach Umowy oraz Projekcie umowy jest zapisem z jednej strony umożliwiającym precyzyjne określenie przez Strony umowy, który z pracowników musi być zatrudniony przy realizacji umowy w oparciu o umowę o pracę, z drugiej strony pozwala na precyzyjną identyfikację takich pracowników, niezależnie od struktury organizacyjnej każdego z przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Nie jest zatem uzasadnione wskazywanie konkretnych stanowisk pracy, które w każdej z firm mogą posiadać inną nazwę. Nie jest też konsekwentne twierdzenie Odwołującego, iż kierowca śmieciarki powinien być zatrudniony na umowę o pracę, a ładowacze już nie, choć osoby te pracują wspólnie, jako jeden zespół.

Warto również wskazać, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, iż zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek zamieścić w SIWZ wykaz czynności wykonywanych literalne brzmienie powołanego przepisu wyraźnie wskazuje na obowiązek wskazanie przez Zamawiającego rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, czemu w niniejszym postępowaniu, w kontekście wyrażonego wyżej stanowiska, Zamawiający uczynił zadość.

Zamawiający zauważył, iż zarzut dotyczy tylko naruszenia art. 7 ustawy Pzp, a dopiero w treści uzasadnienia mamy de facto kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia, jako niezgodnego z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący kwestionuje prawo Zamawiającego do żądania umowy o pracę pracowników objętych wymogiem z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp i żąda zanonimizowania tych umów. Takie stanowisko pozostaje w sprzeczności z treścią art. 143e ustawy Pzp oraz z komunikatem, jaki 28 kwietnia 2017 r. wystosowali wspólnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes (UZP) i Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (GIODO), a dotyczącym weryfikacji zatrudniania przez wykonawców pracowników na umowę o pracę w kontekście przepisów o ochronie danych osobowych. W dokumencie tym wskazano, iż: „w celu realnej i efektywnej kontroli spełniania wymogu zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, zamawiający może pozyskiwać takie dane osobowe pracowników, jak: imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu. Źródła upoważnienia zamawiającego do żądania określonych danych osobowych pracowników wykonawcy organy upatrują w art. 36 ust. 2 pkt 8a Prawa zamówień publicznych.” Stąd zawarty w § 8 umowy obowiązek pozostaje w całości zgodny z obowiązującymi przepisami prawa.

Odnosnie zarzutu 10. Zamawiający wskazał, iż system, o którym mowa, został przetestowany przez Zamawiającego na jednym z sektorów (Sektor II Krzyki). W toku testów system był zachwalany przez kierowców śmieciarek ponieważ w znacznym stopniu ułatwiał im manewrowanie pojazdami. System opisany w SWU ma za główne zadanie zwiększenie bezpieczeństwa zarówno mieszkańców, jak i osób realizujących odbiór odpadów zgodnie z przedmiotem zamówienia. Wymagane rozwiązanie wspomaga kierowcę podczas jazdy oraz manewrowania. Tego typu rozwiązania są stosowane także w samochodach osobowych w tym samym celu, logiczne jest więc wyposażenie w taki system pojazdów o wiele większych i wykonujących prace komunalne w mieście, gdzie może dochodzić do wielu niebezpiecznych sytuacji. Wypadki tego typu pojazdów z udziałem osób pieszych (co warto podkreślić odbiór odpadów odbywa się często w strefie zamieszkania) kończą się w większości przypadków ciężkim uszkodzeniem ciała lub śmiercią poszkodowanych. Niestety na terenie Wrocławia mieliśmy takie przypadki, doszło nawet do śmiertelnego potrącenia pieszego przez śmieciarkę. Zamawiający, w celu zapewnienia jak największego

bezpieczeństwa mieszkańców, nie widzi tutaj wskazywanej przez Wykonawcę relacji zawyżenia kosztów realizacji usługi, ponieważ w jego ocenie bezpieczeństwo mieszkańców wymaga zastosowania nowoczesnych rozwiązań.

Dalej Zamawiający powoływał się na badania Światowej Organizacji Zdrowia według których prawie połowa śmiertelnych ofiar na drogach dotyczy najslabiej chronionych użytkowników dróg, takich jak: piesi, rowerzyści i motocykliści. W skali rocznej około 400 takich zgonów w Europie spowodowanych jest przez istnienie wokół pojazdów ciężarowych tzw. martwych stref. Wielu z tych tragedii można by uniknąć poprzez wyposażenie samochodów w urządzenia takie jak kamery czy czujniki. Zamawiający jako jednostka samorządu terytorialnego ma obowiązek dbania o bezpieczeństwo mieszkańców gminy. Decyzji o wprowadzeniu wymogu wyposażenia pojazdów w systemy kamer pozwalających zwiększyć bezpieczeństwo nie należy traktować w kategorii zbędnych wydatków, tylko jako inwestycję w to, co jest najważniejsze i o co teraz, w dobie ogólnoświatowej pandemii walczą ludzie na całym świecie, to jest inwestycja w zdrowie i życie mieszkańców gminy Wrocław. Zamawiający stoi na stanowisku, że toczenie dywagacji na temat słuszności zapisów w tym przedmiocie jest nie tyle zbędne, co wręcz szkodliwe i nieodpowiedzialne. Przedstawione przez Odwołującego oferty mające wykazać rozwiązania alternatywne w zdecydowanej większości nie spełniają przypisywanej im roli. Urządzenia wskazane w ofertach nie posiadają odpowiednich kątów widzenia do zabezpieczenia martwych stref pojazdu. Zabezpieczenie widoczności martwych stref pojazdu jest w ocenie Zamawiającego jedną z najważniejszych cech urządzeń dodatkowych zamontowanych na pojeździe. Zdecydowana większość wypadków z udziałem pojazdów odbierających odpady kończy się śmiercią poszkodowanego. Wiele z tych zdarzeń ma miejsce podczas manewrowania. Poddajemy pod własny osąd Izby ile i jakich typów pojazdów ciężarowych przemierza codziennie osiedla i strefy zamieszkania. W praktyce to właśnie branża komunalna posiada uprawnienia i obowiązki wjazdu w miejsca gdzie mieszkają ludzie, gdzie bawią się dzieci. Zamawiający w sposób odpowiedzialny i rozważny podchodzi do kwestii bezpieczeństwa i dlatego wprowadził takie zapisy w SIWZ w zakresie zarówno widoku z lotu ptaka dostępnego dla kierowcy oraz 4 kamer nagrywających materiał możliwy do przeglądania i pobierania przez Zamawiającego. Zamawiający przedstawił kilka linków do stron internetowych odsyłających właśnie do informacji o zdarzeniach drogowych z udziałem śmieciarek.

Uzasadniał, że klasa szczelności urządzeń (kamer monitoringu na samochodach) wskazanych w ofertach przedstawionych przez Odwołującego się nie pozwala na czyszczenie ich np. myjkami ciśnieniowymi. Zamawiający natomiast wymaga, ażeby pojazdy odbierające odpady były utrzymywane w odpowiednim stanie sanitarnym, co zresztą wynika z przepisów prawa. Są to pojazdy specjalne, pracujące w trudnych warunkach i mające styczność z różnego rodzaju odpadami. Z uwagi na wiele wystających poza obrys pojazdu urządzeń i

przewodów wręcz niemożliwe jest mechaniczne umycie całego samochodu. Dlatego też Zamawiający zakłada użycie sprzętu rejestrującego materiał wideo możliwie, jak najlepiej zabezpieczonego przed uszkodzeniami zarówno mechanicznymi, jak i pyłem oraz wodą. Dodatkowo Zamawiający w celu użycia nagranych materiałów wideo w postępowaniu sądowym wymaga zabezpieczenia ich poprzez posiadanie niewidocznych znaków wodnych. Warto w tym miejscu podkreślić, iż KIO wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślało, że Zamawiający może oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych. (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.01.2018 r. sygnatura KIO 2737/17).

Zamawiający wskazał, iż karty katalogowe złożone przez Odwołującego jasno wskazują na braki w zakresie funkcjonalności omówionych wcześniej przez Zamawiającego. W odniesieniu do przedstawionych przez Odwołującego dowodów odnośnie kosztów systemu monitoringu wizyjnego pojazdów Zamawiający wskazuje, że zgodnie z kalkulatorem ilości danych zapisywanych przez System dla jednego pojazdu, co rzutuje potem na obliczenia kosztów dla całej floty obsługującej sektor, oscyluje w granicach 46 GB danych, a nie 60 GB na co powołuje się Odwołujący.

Zamawiający załącza również, jako dowód oszacowane koszty systemu oparte na wycenie rynkowej oraz danych z wywozu odpadów z nieruchomości należących do sektora Stare Miasto i Śródmieście za miesiące marzec oraz czerwiec 2019 roku. Koszt wyliczony zgodnie z warunkami rynkowymi oraz danymi realnych wywozów odpadów jest ponad dwukrotnie niższy w stosunku do założeń przyjętych przez Odwołującego.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że materiał zarejestrowany za pomocą systemu opisanego w SWU, jest niezwykle ważny ze względu na kontrolę całej usługi. Przekłada się to na zapewnienie szeregu korzyści kontrolnych i zmniejszenie kosztów kontroli umowy ponoszonej przez Zamawiającego (konieczność zatrudniania dodatkowych pracowników). System świetnie sprawdza się podczas kontroli każdego elementu usługi, tj. obioru odpadów, transportu, magazynowania, zagospodarowania. Dzięki takiemu rozwiązaniu Zamawiający jest też w stanie znacząco uszczelnić system odbioru odpadów, tj. odbierania odpadów nie pochodzących z tereny Wrocławia oraz odpadów niekomunalnych, które nie powinny trafić do naszego systemu odbierania odpadów. Pozwala to w znaczącym stopniu na zmniejszenie kosztów poprzez zapłatę tylko za strumień odpadów pochodzących z naszego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Przekłada się też w znaczącym stopniu na poprawę ochrony środowiska, poprzez nie mieszanie strumieni odpadów i zagospodarowywanie ich zgodnie z pochodzeniem.

Dzięki łatwości w weryfikacji zgłoszeń mieszkańców, nie będzie również dochodziło do odbiorów interwencyjnych, co oznacza, że koszty zadania dla Wykonawców będą łatwiejsze do oszacowania. Chodzi tu o sytuację odbioru odpadów w workach, których mieszkańcy często nie wystawiają zgodnie z Regulaminem, tj. dzień przed planowaną datą odbioru, ale

już po przejeździe ekipy odbierającej odpady, a potem dokonują zgłoszenia o braku odbioru. Systemu monitoringu wizyjnego pozwoli na wyeliminowanie takich sytuacji. Dokonany przez Zamawiającego szczegółowy opis systemu ma na celu zapewnienie otrzymania rozwiązania, które będzie w stanie sprostać powyższym zadaniom.

Natomiast skrócenie archiwizacji danych w systemie, o które wnioskuje Odwołujący się, będzie miało negatywny wpływ na możliwości systemu oraz na jego przydatność do rozpatrywania skarg mieszkańców i kontroli strumienia odpadów. Podobnie wniosek Odwołującego się o możliwość wyłączenia systemu rejestracji, jeżeli zażąda tego właściciel nieruchomości. Po pierwsze zaprzeczy całej istocie wprowadzenia takiego systemu, po drugie jest okolicznością nie do ustalenia, bowiem Zamawiający uzyska taką informację post factum, a po trzecie i co najistotniejsze system ma umożliwić anonimizację twarzy osoby na nagraniu, a zatem nie będzie dochodziło do naruszenia chronionych danych osobowych.

W przedmiocie zarzutu 11. Zamawiający wskazywał, że zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 3531 k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Uzasadniał, że ma prawo do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, ma także prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem wysokości i przesłanek zastosowania danej kary następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wartość, od której naliczane będą kary umowne dla wszystkich Wykonawców będzie taka sama, uzależniona od wysokości złożonej oferty, nie ma więc możliwości, aby wystąpiła sytuacja nierównego traktowania Wykonawców. Zamawiający przyjmując konstrukcję stosowania instytucji kar umownych w projekcie umowy posiłkował się nie tylko wyrażonymi wyżej zasadami, ale także posiadany doświadczeniem w zakresie realizacji procesu odbioru i zagospodarowania odpadów. Mając na uwadze powyższe katalog kar umownych przewidziany w niniejszym postępowaniu jest w ocenie Zamawiającego w pełni adekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji.

Zamawiający nadmienił, że Wykonawca w przypadku rzeczywistego wystąpienia sytuacji nadużycia przez Zamawiającego instytucji kar umownych może korzystać z uprawnienia określonego w art. 484 § 2 k.c., gdzie na etapie wykonywania umowy miarkowanie naliczonych kar umownych realizowane jest przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego.

Zamawiający zwrócił też uwagę, iż w odwołaniu firmy ALBA nie zostały przywołane konkretne kary wskazane w umowie, a jedynie pojawił się wniosek o obniżenie wszystkich kar o połowę, bez jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego dlatego akurat takiej modyfikacji powinien Zamawiający dokonać. Zarzucone zostało, że w umowie pojawia się bardzo obszerny katalog kar umownych. Zamawiający wskazuje jednak, że biorąc pod uwagę funkcje, jakie pełni kara umowna, tj. funkcja kompensacyjna, zarówno w zakresie szkody materialnej, ale też wizerunkowej, instytucjonalnej i funkcja gwarancyjna, oraz z uwagi na bardzo skomplikowany charakter realizowanej przez Wykonawców usługi, tylko w ten sposób może zrealizować ciężący na nim obowiązek zapewnienia należytej realizacji zadania publicznego. Zamawiający w § 15 ust. 5 przewidział też procedurę zgłaszania wykonawcy przypadków nienależytego wykonania umowy przed naliczeniem kar umownych. Zamawiający wskazał, że analizując zapisy umowy dotyczące kar umownych, widać, iż kary zostały podzielone i przyporządkowane do danej grupy czynności objętych przedmiotem umowy, tylko bowiem realizacja wszystkich elementów umowy da oczekiwany przez Zamawiającego efekt w postaci odbioru i zagospodarowania wszystkich odpadów objętych umową, zapłaty tylko za strumień odpadów pochodzący z gminy Wrocław oraz osiągnięcia wymaganych poziomów odzysku odpadów.

Odwołujący zawniósł też o ustalenie górnego limitu kar umownych na poziomie 10% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia. Pominął jednak w tym zakresie całkowicie zapis umowy, gdzie w § 16 ust. 3 pkt 1 lit. c wskazano, że Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, jeżeli suma naliczonych kar umownych od początku trwania umowy przekroczy 30%. Taki sposób zalimitowania kar umownych zyskał aprobatę Krajowej Izby wyrażoną w wyroku z dnia 22 listopada 2019 r. (KIO 2228/19, 2249/19). Co oznacza, że Odwołujący może oszacować kalkulacje ryzyka przy składanej ofercie.

Odnosnie zarzutu 12. Zamawiający podał, iż jego obowiązkiem w zakresie uregulowania warunków zmiany wynagrodzenia było wypełnienie dyspozycji art. 145 ust. 5 ustawy Pzp, co też Zamawiający uczynił, a Odwołujący tego nie kwestionuje. W pozostałym w zakresie Zamawiający nie był obligowany do bezpośredniego regulowania możliwości i warunków zmian wynagrodzenia wykonawców, zwłaszcza w sposób, w zakresie i na warunkach określonych przez Odwołującego. W tym kontekście przedmiotowy zarzut stanowi de facto postulat ukształtowania projektu umowy w sposób zgodny z oczekiwaniami Odwołującego, nie zaś sprostania ustawowym wymogom.

Jednocześnie Odwołujący podnosi, że „postanowienia § 19 ust. 1 i ust. 2 projektu umowy są nieprecyzyjne i nie można z ich treści jednoznacznie wywnioskować, czy określenie „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami

wprowadzenia takiej zmiany” odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, czy wyłącznie do innych niż wynagrodzenie postanowień umowy w przedmiocie zamówienia publicznego.”. W tym kontekście Zamawiający wskazał, że jeżeli w konkretnych okolicznościach zmiana zakresu lub sposobu wykonywania prac uzasadniać będzie zmianę wynagrodzenia, zmiana wynagrodzenia może być kwalifikowana jako skutek wprowadzenia zmiany co do zakresu lub sposobu wykonywania prac.

W przedmiocie zarzutu 13. Zamawiający wskazał, po pierwsze, że Odwołujący po raz kolejny formułuje zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 nie wskazując, na czym on dokładnie polega, po raz kolejny uniemożliwiając rzeczową w tym zakresie polemikę. W przypadku tego zarzutu Odwołujący nie tyle nie precyzuje na czym polega naruszenie art. 29 ustawy Pzp, ale istotą opisanego zarzutu czyni to, że Zamawiający nie stawia jakichś wymagań, które podług Odwołującego byłyby uzasadnione.

Po drugie, Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 29 ust. 4 ustawy Pzp polegające rzekomo na tym, że Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia, z którego korzystać nie miał obowiązku. Odwołujący nie wskazał przy tym, co miałyby obowiązywać do tego Zamawiającego, a w szczególności nie wykazał, że nieskorzystanie z tego uprawnienia w zakresie jaki preferuje Odwołujący, prowadzi do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Podobnie rzecz się ma z zarzutem naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1.

Po trzecie, wbrew twierdzeniom Odwołującego - pomimo tego nawet, że nie miałyby to wpływu na prawidłowość postępowania Zamawiającego - wskazać należy, że istotnym warunkiem udziału w postępowaniu oraz złożenia oferty są kryteria dotyczące emisji spalin (posiadanie pojazdów spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO V lub EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym i nie starszym niż 8 lat - rozdział IV ust. 1.2.3.2. SIWZ; rozdział XIX SWU ust. 2 - elementy Planu obsługi systemu).

Po czwarte, Zamawiający prezentując w SIWZ w rozdziale XV „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” jednoznacznie wskazuje na określone wymagania względem pojazdów. Nadto SWU rozdział XIV ust. 8: Flota Wykonawcy służąca do wykonywania przedmiotu zamówienia musi spełniać wymogi ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r.(Dz.U. 2018 poz. 317) zgodnie z terminami wskazanymi w ustawie.

Podsumowując, treść SIWZ wyraźnie wskazuje, że Zamawiający niewątpliwie promuje wykonawców, których flota będzie spełniać normy emisji spalin.

W zakresie zarzutu 14. Zamawiający podniósł, iż zbiorcze zatwierdzanie odbiorów odpadów w workach prowadzi do błędnych informacji przesyłanych do systemu. Uniemożliwia to rozpatrywanie ewentualnych reklamacji mieszkańców. Wielokrotnie zdarzało się też, że

pracownik Wykonawcy zatwierdzał odbiory worków nawet nie przejeżdżając osiedla, z którego winien dokonać odbioru, co było widoczne później w systemie gps. Stąd Zamawiający chce, aby potwierdzenia wykonania usługi, w zakresie odbioru odpadów w workach, było wykonywane poprzez każdorazowe zatwierdzenie pojedynczego worka.

Uzasadniał, iż po nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wszelkie kwestie związane z odbiorem odpadów oraz wypełnianiem przez mieszkańców gminy obowiązku selektywnego zbierania odpadów, wymagają jeszcze większej skrupulatności i kontroli, co do sposobu odbioru odpadów, gdyż zgodnie z art. 6ka ww. ustawy wprowadzono dla właścicieli nieruchomości konsekwencje niedopełnienia obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

W przedmiocie zarzutu 15. Zamawiający wskazał, iż zapis istniejący w Rozdziale III pkt 2 ppkt 4 SWU w pełni umożliwia realizację zamówienia w sposób, jak najmniej uciążliwy dla mieszkańców, przy jednoczesnym uwzględnieniu aspektów gospodarczych, społecznych i środowiskowych. Zamawiający wskazał, iż zadanie utrzymania czystości i porządku na terenie gminy jest jednym wielu zadań własnych gminy. Zamawiający planuje jego realizację przy uwzględnieniu korelacji tego zadania z innymi zadaniami własnymi gminy, określonymi w przepisach prawa, dążąc przy tym również do zagwarantowania społeczności lokalnej uprawnień do odpoczynku i ciszy nocnej. Mając na względzie powyższe Zamawiający dokonał stosownego określenia potencjału technicznego Wykonawcy odpowiedzialnego za realizację przedmiotowego zamówienia, w taki sposób, aby potencjał ten w pełni pozwalał na opróżnienie pojemników i odebranie worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6:00 do 24:00, na obszarze określonym w załączniku nr 6. W przypadku aspektów środowiskowych Zamawiający określił w jego ocenie istotne dla tej kwestii warunki realizacji zamówienia, które zawarł między innymi w Rozdz. XIV SWU. W szczególności sformułowane zostały wymogi sanitarne oraz wymogi względem wyposażenia pojazdów, jak również floty Wykonawcy, służącej do wykonywania przedmiotu zamówienia, która musi spełnić wymogi ustawy o elektromobilności. Dodatkowo na część obszaru przywołanego w odwołaniu może być realizowany odbiór w nocy, a tylko co do części zakreślone zostały ramy godzinowe. Zamawiający wprowadził powyższe obostrzenia ze względu na wielokrotne reklamacje mieszkańców dotyczące zakłócania ciszy nocnej poprzez odbiór odpadów w godzinach nocnych.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp niemniej jednak w treści odwołania nie wskazał w jaki sposób Zamawiający miałby dopuścić się naruszenia powołanego przepisu. Również w zakresie art. 7 ustawy Pzp Odwołujący nie wskazał w jakikolwiek sposób charakteru naruszenia tego przepisu. De facto treść uzasadnienia to raczej postulat będący wyrazem preferencji/oczekiwań Wykonawcy, co do sposobu realizacji umowy w tym zakresie.

Odnosząc zarzut 16. Zamawiający podniósł, iż nie zgadza się z zarzutem postawionym w odwołaniu co do niemożliwości dokonania kalkulacji tej usługi, bowiem w ramach opisu przedmiotu zamówienia wskazana została zarówno minimalna, jak i maksymalna ilość miejsc gromadzenia odpadów MGO w dziale IV pkt 2 SWU. Dodatkowo wskazane zostało, iż Zamawiający każdorazowo zlecał będzie do nadzoru co najmniej 15 MGO. A zatem w tym kontekście twierdzenie o konieczności wyceny jednego MGO jest niezasadne, bo prowadziłoby do błędnej kalkulacji kosztów wykonania usługi. Zamawiający określił granice swojego uprawnienia, poprzez wskazanie ilości miejsc gromadzenia odpadów jakie może zlecić do realizacji. Warto też zauważyć, iż wykonanie tej usługi stanowi tylko drobny element realizacji całej umowy, a więc również i ryzyko, jakie trzeba wkalkulować w ofercie związane z tą realizacją jest niewielkie. Przedstawiony zakres informacji w ocenie Zamawiającego pozwala na skalkulowanie oferty w tym zakresie.

W zakresie zarzutu 18. Zamawiający uzasadniał, że zgodnie z treścią Rozdz. XIX pkt SWU „W Planie obsługi systemu Wykonawca zobowiązany jest wskazać co najmniej następujące informacje:”. Użycie sformułowania „co najmniej” wskazuje jednoznacznie na fakt, iż nie może zostać uznane za nieprawidłowe działanie polegające na określeniu przez Wykonawcę w dokumencie oznaczonym jako Plan Obsługi Systemu, zwiększonego zakresu informacji ponad zakres minimalny określony przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że gdyby sformułowane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania zdolnością techniczną pozostawały w oderwaniu od realiów Szczegółowych Warunków Umowy oraz od przewidywanego procesu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, to takie działanie z pewnością byłoby naruszeniem zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Ustawodawca w tym przepisie w sposób wyraźny określił regułę proporcjonalności, nakazując, by warunki udziału w postępowaniu zostały wyrażone jako minimalne poziomy zdolności (por. wyrok KIO z 24 stycznia 2018 r. KIO 82/2018, wyrok KIO z 27 kwietnia 2017 r., KIO 697/17, uchwała KIO 24 kwietnia 2018 r., KIO/KU 15/18). Jak również wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 8 maja 2014 r. (XII Ga 211/14), nie jest dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Argumentował, iż Zamawiający realizując ustawowy obowiązek przyjął dla potrzeb niniejszego postępowania określone warunki minimalne, które muszą spełniać wykonawcy, aby legitymować się zdolnością do należytego wykonania zamówienia objętego przedmiotem tego postępowania. Konsekwencją określenia minimalnego poziomu zdolności technicznej Wykonawcy dającego rękojmię wykonania zamówienia jest również oczywisty w tym przypadku wymóg po stronie Zamawiającego, aby potencjał ten został również wykazany w dokumencie opisanym jako Plan Obsługi Systemu. Koreluje to również z wymaganiem Zamawiającego co do wyposażenia pojazdów

obsługujących sektor w określony system, stąd wymóg umieszczenia wszystkich tych pojazdów w Planie Obsługi Systemu.

Odnośnie zarzutu 19. Zamawiający wskazał, że zgodnie z Pzp prawem zamawiającego jest wybór i wskazanie warunków udziału w postępowaniu. Z prawa tego zresztą Zamawiający skorzystał i uczynił to w sposób zgodny z ustawą Pzp. Sformułowanych przez Zamawiającego warunków Odwołujący zresztą nie kwestionuje. Prawo Zamawiającego nie oznacza jednak, jak zdaje się sądzić Odwołujący, że obowiązkiem Zamawiającego jest opisywanie wszystkich potencjalnie możliwych kwalifikacji i uprawnień, które będą potrzebne do wykonywania zamówienia. To wykonawca - jako podmiot profesjonalny - w zakresie wykraczającym poza minimalne warunki udziału w postępowaniu sam powinien ocenić, czy dysponuje odpowiednim potencjałem (w tym obejmującym odpowiednie zezwolenia/pozwolenia) do wykonania zamówienia.

W świetle powyższego do tak sformułowanego zarzutu nie sposób się odnieść, albowiem zakłada on, że przyznane przepisami ustawy Pzp uprawnienia Zamawiającego są w istocie jego obowiązkami, z czym zgodzić absolutnie się nie można.

Pokreślić należy, że Odwołujący nie podważa nadmierności czy też nieadekwatności sformułowanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a jedynie wskazuje, że sformułowane warunki udziału winny być w jego ocenie poszerzone. Tymczasem warunki udziału w postępowaniu winny być traktowane jako minimalne (nie zaś wszystkie) warunki umożliwiające ocenę zdolności do należytego wykonania zamówienia. Zarzut Odwołującego nie dyskwalifikuje w najmniejszym stopniu sformułowanych warunków, a wręcz potwierdza, że mają one charakter minimalnych kwalifikacji, pozwalających ocenić zdolność wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że treść odwołania nie może prowadzić do wniosku, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 (uprawnającego do sformułowania warunków udziału w postępowaniu) oraz art. 22 ust. 1a (dotyczącego sytuacji, w której zamawiający decyduje się na określenie takich warunków). Podkreślić przy tym należy, że art. 22 ust. 1a nie ustanawia obowiązku sformułowania określonych, czy wszystkich potencjalnych warunków udziału w postępowaniu, ale określa wytyczne, które powinny spełniać warunki, jakich wyboru dokonał Zamawiający. To zaś w ogóle nie jest kwestionowane.

W kwestii zarzutu 20. Zamawiający argumentował, iż zarzut Odwołującego wynika z wadliwego zrozumienia postanowień SWU. Zgodnie bowiem z zacytowanym postanowieniem alternatywny (sformułowany po spójniki „lub”) wymóg przedkładania „oświadczenia poszczególnych posiadaczy odpadów, do momentu ostatecznego zagospodarowania”, do czego odnosi się treść odwołania, dotyczy tych przypadków, w których wykonawca za pomocą dokumentów KPO lub KPOK nie jest w stanie wykazać

przekazania odpadów do instalacji komunalnych, instalacji recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania. W takich przypadkach, tj. w przypadkach przekazywania odpadów kolejnym posiadaczom odpadów, Zamawiający ma prawo i obowiązek oczekiwać udokumentowania sposobu zagospodarowania odpadów.

Zamawiający podkreślał, iż jego obowiązkiem jest kontrolować usługę, na którą zawiera umowę. Jednym z elementów niniejszej umowy jest prawidłowe zagospodarowanie odpadów. Ponadto rozliczenie wykonawcy następuje po zagospodarowaniu odpadów, a zagospodarowanie odpadów przekłada się również na osiągnięte poziomy recyklingu wymagane ustawowo.

Zamawiający wskazał, że oczekuje przekazywania kwestionowanych oświadczeń jedynie w tym przypadku, w których zagospodarowania odpadów nie sposób wykazać za pomocą standardowych dokumentów KPO i KPOK, tj. w tym przypadkach w których odpady przekazywane są do zagospodarowania za pośrednictwem kolejnych podmiotów zbierających odpady, jednakże nie stanowiących instalacji komunalnych, instalacji recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania. W tych przypadkach Zamawiający zasadnie oczekuje, co precyzyjnie opisał w SWU, że wykonawca wykaże, że konkretne partie odpadów trafiły ostatecznie do wymaganego procesu zagospodarowania. W pewnym więc sensie Zamawiający podziela stanowisko Odwołującego, z tą różnicą, że oczekiwany przez Odwołującego sposób dokumentowania zagospodarowania odpadów wynika już z postanowień SWU i nie ma podstaw do jego zmiany.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 i 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 24 lutego 2020 r. powiadomił wykonawców o odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 1 oraz o odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 2.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz wykonawcę Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 401/20 odpowiednio w dniu 27 i 28 lutego po stronie Odwołującego 1.

Izba ustaliła, iż w sprawie o sygn. akt: KIO 403/20 nie zgłoszono przystąpień do postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 i 11 marca 2020 r. oraz 29 maja 2020 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego 1 w toku rozprawy, tj.:

1. korespondencję elektroniczną z dnia 9 i 10 marca 2020 r. dotyczącą terminów realizacji zleceń w zakresie dostaw pojemników oraz transponderów;
2. ofertę ELTE GPS GROUP na system rejestracji obrazu – wideorejestratory z dnia 6 marca 2020 r.;
3. korespondencję elektroniczną z dnia 9 marca 2020 r. z dostawcami systemów GPS wraz ze zdjęciami.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego sprawy o sygn. akt: KIO 401/20 dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

1. zestawienie kar za rok 2019 z podziałem na sektory;
2. wydruki z systemu KOSZ;
3. zdjęcia obrazujące sposób gromadzenia odpadów w PSZOK oraz gromadzenia odpadów spoza PSZOK.
4. wydruk z systemu Brigade.

W sprawie o sygn. akt: KIO 403/20 Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego 2 w toku rozprawy, tj.:

1. zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia z dnia 5 marca 2020 r.;
2. informację z dnia 3 marca 2020 r. o dacie zakończenia realizacji zamówienia;
3. uchwałę nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia;
4. tabelę z wykazem odniesień SWU do Regulaminu;
5. wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 27 lutego 2020 r. wraz z decyzją z dnia 2 marca 2020 r.;

6. raport Politechniki Wrocławskiej z 2018 r. dotyczący badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym – pochodzących z terenu gminy Wrocław – sprawozdanie za miesiąc wrzesień 2018 oraz raport końcowy;
7. poziomy recyklingu z poszczególnych frakcji odpadów komunalnych – oświadczenia wykonawców;
8. protokół kontroli 06/02/2018/PR/I z dnia 19.02.2018 r.;
9. protokół kontroli 02/12/2018/KM/I z dnia 04.12.2018 r.;
10. zestawienie wymagań Zamawiającego z ofertą Globtrak;
11. porównanie systemów oraz ofert poszczególnych dostawców systemów video wraz z ofertami cenowymi – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;
12. zdjęcie obrazujące widok z kamery Backeye 360;
13. artykuł prasowy pt. „Inflacja mocno w górę, wzrost PKB wyraźnie w dół. Kiepskie wieści z NBP”;
14. pismo Zamawiającego z dnia 10 lutego 2020 r.;
15. informację z otwarcia ofert z dnia 28 lutego 2020 r. M. St. Warszawy;
16. tabelę – skokowy wzrost kosztów zagospodarowania na przykładzie przetargu w gminie Twardogóra;
17. SIWZ na opracowanie koncepcji dla zadania pn. budowa zintegrowanego systemu odbioru odpadów komunalnych (miejsca gromadzenia odpadów – pojemniki podziemne, półpodziemne i osłony śmietnikowe);
18. artykuł prasowy nt. systemu pojemników podziemnych;
19. projekt koncepcyjny MGO na osiedlu Sępolno;
20. pismo Zamawiającego z dnia 20 listopada 2017 r.;
21. prezentację Ministerstwa Klimatu – Rozszerzona Odpowiedzialność Producenta;
22. skalę MGO wyposażonych w worki i odbieranych przez 1 brygadę (zrzut z systemu GPS);
23. przykładowa trasa zrealizowana jednego dnia (raport z systemu GPS);
24. udokumentowane przykłady braku dojazdu (raporty z systemu GPS);
25. faktyczne zapotrzebowanie na pojazdy poszczególnego typu – na przykładzie zrealizowanych zleceń w styczniu 2020 r.;
26. przepływ odpadów i wymagania Zamawiającego dla instalacji komunalnych oraz instalacji innych niż komunalne;
27. zdjęcie obrazujące zbiórkę odpadów wielkogabarytowych;
- 28 wyciąg z odwołania wniesionego przez FBSerwis z dnia 11 maja 2020 r.;
29. wyciąg z odwołania wniesionego przez Chemeko – System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego sprawy o sygn. akt: KIO 403/20 dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

1. Tabelę nr 2 – potencjał recyklingu odpadów zmieszanych;
2. Tabelę nr 4 – Wyliczenie wysortu odpadów surowcowych ze strumienia odpadów zmieszanych;
3. Tabelę nr 5 – Zestawienie zagospodarowania odpadów na SII grudzień 2019 r.;
4. Pismo FBSerwis z dnia 31.01.2020 r.;
5. zestawienie kar z 12.2018 r., w którym brak przedstawionego protokołu;
6. dokumentację fotograficzną naliczonych kar w 12.2018 r.;
7. zestawienie kar z 02.2018 r., w którym brak przedstawionego protokołu;
8. informację o zdarzeniach drogowych z udziałem śmieciarek;
9. karty katalogowe;
10. oszacowane koszty monitoringu wizyjnego;
11. mapę z brakiem odbioru ul. Sokoła;
12. mapę z brakiem odbioru ul. Januszowicka;
13. analizę kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych z dnia 27 maja 2020 r.;
14. zrzut ze strony internetowej zgo.org.pl;
15. pismo wykonawcy ALBA z dnia 16 marca 2020 r. dotyczące postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu gminy Wrocław w obrębie sektora I – Stare Miasto i Śródmieście”;
16. pismo wykonawcy ALBA z dnia 23 marca 2020 r. stanowiące wniosek o unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia;
17. zrzuty z systemu Backeye;
18. projekt rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście.

Przedmiot zamówienia został określony w Szczegółowych warunkach umowy (SWU), stanowiących załącznik A do SIWZ.

Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie na zasadach i warunkach opisanych w SWU oraz w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ:

- pkt 4 czas trwania zamówienia: od dnia zawarcia umowy do dnia 28.02.2023 r. Zgodnie natomiast z sekcją II.2.7) ogłoszenia o zamówieniu, okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów: Koniec: 28/02/2023.
- pkt 9 Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wymienione w § 8 ust. 7 projektu umowy,
- pkt 12 Wykonawca w dniu zawarcia umowy podpisze z Zamawiającym umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych według wzoru stanowiącego załącznik B.

W rozdziale IV SIWZ:

- 1.2.1.3. Zamawiający wskazał uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, w tym m.in.: prawomocne zezwolenie na zbieranie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.) na terenie bazy magazynowo – transportowej, o której mowa w pkt 1.2.3.1., tj. odpadów przewidywanych do zbierania zaklasyfikowanych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2020 r. poz. 10):

1) z grupy „20” – odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie: papier i tektura o kodzie 20 01 01, szkło o kodzie 20 01 02, odpady wielkogabarytowe o kodzie 20 03 07,

2) z grupy „15” – odpady opakowaniowe; sorbenty, tkaniny do wycierania, materiały filtracyjne i ubrania ochronne nieujęte w innych grupach: opakowania z papieru i tektury o kodzie 15 01 01, opakowania z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02, opakowania z metali o kodzie 15 01 04, opakowania wielomateriałowe o kodzie 15 01 05, zmieszane odpady opakowaniowe o kodzie 15 01 06, opakowania ze szkła o kodzie 15 01 07.

- 1.2.3.2 Zamawiający wskazał rodzaje i liczbę pojazdów, którymi winien dysponować Wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Zgodnie z ww. postanowieniami specyfikacji, pojazdy i urządzenia miały spełniać wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122). Zamawiający wymagał m.in. by wykonawca dysponował:

5) samochodem ciężarowym hakowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m³ – minimum 3 sztuki, w tym pojazdem spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO V lub EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym i nie starszym niż 8 lat (licząc od roku produkcji) – minimum 1 sztuka,

6) samochodem ciężarowym bramowym, przystosowanym do przewozu pojemników o pojemności od 7 m³ – minimum 3 sztuki, w tym pojazdem spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO V lub EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym i nie starszym niż 8 lat (licząc od roku produkcji) – minimum 1 sztuka,

9) specjalistycznym samochodem „myjka”, przeznaczonym do mycia pojemników bez konieczności ich transportowania, pozwalającym na wysokociśnieniowe mycie pojemnika wraz z odpowiednim dozowaniem środka dezynfekującego – minimum 2 sztuki, w tym pojazdem spełniającym europejski wymóg standardu emisji spalin EURO V lub EURO VI lub będącym pojazdem elektrycznym lub pojazdem napędzanym gazem ziemnym i nie starszym niż 8 lat (licząc od roku produkcji) – minimum 1 sztuka.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1 SIWZ, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 oraz ust. 5 pkt 2 – 4 i 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 7 SIWZ, ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji całego przedmiotu zamówienia. Koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, muszą uwzględniać wszystkie elementy - czynności określone w przedmiocie zamówienia, a ponadto wszystkie inne koszty wynikające z zapisów SIWZ i postanowień zawartych w projekcie umowy będącej integralną częścią SIWZ.

Stosownie do treści rozdziału XIV pkt 9 SIWZ, cena wyliczona przez Wykonawcę posłuży do wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast do rozliczeń miesięcznych za realizację przedmiotu zamówienia stosowane będą ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w „Zestawieniu kosztów zadania”, zgodnie z warunkami zawartymi w projekcie umowy. Cena oferty oznacza maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy za cały okres obowiązywania umowy za wykonanie prac objętych przedmiotem zamówienia.

W postanowieniach zawartych w rozdziale XIV SIWZ - Opis sposobu obliczania ceny - odpowiednio w punkcie 10 i 11 Zamawiający zastrzegł, że w załączniku nr II „Zestawieniu kosztów zadania”:

- a) cena jednostkowa podana w pozycji nr 11 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5,
- b) cena jednostkowa podana w pozycji nr 13 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5,
- c) cena jednostkowa podana w pozycji nr 14 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 5 w kolumnie nr 5,
- d) cena jednostkowa podana w pozycji nr 19 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z

ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 6 w kolumnie nr 5.

11. W przypadku podania przez Wykonawcę w pozycjach nr 11, 13, 14 lub 19 „Zestawienia kosztów zadania” cen jednostkowych niezgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający poprawi w ofercie ww. ceny jednostkowe przyjmując odpowiednio 70% z cen jednostkowych podanych w pozycjach nr 3, 5 i 6, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawi ewentualne omyłki rachunkowe wynikające z ww. poprawek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 9 marca 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie punktu 10 i 11 rozdziału XIV nadając mu brzmienie:

- pkt 10. Zamawiający zastrzegł, że w załączniku nr II „Zestawieniu kosztów zadania”:

a) cena jednostkowa podana w pozycji nr 11 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5,

b) cena jednostkowa podana w pozycji nr 13 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 4 w kolumnie nr 5,

c) cena jednostkowa podana w pozycji nr 14 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 6 w kolumnie nr 5,

d) cena jednostkowa podana w pozycji nr 19 w kolumnie nr 5 nie może być wyższa niż 70% z ceny jednostkowej podanej w pozycji nr 3 w kolumnie nr 5.

- pkt 11. W przypadku podania przez Wykonawcę w pozycjach nr 11, 13, 14 lub 19 „Zestawienia kosztów zadania” cen jednostkowych niezgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający poprawi w ofercie ww. ceny jednostkowe przyjmując odpowiednio 70% z cen jednostkowych podanych w pozycjach nr 3, 4 i 6, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawi ewentualne omyłki rachunkowe wynikające z ww. poprawek, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W rozdziale XV pkt 5 SIWZ Zamawiający przewidział pozacenowe kryterium oceny ofert pn. „Dysponowanie dodatkowymi pojazdami” (D), tj. dysponowanie dodatkowymi pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia, wykazanymi w załączniku nr IV, o wadze 20%.

Projekt umowy:

Zgodnie z § 2 ust. 1 projektu umowy, w ramach realizacji przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do:

- 12) osiągnięcia rocznych poziomów:

a) ograniczania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,

b) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem

innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne,

c) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Zgodnie z § 4 ust. 1 projektu umowy, czas trwania umowy: od dnia zawarcia do dnia zakończenia realizacji umowy, tj. do 28.02.2023 r., z zastrzeżeniem ust. 3 i ust. 4. Z kolei w ust. 3 postanowiono, że: Strony ustalają, że przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU z zastrzeżeniem SWU rozdz. XV pkt 2, rozdz. XVII pkt 2, rozdz. XX świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia¹ r. i nie później niż do dnia 31.12.2022 r., z zastrzeżeniem ust. 4 i ust. 5. Zgodnie z przypisem nr 1, Zamawiający wskaże termin rozpoczęcia świadczenia usługi w dniu zawarcia umowy, przy czym termin ten rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy.

Zgodnie z § 8 ust. 3 pkt 18 projektu umowy, Wykonawca zobowiązuje się do udzielania odpowiedzi Zamawiającemu (w formie pisemnej lub za pomocą drogi elektronicznej na adres e-mail, z którego wpłynęło zapytanie) na zgłoszenia przesłane przez Zamawiającego drogą elektroniczną dotyczące realizacji przedmiotowej usługi, w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia.

W § 8 ust. 7 projektu umowy Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem, zagospodarowaniem (jeśli prowadzone jest we własnym zakresie) odpadów komunalnych.

Zgodnie natomiast z § 8 ust. 8 pkt 4 projektu umowy, w trakcie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający uprawniony jest do wykonania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w ust. 7. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do żądania dostarczenia (w terminie wskazanym przez Zamawiającego) przez Wykonawcę oraz Podwykonawcę do wglądu stosownych dokumentów, w szczególności kopii:

a) umów o pracę,

b) aneksów umów o pracę,

w/w dokumenty mają zawierać: imię i nazwisko pracownika, rodzaj wykonywanych czynności, termin obowiązywania umowy,

c) odpowiednich zaświadczeń z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (np. o odprowadzeniu składek na ubezpieczenia społeczne za zatrudnionych pracowników lub kopie dokonanych przelewów potwierdzające zapłatę składek na ubezpieczenia społeczne na rzecz ZUS oraz dokumenty RMUA dla konkretnych pracowników), w/w dokumenty mają zawierać: imię

i nazwisko pracownika, okres jakiego dotyczy dane zaświadczenie, pod warunkiem, że Zamawiający pomimo podjęcia jednego z działań, o których mowa w pkt 1 – 3 nadal będzie mieć wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

W § 15 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający zawarł katalog kar umownych.

Zgodnie z ust. 3 § 15 projektu umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1) za każdy dzień nieusunięcia w terminie określonym przez Zamawiającego, któregośkolwiek z uchybień stwierdzonych przez Zamawiającego każdorazowo w czasie kontroli prac, tj. za każdy dzień liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie stwierdzonych uchybień w wykonaniu przedmiotu umowy, wysokość kar umownych wzrośnie dwukrotnie w stosunku do wartości pierwszej kary naliczonej dla danego przypadku,

2) za nieusunięcie uchybień w terminie dodatkowym wysokość kar umownych wzrośnie dwukrotnie w stosunku do wysokości kar określonych w pkt 1).

Zgodnie z § 15 ust. 5 projektu umowy, w sytuacji, w której sposób wykonania obowiązku/obowiązków umownych przez Wykonawcę będzie budzić zastrzeżenia Zamawiającego, Zamawiający, zastrzega sobie prawo pisemnego wezwania Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku/obowiązków i/lub usunięcia powstałych uchybień wyznaczając Wykonawcy stosowny termin, biorąc po uwagę okoliczności miejsca i czasu. Wykonanie przez Wykonawcę obowiązku/obowiązków zgodnie z treścią umowy/SWU i/lub usunięcie powstałych uchybień skutkować będzie uznaniem przez Zamawiającego, że nie wystąpiły okoliczności będące podstawą naliczenia kary. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku/obowiązków na w/w zasadach, Zamawiający naliczy stosowne kary umowne.

W myśl § 16 ust. 3 pkt 1 lit. c projektu umowy, Zamawiający ma prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku gdy suma naliczonych Wykonawcy kar umownych od początku trwania umowy przekroczy 30 % ceny ofertowej.

Zgodnie z § 17 ust. 5 projektu umowy, 90% zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należyście wykonane, natomiast pozostałą część obejmującą zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady, w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi.

W § 18 projektu umowy, Zamawiający wskazał, że Wykonawca udziela na przedmiot umowy rękojmi na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia realizacji umowy wskazanego w § 4 ust. 1.

Zgodnie z § 19 ust. 1. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie:

- 1) dopuszczalnej prawem zmiany Stron umowy lub oznaczenia Stron umowy;
- 2) warunków płatności,
- 3) zmiany którejkolwiek z kwot podanych w § 11 ust. 9 wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 4) terminu świadczenia usługi i/lub terminu realizacji zamówienia sytuacji opisanej w § 4 wraz ze skutkami takiej zmiany,
- 5) zmiany zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 6) sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 7) technologii wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia, jeżeli wprowadzenie nowej technologii nie będzie powodować podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy oraz powodować będzie nie pogorszenie dotychczasowych standardów wykonywania zamówienia,
- 8) zmiany zakresu części zamówienia powierzonej Podwykonawcom lub zmiany Podwykonawcy w zakresie niezbędnym do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ, w przypadku zaistnienia okoliczności mających wpływ na dalszą realizację przedmiotu umowy przez Podwykonawcę,
- 9) zmiany podmiotu trzeciego, na zdolności którego Wykonawca powoływał się składając ofertę, celem wykazania spełniania warunku kwalifikacyjnego dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w § 10 ust. 2, ,
- 10) zmiany lub wprowadzenia nowej instalacji, do której Wykonawca obowiązany jest przekazać odebrane odpady z terenu Sektora;
- 11) zmiany sposobów wyliczenia, wymaganych przepisami prawa, rocznych poziomów, o których mowa w SWU, rozdział XXI, pkt 1;
- 12) usunięcia zapisów, których wykonanie jest niemożliwe ze względu na obowiązujące przepisy prawa – w zakresie, który jest niezbędny do wyeliminowania błędów.

2. Warunkiem dokonania ww. zmiany są następujące sytuacje:

- 1) zaistnienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy okoliczności niezależnych od stron, których na etapie zawarcia umowy nie dało się przewidzieć;
- 2) zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia Stron;
- 3) zaistnienia, po zawarciu niniejszej umowy, przypadku siły wyższej, przez którą, na potrzeby niniejszego warunku, należy rozumieć zdarzenie zewnętrzne o charakterze niezależnym od Stron, którego Strony nie mogły przewidzieć przed zawarciem niniejszej umowy, oraz którego Strony nie mogły uniknąć ani któremu nie mogły zapobiec przy zachowaniu należytej staranności, w szczególności: powódź, pożar i inne klęski żywiołowe, zamieszki, strajki, ataki terrorystyczne, działania wojenne, nagle załamania warunków atmosferycznych, nagle przerwy w dostawie energii elektrycznej, promieniowanie lub skażenia;

- 4) powstania rozbieżności lub niejasności w rozumieniu pojęć użytych w niniejszej umowie, których nie będzie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie niniejszej umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej zapisów przez Strony;
- 5) pojawienie się nowych technologii na rynku mających wpływ na sposób realizacji przedmiotu umowy;
- 6) zmiany wynikające z faktycznego wykorzystania środków w trakcie realizacji umowy, w zakresie w jakim wpływają na kwoty przewidywanego maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy w poszczególnych latach obowiązywania umowy;
- 7) zaistnienie przypadku zmiany umowy szczegółowo w niej opisanego;
- 8) podjęcia przez organy Zamawiającego lub Wykonawcy, stosownych decyzji w zakresie zmiany stron umowy lub ich oznaczenia, w trakcie realizacji przedmiotu umowy;
- 9) zaistnienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy okoliczności leżących po stronie Wykonawcy lub Podwykonawcy, skutkujących koniecznością zmian w zakresie podwykonawstwa;
- 10) zaistnienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy okoliczności leżących po stronie Wykonawcy lub podmiotu trzeciego, skutkujących koniecznością zmian w zakresie udziałem podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu umowy;
- 11) zaistnienia w trakcie realizacji przedmiotu umowy okoliczności leżących po stronie Wykonawcy lub podmiotu prowadzącego instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, powodujących konieczność zmiany tej instalacji.

3. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r., o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
- 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, mającej wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, po uprzednio przeprowadzonych negocjacjach, jeżeli jedna ze Stron umowy zwróciła się o wprowadzenie zmiany wynagrodzenia w terminie do 30 dni od daty wejścia w życie przepisów o zmianie będącej przedmiotem negocjacji.

Szczegółowe warunki umowy (SWU) – załącznik A do SIWZ:

W rozdziale I pkt 1 SWU, Zamawiający podał rodzaje odpadów wymagających odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia określonego w pkt 4 ppkt od 1) do 9). W pkt. 2, Zamawiający wskazał rodzaje odpadów wymagające odbioru, transportu i zagospodarowania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia określonego w pkt 5 ppkt 10) i ppkt 11). Z kolei w punkcie 3 rozdziału I SWU Zamawiający podał, że oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania. Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym postanowienia umowy w stosunku do innych frakcji odpadów stosuje się odpowiednio.

Zgodnie z rozdziałem II SWU:

- pkt 1 W zakresie ustalenia MGO Wykonawca zobowiązany jest do:

1) przeprowadzania konsultacji z właścicielami nieruchomości obsługiwanych w celu pozyskania informacji dotyczących:

a) miejsc ustawienia pojemników i gromadzenia odpadów,

b) niezbędnych liczb pojemników i worków,

c) częstotliwości odbioru odpadów,

d) rodzajów pojemników i worków,

e) pojemności pojemników,

przy uwzględnieniu wymagań oraz innych obowiązków wynikających z Regulaminu,

2) uwzględnienia informacji przekazanych przez Zamawiającego w zakresie liczby i pojemności pojemników, częstotliwości ich odbioru,

3) uwzględnienia w toku konsultacji, w przypadku tworzenia wspólnych MGO dla kilku nieruchomości (właściciele więcej niż jednej nieruchomości korzystają z tych samych pojemników), wymagań Regulaminu określających, że łączna pojemność tych pojemników musi odpowiadać co najmniej sumie minimalnej pojemności pojemników dla każdej nieruchomości obsługiwanej,

4) uzgodnienia z właścicielem nieruchomości możliwości udostępnienia i/lub dostępu do pojemników/worków w sytuacjach, gdy miejsce zbiórki odpadów zlokalizowane jest na zamkniętej części nieruchomości, do której Wykonawca nie ma dostępu (np. zamykane osłony śmietnikowe, strzeżone lub zamknięte osiedla, przedsiębiorstwa czy różnego rodzaju objekty);

- pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU, w zakresie terminów wyposażenia nieruchomości obsługiwanych położonych wzdłuż ulic w obrębie Sektora zgodnie z załącznikiem nr 1 – Uchwała nr XXIX/655/12 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie podziału Wrocławia na sektory odbierania odpadów komunalnych (ze zm.), Wykonawca zobowiązany jest do:

1) wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki przeznaczone

do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki Wykonawcy,

2) wyposażenia najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi w pojemniki i/lub worki przeznaczone do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych, tj. odpadów z papieru, odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych, oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, odpadów ze szkła oraz bioodpadów za wyjątkiem sytuacji, w których właściciel nieruchomości posiada swoje pojemniki/worki i w związku z tym odmówił wyposażenia nieruchomości w pojemniki/worki Wykonawcy;

- pkt 5 ppkt 5 w zakresie oznakowania Wykonawca zobowiązany jest do oznakowania pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych najpóźniej do 30 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi zgodnie ze wzorem oznakowania zaakceptowanym przez Zamawiającego,

- pkt 8 ppkt 1 W zakresie utrzymania pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym (z wyłączeniem pojemników stanowiących własność właściciela nieruchomości) Wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji pojemników wewnątrz i na zewnątrz ciepłą wodą, zgodnie z wymaganiami określonymi w Regulaminie oraz zgodnie z Harmonogramem mycia i dezynfekcji pojemników. Zamawiający dopuszcza również możliwość zlecenia dodatkowego wykonania przedmiotowych prac poza terminami wynikającymi z Harmonogramów mycia i dezynfekcji pojemników. Termin i miejsce realizacji Zleceń określi Zamawiający. Wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji pojemników przeznaczonych do zbierania bioodpadów 4 razy w roku, w określonych miesiącach, tj. w kwietniu, w czerwcu, w sierpniu i w październiku.

Zgodnie z rozdziałem III SWU:

- pkt 1 Odpady wymagające odbierania, transportu i zagospodarowania:

- 1) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- 2) odpady metali, odpady tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe,
- 3) odpady z papieru,
- 4) odpady ze szkła,
- 5) bioodpady.

- pkt 2, w zakresie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do:

1) odbioru odpadów z miejsc przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych zgodnie z opracowanym przez siebie Harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków przy uwzględnieniu następujących częstotliwości:

a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne – co najmniej jeden raz w tygodniu,

- b) odpady metali, tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe - co najmniej raz na dwa tygodnie,
- c) odpady z papieru – co najmniej raz na dwa tygodnie,
- d) odpady ze szkła – co najmniej jeden raz w miesiącu,
- e) bioodpady - co najmniej jeden raz w tygodniu, w tym drzewka bożonarodzeniowe w okresie od stycznia do końca lutego każdego roku.

Ponadto częstotliwość odbioru odpadów komunalnych ma gwarantować niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności.

2) systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczania do ich napełnienia odpadami powyżej 80% całkowitej pojemności,

3) opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6.00 do 22.00, a w innych godzinach jedynie w uzasadnionych przypadkach i po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego,

4) opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 6.00 do 24.00, na obszarze określonym w załączniku nr 6 – Mapa obszaru objętego rozszerzonymi godzinami odbioru odpadów,

- pkt 4 W zakresie przeprowadzania kontroli oraz informowania Zamawiającego o utrudnieniach w odbiorze odpadów:

2) w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO (np. remont drogi, roboty budowlane), Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia z właścicielem nieruchomości innego miejsca, z którego Wykonawca będzie odbierał odpady objęte przedmiotem zamówienia zgodnie z zapisami umowy oraz niezwłocznego poinformowania Zamawiającego o tymczasowych lokalizacjach MGO. Brak ustaleń pomiędzy Wykonawcą a właścicielem nieruchomości nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku odbioru odpadów zgodnie z umową;

3) kontrolowania zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych względem zapisów Regulaminu,

4) w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem, Wykonawca ma obowiązek (...);

- pkt 5 W zakresie jakości świadczenia usługi Wykonawca zobowiązany jest do:

- 1) prowadzenia przez cały okres obowiązywania umowy BOK na terenie gminy Wrocław,
- 2) ponoszenia wszelkich kosztów związanych z działalnością i utrzymaniem BOK, w ramach wynagrodzenia,

3) prowadzenia BOK od poniedziałku do piątku, w godzinach pracy biur Wykonawcy, nie krócej niż 5 kolejnych godzin, z zastrzeżeniem, że we wskazanym przez Wykonawcę dniu BOK czynne będzie do godziny 17.00, ale nie krócej niż 8 kolejnych godzin,

4) zapewnienia świadczenia przez BOK usług w zakresie informowania klientów m.in. o zasadach dotyczących odbioru odpadów z Sektora oraz przyjmowania zgłoszeń od klientów w zakresie realizowanych świadczeń,

5) prowadzenia strony internetowej, na której przez cały czas realizacji umowy, zamieszczane i aktualizowane będą informacje o BOK, tj. adres punktu, numery telefonów, adres e-mail, godziny otwarcia, informacje o środkach komunikacji miejskiej, którymi można dojechać do punktu oraz informacji o planowanych dniach wolnych w pracy BOK (np. w przypadku dni ustawowo wolnych od pracy),

6) przyjmowania skarg i zgłoszeń od mieszkańców związanych z obsługą Sektora,

7) realizacji Zleceń wystawionych przez Zamawiającego w zakresie obejmującym: podstawienie/zabranie pojemników, wykonanie dodatkowych odbiorów odpadów wynikających z przepełnienia pojemników bądź braku odbioru odpadów zgodnie z Harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków. W zakresie powyższych Zleceń Zamawiający może żądać dokumentacji fotograficznej potwierdzającej ich wykonanie. Termin realizacji Zleceń określi Zamawiający;

- pkt 6 Obowiązki Wykonawcy związane z Harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków:

4) wprowadzanie wszelkich zmian w Harmonogramach opróżnień pojemników i odbioru worków od właścicieli nieruchomości w zakresie dni odbioru, częstotliwości wywozu wyłącznie po akceptacji Zamawiającego.

Stosownie do rozdziału IV pkt 1 SWU, wykonawca zobowiązany jest do pełnienia szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego miejscami gromadzenia odpadów. Zgodnie natomiast z punktem 2 ww. rozdziału, Zamawiający przewiduje zlecenie szczególnego nadzoru nad maksymalnie 100 miejscami gromadzenia odpadów na terenie Sektora, z zastrzeżeniem, że Zamawiający może zlecić do szczególnego nadzoru minimalnie 15 MGO. Ponadto zgodnie z punktem 6, Zamawiający przewiduje wykonywanie czynności opisanych w pkt 5, w godzinach 6.00-21.00, przez 7 dni w tygodniu, łącznie z dniami ustawowo wolnymi od pracy. Jednocześnie, Zamawiający zastrzega, że Wykonawca nie może powierzyć pracownikom szczególnego nadzoru nad MGO w taki sposób, że w tym samym czasie jeden pracownik będzie sprawował nadzór nad więcej niż 20 MGO.

W rozdziale XII SWU Zamawiający określił przedmiot zamówienia w zakresie usługi SZOP, tj. mobilnej zbiórki odpadów problemowych. Zgodnie z punktem 8 ppkt 5 ww. rozdziału wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia regulaminu korzystania z SZOP zawierającego co najmniej takie informacje jak: rodzaje odbieranych odpadów, warunki dotyczące

przyjmowanych odpadów, przypadki, w których wykonawca może odmówić przyjęcia odpadów. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania niniejszego regulaminu do akceptacji w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy, jednakże nie później niż do dnia rozpoczęcia realizacji usługi.

Zgodnie z rozdziałem XIII SWU:

- pkt 4 W zakresie magazynowania odpadów Wykonawca zobowiązany jest do:

4) magazynowania na terenie bazy magazynowo - transportowej selektywnie odebranych odpadów nie dłużej niż 3 miesiące, z zastrzeżeniem, że jeżeli termin określony w posiadanej przez Wykonawcę decyzji na zbieranie odpadów jest krótszy, to Wykonawca musi stosować się do terminu określonego w przedmiotowej decyzji,

5) magazynowania na terenie bazy magazynowo - transportowej niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów zgodnie z posiadanymi decyzjami.

Zgodnie z rozdziałem XIV SWU:

- pkt 1 Wykonawca na czas realizacji zamówienia we własnym zakresie zapewnia:

1) bazę magazynowo - transportową spełniającą wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122) m.in.:

b) musi być wyposażona w wydzielone boksy, specjalistyczne pojemniki przeznaczone do magazynowania odpadów komunalnych, w przypadku, gdy Wykonawca będzie magazynował odpady przed ich transportem do miejsc recyklingu, odzysku bądź unieszkodliwiania,

9) pojazdy, które są zarejestrowane, dopuszczone do ruchu, posiadają aktualne badania techniczne i świadectwa dopuszczenia do ruchu oraz posiadają oznakowanie:

a) trwałe i czytelne w widocznym miejscu w zakresie nazwy firmy, danych adresowych i numerów telefonów,

b) z użyciem tablic magnetycznych w zakresie zbieranych frakcji odpadów – w przypadku pojazdów służących do odbioru odpadów.

- pkt 2 ppkt 1 lit. k Wykonawca w terminie 30 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy, lecz nie później niż w dniu rozpoczęcia realizacji usługi, zobowiązany jest zapewnić wyposażenie bazy magazynowo - transportowej w: kamery (min. 2 szt.) rejestrujące obraz w rozdzielczości co najmniej 720p, mają być zamontowane w miejscach umożliwiających monitorowanie:

- najazdowej wagi samochodowej (wjazd), na której Wykonawca waży przywiezione na bazę odpady w taki sposób, aby ważony pojazd był widoczny w całości i możliwa była jego identyfikacja po nr rejestracyjnym lub nr wozu, wraz z widocznym wyświetlaczem wagi samochodowej w taki sposób, aby możliwe było odczytanie wyniku ważenia,

- najazdowej wagi samochodowej (wyjazd), na której Wykonawca waży przywiezione na bazę odpady w taki sposób, aby ważony pojazd był widoczny w całości i możliwa była jego

identyfikacja po nr rejestracyjnym lub nr wozu, wraz z widocznym wyświetlaczem wagi samochodowej w taki sposób, aby możliwe było odczytanie wyniku ważenia,

- pkt 8 flota Wykonawcy służąca do wykonywania przedmiotu zamówienia musi spełniać wymogi ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. (Dz.U. 2018 poz. 317) zgodnie z terminami wskazanymi w ustawie.

Zgodnie z rozdziałem XV SWU:

- pkt 1 ppkt 3 lit. c, wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia wszystkich pojazdów służących do prawidłowej obsługi Sektora, w terminie najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi, w zakresie odbioru odpadów w system identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz rejestracji odbioru worków z zachowaniem warunku, że pojazdy odbierające worki w terminale/komputery pokładowe systemu identyfikacji RFID umożliwiające wybranie MGO, na którym realizowana jest usługa oraz przypisanie notatki (wzory notatek przyporządkowane do poszczególnych zdarzeń zawarto w załączniku nr 22, z zastrzeżeniem, że Zamawiający ma możliwość zmiany wzorów notatek lub dodania nowej) do konkretnego MGO, z zastrzeżeniem, że w przypadku braku odpowiedniej notatki na liście system winien umożliwiać dopisanie notatki o dowolnej treści. W przypadku odbioru worków wymaga się ręcznego odnotowania takiego odbioru na terminalu/komputerze pokładowym w Systemie (oznaczenie realizacji MGO na zaimportowanej trasówce). Ręczne odnotowanie odbioru odpadów ma być wyróżnione w systemie w stosunku do odbioru dokonanego automatycznie poprzez odczyt Transpondera RFID;

- pkt 11 ppkt 1, Wykonawca zobowiązany jest do oznakowania pojemników Transponderami wg poniższych wytycznych: 1) Wykonawca oznaczy w sposób umożliwiający automatyczny lub ręczny odczyt RFID wszystkie pojemniki Transponderami nie później niż w terminie 5 tygodni od dnia zawarcia umowy.

Zgodnie z rozdziałem XVI SWU:

- pkt 1 Wykonawca otrzyma od Zamawiającego poprzez portal internetowy dostęp do systemu KOSZ w ciągu 7 (siedmiu) dni od dnia zawarcia umowy, jednak nie później niż do dnia rozpoczęcia realizacji usługi;

- pkt 2 Zamawiający w systemie KOSZ będzie przysyłał do Wykonawcy następujące zlecenia dotyczące:

1) realizacji zgłoszeń pochodzących od mieszkańców dotyczących zadań wynikających z realizacji umowy, które Wykonawca zrealizuje w czasie nie dłuższym niż 3 (trzy) dni robocze od momentu otrzymania zlecenia, z zastrzeżeniem, że Zamawiający może zmienić termin realizacji. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania w systemie informacji zwrotnej w zakresie realizowanego zgłoszenia wraz z wymaganą dokumentacją,

- pkt 6 podczas realizacji zgłoszeń Wykonawca będzie przetwarzał dane osobowe na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym, wówczas gdy przekazywane w systemie

zgłoszenie zawierać będzie dane osobowe zgłaszającego tj. imię, nazwisko, adres email, nr telefonu, adres korespondencyjny, adres nieruchomości.

W rozdziale XVII SWU Zamawiający określił wymogi w zakresie systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, które szczegółowo sprecyzowane zostały w załączniku nr 28 - wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów.

Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 1 SWU, wykonawca wyposaży wszystkie pojazdy realizujące odbiór odpadów w terminie do 30 dni kalendarzowych od rozpoczęcia realizacji usługi zgodnie z poniższymi wytycznymi:

1) pojazdy bezpylne oraz myjki w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym, oraz nagrywarkę cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer zgodnie z załącznikiem nr 28 – Wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów:

a) widok bez martwych stref (360 stopni) – cztery szerokokątne kamery rejestrujące obraz z każdej strony pojazdu (w tym ze stref martwego pola),

b) widok „z lotu ptaka” – dostępny dla kierowcy w czasie rzeczywistym na ekranie znajdującym się w kabinie widok z każdej kamery osobno oraz w formie widoku z lotu ptaka.

2) pozostałe pojazdy w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer zamontowanych dookoła pojazdu (obraz przekazywany jest w czasie rzeczywistym na ekran znajdujący się w kabinie kierowcy) oraz na nagrywarkę cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer zgodnie z załącznikiem nr 28.

Zgodnie z pkt 2 ww. rozdziału, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu (w siedzibie Zamawiającego) dostęp do systemu wizyjnego monitorowania pojazdów z funkcjonalnościami opisanymi w pkt 3-8 w terminie do 30 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi. System musi zapewnić możliwość przeglądania zarejestrowanego obrazu równocześnie dla 10 (dziesięciu) użytkowników w czasie rzeczywistym z wszystkich kamer zamontowanych w pojazdach oraz pobierania wskazanego fragmentu wideo z serwera Wykonawcy, na którym archiwizowane będą dane z wszystkich pojazdów przez okres 6 miesięcy od momentu zarejestrowania.

W myśl punktu 5 ww. rozdziału, system musi umożliwiać anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów. Administratorem danych osobowych w zakresie zgromadzonych w trakcie rejestracji kamer wizerunków osób trzecich jest Wykonawca.

Zgodnie natomiast z pkt. 10 ww. rozdziału, serwer obsługujący System musi znajdować się w serwerowni (centrum danych obsługiwane przez Wykonawcę) gwarantującej jednostce stabilną oraz bezpieczną pracę. Dane z kamer zamontowanych na pojazdach muszą być

przesyłane na serwer Wykonawcy automatycznie, bez możliwości ingerencji w nagrany materiał wideo.

W rozdziale XIX SWU Zamawiający opisał Plan obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zgodnie z rozdziałem XIX pkt 2 ppkt 2 SWU, w Planie Obsługi Systemu Wykonawca zobowiązany jest wskazać co najmniej następujące informacje: a) wykaz wszystkich pojazdów służących do prawidłowej obsługi Sektora z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem norm klasy emisji spalin oraz umieszczenie na wirtualnym Dysku zgodnie z Rozdziałem XVIII skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin, b) wykaz rezerwowych pojazdów umożliwiających prawidłową obsługę Sektora, które będą dopuszczone do realizacji usługi wyłącznie na wypadek awarii pojazdów określonych w lit. a) z określeniem, które pojazdy należą do Wykonawcy, a które należą do Podwykonawców wraz ze wskazaniem normy klasy emisji spalin z zastrzeżeniem, że na trzy pojazdy podstawowe może maksymalnie przypadać jeden pojazd rezerwowy oraz przesłanie drogą elektroniczną skanów dowodów rejestracyjnych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin.

Zgodnie z rozdziałem XX pkt 2 SWU, Wykonawca zobowiązany jest do opracowywania i przedkładania Zamawiającemu na piśmie oraz udostępniania na wirtualnym Dysku zgodnie z Rozdziałem XVIII w formie elektronicznej (MS Excel) Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych, zgodnie z załącznikiem nr 31 - Wzór Miesięcznej Karty Bilansu Odpadów Komunalnych, które mają być dołączone do miesięcznych sprawozdań opisanych w pkt 1 z zachowaniem poniższych wymagań:

- ppkt 2 Miesięczne Karty Bilansu Odpadów Komunalnych będą potwierdzane przez Wykonawcę następującymi dokumentami:
- lit. a) dowodami ważenia (przesyłanymi zgodnie z Rozdziałem XVIII, pkt 4) sporządzonymi i podpisanymi przez osobę obsługującą wagę na wjeździe do bazy magazynowo - transportowej (i na wyjeździe, w przypadku niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych), z legalizowanej wagi zlokalizowanej na terenie bazy magazynowo - transportowej, które mają zawierać następujące informacje: datę i godzinę I i II ważenia, nr rejestracyjny pojazdu, kod odpadów, masę I ważenia, masę II ważenia, masę odpadów netto, numer dowodu ważenia w formie: numer dowodu/miesiąc/rok. (...)Zamawiający nie dopuszcza uwzględniania zapisanej w systemie tary przy ważeniu. Wykonawca zobowiązany jest do ważenia odpadów poprzez zważenie załadowanego samochodu na wjeździe oraz do powtórnego ważenia po jego rozładowaniu, aby określić właściwą masę odpadów netto,
- lit. c) Kserokopiami kart przekazania odpadów (KPO) i wydrukami wygenerowanych kart przekazania odpadów komunalnych (KPOK), wszystkich frakcji przekazanych do instalacji komunalnych, instalacji recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania (wraz z pozostałościami

z sortowania lub powstałymi zanieczyszczeniami) – z zastrzeżeniem pkt 5 lub oświadczeniami poszczególnych posiadaczy odpadów, do momentu ostatecznego zagospodarowania, zawierające informacje takie jak:

- sposób zagospodarowania odpadów,
- masę przetwarzanych, magazynowanych lub zagospodarowanych odpadów pochodzących z Sektora,
- miejsce przetwarzania, magazynowania lub zagospodarowania odpadów pochodzących z Sektora.

Jednocześnie zgodnie z punktem 7 rozdziału XX, w przypadku uruchomienia Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO), Wykonawca zobowiązany jest do przedkładania wydruków dokumentów ewidencyjnych wskazanych w niniejszym rozdziale. Ponadto Zamawiający zastrzega, że sposób przekazywania dokumentów ewidencyjnych może ulec zmianie poprzez uzyskanie przez Zamawiającego dostępu lub wglądu do BDO umożliwiającego weryfikację powyższych dokumentów.

W rozdziale XXI SWU Zamawiający opisał szczegółowe regulacje dotyczące osiągnięcia rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa.

W załączniku nr 4 do SWU Zamawiający podał przewidywaną liczbę pojemników i worków niezbędną do realizacji zamówienia.

W załączniku nr 12 do SWU Zamawiający przedstawił wykaz miejsc gromadzenia odpadów komunalnych znajdujących się w rejonie osiedli Stare Miasto, Przedmieście Świdnickie, Nadodrże, Ołbin i Plac Grunwaldzki.

W załączniku nr 23 do SWU Zamawiający zawarł wykaz MGO i pojemników.

Załącznik B do SIWZ stanowiła umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych zawierająca dwa załączniki.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp oraz aktem wykonawczym do tejże ustawy.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi

konstrukcyjne odwołania przesądzą, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17). Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Nadto Izba wskazuje, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Precyzyjnie postawione przez odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

Sygn. akt: KIO 401/20

Zarzut 3 – dotyczący obowiązku zainstalowania dostarczonego przez Zamawiającego systemu monitorującego pracę wagi oraz zarzut 9 lit. c – brak uzasadnienia dla wprowadzenia wymogu dotyczącego zapewnienia systemu monitoringu pojazdów

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania, Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia w części zarzuty odwołania wniesionego przez FBSerwis, tj. zarzut zawarty w punkcie 3 petitum odwołania. Mając na względzie złożone przez Zamawiającego oświadczenie w ww. zakresie oraz wobec braku wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego Izba uznała, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutu podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

Ponadto w toku rozprawy wykonawca FBService oświadczył, iż cofa zarzut naruszenia zawarty w punkcie 9 lit. c petitum odwołania. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu podlega umorzeniu. Ww. zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Zarzut 1 – dotyczący zastrzeżenia maksymalnych proporcji cen jednostkowych oferowanych przez wykonawcę

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wprowadzający w rozdziale XIV pkt 10 SIWZ ograniczenie dotyczące szacowania przez wykonawców cen jednostkowych za usługi wskazane w załączniku nr II „Zestawienie kosztów zadania”, iż niektóre z nich nie mogą stanowić więcej niż 70% cen jednostkowych, innych usług zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, iż mimo dokonanej przez Zamawiającego w dniu 9 marca 2020 r. zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozdziału XIV pkt 10 i 11, zarzut odwołania pozostał aktualny, bowiem modyfikacja SIWZ, nie zmieniła tego co było istotą zarzutu, czyli ograniczenia dotyczącego szacowania przez wykonawców cen jednostkowych za poszczególne pozycje (poz. 11, 13, 14 i 19 – odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów pochodzących z PSZOK) wskazane w załączniku nr II „Zestawienie kosztów zadania”.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, przykładowo wymienione w tym przepisie. Z kolei stosownie do treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis sposobu obliczenia ceny. Z powyższego wynika zatem, iż w gestii zamawiającego pozostaje określenie wytycznych w zakresie sposobu obliczenia ceny, które nie mogą zostać sformułowane z pominięciem naczelných zasad udzielania zamówień publicznych i pozostawać w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest przede wszystkim zapewnienie porównywalności ofert oraz zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, poprzez ustalenie jednakowych, obowiązujących wszystkich wykonawców, reguł dotyczących obliczenia ceny oferty. Ww. przepis nie uprawnia zamawiającego do ingerencji w sposób kalkulacji ceny oferty, poprzez ograniczenie wykonawcy w obliczeniu cen jednostkowych za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówienia, które winny odzwierciedlać rzeczywiste koszty.

Uwzględniając powyższe Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby ww. postanowienia SIWZ realizowały obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Zamawiający nie przedstawił w sposób rzeczowy uzasadnienia dla wprowadzonego w rozdziale XIV pkt 10 i n. SIWZ ograniczenia w zakresie szacowania przez wykonawców cen jednostkowych za usługi, o których mowa w pozycji nr 11, 13, 14 i 19 załącznika nr II „Zestawienie kosztów zadania”. Ze stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w toku rozprawy nie można wywnioskować, w jaki sposób ww. postanowienia specyfikacji spełniają i zabezpieczają potrzeby Zamawiającego wynikające z realizacji przedmiotowego zamówienia. Innymi słowy, Zamawiający nie wykazał, jaki był cel wprowadzenia do specyfikacji ww. postanowień, ograniczających swobodę wykonawców w kalkulacji cen za poszczególne usługi. Zamawiający wprowadzenie ww. postanowień SIWZ uzasadniał własnymi doświadczeniami wynikającymi z realizacji usługi odbioru odpadów z PSZOK z dotychczasowymi wykonawcami, które wskazują, że koszt odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z PSZOK ze względu na to, iż mamy do czynienia z czystą frakcją odpadów jest niższy o 30% niż ww. koszty w przypadku odpadów pochodzących z nieruchomości, które są bardziej zanieczyszczone. Uzasadniał, iż wykonawca część frakcji odpadów pochodzących z PSZOK może zbyć, sprzedając je bezpośrednio recyklerom, przez co niższe są koszty ich zagospodarowania niż w przypadku odpadów zmieszanych, które wymagają dodatkowego oczyszczenia. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił również, że przyjęty wskaźnik 70% to dane literaturowe wskazujące na poziom zanieczyszczeń poszczególnych frakcji odpadów, przy czym 15% to zanieczyszczenia nieprzetwarzalne, nienadające się do recyklingu, a pozostałe 15% może nadawać się do odzysku termicznego. Wskazywał, iż w przypadku odpadów wielkogabarytowych nie da się dokładnie zbadać tej kwestii, jest to nieweryfikowalne, praktyka pokazuje, że zmieszane są odpady różnych frakcji.

Izba wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego w przedmiocie zasadności przyjętego na poziomie 70% wskaźnika było niespójne. Z jednej strony Zamawiający uzasadniał ustanowienie ww. wskaźnika w oparciu o doświadczenia wynikające z realizacji umów z dotychczasowymi wykonawcami, z drugiej zaś strony powoływał się na bliżej nieokreślone dane literaturowe. Co więcej, powyższa argumentacja nie została poparta przez Zamawiającego żadnymi dowodami w postaci wyliczeń matematycznych, które potwierdzałyby zasadność przyjętego wskaźnika. Zamawiający nie podał także źródła literaturowego, na które się powoływał.

W tym miejscu warto również wskazać, iż nawet jeśli przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik wynika z dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego nabytych ze zrealizowanych umów, to nie jest to wartość sztywna. Podkreślić należy, iż kalkulacja ceny oferty jest domeną wykonawcy. Każdy z wykonawców prowadzących działalność gospodarczą

na danym rynku działa według własnych możliwości, mechanizmów, z wykorzystaniem właściwych mu warunków technicznych, organizacyjnych, kadrowych, co też przekłada się w sposób indywidualny na kalkulację ceny. Nie sposób zatem przyjąć, iż każdy z wykonawców kalkulując ceny za poszczególne usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia będzie mógł przyjąć dla danych pozycji wskazaną przez Zamawiającego wartość (nie więcej niż 70% innych cen jednostkowych), która będzie mieściła się w wymaganym udziale procentowym i jednocześnie będzie stanowiła rzeczywisty koszt ponoszony przez wykonawcę w tym zakresie. Słusznie argumentował Odwołujący 1, iż wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie dotyczące szacowania przez wykonawców cen jednostkowych za usługi wskazane w pozycjach 11, 13, 14 i 19 załącznika nr II w zakresie odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z PSZOK, wymuszałoby na wykonawcach przyjęcie fikcyjnych poziomów poszczególnych kosztów, oderwanych od ich rzeczywistej wyceny, której przecież wymagał Zamawiający w świetle postanowienia rozdziału XIV pkt 7 SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że Zamawiający przekroczył swoje ustawowe uprawnienia do określenia sposobu obliczenia ceny, naruszając jednocześnie prawo wykonawcy do określenia ceny za oferowane usługi i nakazała Zamawiającemu wykreślenie postanowienia zawartego w rozdziale XIV pkt 10 SIWZ.

Zarzut 2 – zbyt krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. i 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i niemożliwy do wykonania, przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie świadczy usługę odbioru odpadów w zakresie odpowiadającym zakresowi zamówienia udzielanego w postępowaniu.

Na wstępie wskazać należy, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb.

Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych

określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia winien dołożyć staranności, by opis zamówienia był kompletny, jasny, zrozumiały dla potencjalnych wykonawców.

Jednocześnie ograniczenia w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia zawiera norma art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, która zakazuje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny. Niewątpliwie termin realizacji zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia, który może wpływać w sposób pozytywny albo negatywny na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych danym zamówieniem publicznym. Tym samym ustanowienie przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia albo terminu niemożliwego do dotrzymania zważywszy na specyfikę danego zamówienia oraz realia rynkowe narusza przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 w zakresie przedmiotowego zarzutu uzasadniał, iż Zamawiający gwarantuje wykonawcy jedynie 30 dni „okresu przygotowawczego”, w ramach którego wykonawca będzie zobowiązany podjąć wszystkie czynności związane z zakupem wielu tysięcy pojemników (przewidywaną liczbę pojemników określa Załącznik nr 4 do SWU), dostosowaniem ich do wymagań Zamawiającego, w tym odpowiedniego ich oznakowania oraz wyposażenia w system identyfikacji pojemników określony w rozdziale XV SWU, a nadto rozmieszczenia ich na nieruchomościach zlokalizowanych na obszarze Sektora I (Śródmieście i Stare Miasto). Odwołujący 1 wskazał również, iż operacja rozmieszczenia pojemników musi zostać poprzedzona inwentaryzacją oraz aktualizacją danych o MGO. Zdaniem Odwołującego 1 tak krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie realizuje przedmiot umowy, jest nawet nie tyle trudne, co wręcz niemożliwe do wykonania w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.

Izba wskazuje, iż powyższe twierdzenia Odwołującego 1 zostały częściowo podważone przez Zamawiającego w przedmiocie zakresu czynności, które obowiązany jest wykonać wykonawca w tzw. „okresie przygotowawczym” w związku z obowiązkiem wyposażenia nieruchomości w pojemniki.

Bezspornie zgodnie z § 4 ust. 3 projektu umowy, przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU (z zastrzeżeniem części obowiązków dotyczących sprawozdawczości oraz monitorowania pojazdów, o których mowa w rozdz. XV pkt 2, rozdz. XVII pkt 2, rozdz. XX SWU) świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia wskazanego przez Zamawiającego, przy czym zgodnie z przypisem nr 1 do ww. postanowienia, termin świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy. Stosownie natomiast do § 4 ust. 2 projektu umowy, z dniem zawarcia umowy wykonawca zobowiązany będzie podjąć działania niezbędne do prawidłowego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Jednocześnie zgodnie z rozdziałem II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU, wykonawca zobowiązany jest

wyposażyć właścicieli nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów niesegregowanych (zmieszanych) oraz pojemniki do gromadzenia odpadów zbieranych selektywnie najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi.

Nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego 1, iż w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na „okres przygotowawczy” (30 dni) wykonawca zobowiązany jest dostosować pojemniki do wymagań Zamawiającego, tj. odpowiednio je oznakować oraz wyposażyć w system identyfikacji określony w rozdziale XV SWU. Zgodnie bowiem z rozdziałem II pkt 5 ppkt 5 SWU, wykonawca zobowiązany jest do oznakowania pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych najpóźniej do 30 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi zgodnie ze wzorem oznakowania zaakceptowanym przez Zamawiającego. Z powyższego wynika zatem, iż wykonawca na oznakowanie pojemników ma dodatkowy czas ponad przewidziany na „okres przygotowawczy”.

Jednocześnie zgodnie z rozdziałem XV pkt 11 ppkt 1 SWU, wykonawca zobowiązany jest do oznakowania pojemników transponderami nie później niż w terminie 5 tygodni od dnia zawarcia umowy, co oznacza, iż wykonawca dysponuje dłuższym terminem na wyposażenie pojemników w system identyfikacji, niż zagwarantowane minimum 30 dni. W tym miejscu warto również wskazać, iż Odwołujący 1 nie zakwestionował ww. postanowienia SIWZ określającego termin na wyposażenie pojemników w transpondery.

Dalej Izba wskazuje, iż z treści odwołania nie wynika jaki czas należałoby uznać obiektywnie za wystarczający na przeprowadzenie inwentaryzacji MGO w celu ustalenia właściwej liczby pojemników. Odwołujący 1 nie przedstawił w ww. zakresie żadnych wyliczeń. Wykonawca FBSerwis nie przedstawił również żadnych szacunków w zakresie czasu niezbędnego na faktyczne rozmieszczenie pojemników na nieruchomościach zlokalizowanych na obszarze Sektora I.

Przechodząc następnie do kwestii terminu na zakup pojemników, który w świetle przedłożonego przez Odwołującego 1 dowodu w postaci korespondencji elektronicznej to okres między 6 a 8 tygodni (produkcja wraz z logistyką), Izba wskazuje, że żaden z ww. terminów nie uzasadnia żądania Odwołującego, który oczekiwał zapewnienia minimum 60 dni od zawarcia umowy na wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady. Ponadto Izba uznała, iż rzeczony dowód ma niską moc dowodową zważywszy na treść wiadomości elektronicznej wystosowanej przez nadawcę o brzmieniu „(...) Potrzebny mail, który mógłby wesprzeć dział prawny w naszym odwołaniu”. Brak jest również szczegółowych informacji o adresacie korespondencji elektronicznej, w szczególności nie można wyczytać, czy osoba, która „podpisała się” imieniem i nazwiskiem w niej wskazanym jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą związaną z produkcją pojemników na odpady, czy też pracownikiem przedsiębiorcy upoważnionym do złożenia stosownego oświadczenia. Wskazać również należy, iż ww. dowód potwierdza co najwyżej możliwości produkcyjne

i logistyczne jednego podmiotu, nie przesadzając tym samym o obiektywnej niemożliwości spełnienia oczekiwanego przez Zamawiającego świadczenia, przez żaden z podmiotów działających na rynku w ww. branży.

Wziąwszy pod rozwagę wyżej przywołane okoliczności, w szczególności faktyczny zakres czynności, które obowiązany będzie wykonać przyszły wykonawca zamówienia w zagwarantowanym przez Zamawiającego terminie w zakresie rozmieszczenia pojemników na nieruchomościach, brak wykazania przez FBSerwis czasu niezbędnego na inwentaryzację MGO oraz faktyczne podstawienie pojemników na nieruchomościach, jak również inicjatywę dowodową Odwołującego 1 w omówionym wyżej zakresie, Izba uznała, iż Odwołujący 1 nie wykazał postawionego w odwołaniu żądania w przedmiocie wyznaczenia minimum 60 – dniowego terminu od zawarcia umowy na wyposażenie nieruchomości w pojemniki.

Za nieuzasadnione Izba uznała również żądanie Odwołującego 1 dotyczące zapewnienia przez Zamawiającego współpracy z dotychczasowym wykonawcą realizującym usługi na terenie Sektora I, poprzez dostarczenie „nowemu” wykonawcy harmonogramu usuwania pojemników przez wykonawcę obecnie świadczącego usługę odbioru odpadów z Sektora I oraz zapewnienie terminu wyposażenia poszczególnych nieruchomości w pojemniki na odpady, w każdym przypadku, w terminie nie krótszym niż 2 dni robocze od przewidzianego w ww. harmonogramie terminu usunięcia pojemników przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę lub od faktycznego usunięcia tych pojemników – w przypadku, gdy faktyczne ich usunięcia nastąpi później.

Izba wskazuje, że Odwołujący 1 w ww. zakresie nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, w szczególności nie złożył umowy łączącej Zamawiającego z dotychczasowym wykonawcą świadczącym usługę odbioru odpadów z Sektora I, co uniemożliwiło weryfikację zakresu ewentualnych obowiązków wykonawcy związanych z usunięciem pojemników z chwilą zakończenia świadczenia usługi. Nie sposób również wykluczyć, iż w przypadku braku szczegółowych wytycznych w ww. zakresie w aktualnej umowie, żądanie Odwołującego 1 prowadziło do konieczności jej zmiany, co wykracza poza ramy przedmiotowego postępowania. Ponadto za niepotwierdzone Izba uznała przypuszczenia FBSerwis w przedmiocie braku potencjalnej współpracy z obecnym wykonawcą realizującym odbiór odpadów na terenie Sektora I w zakresie usuwania pojemników stanowiących własność wykonawcy.

W świetle powyższego ww. zarzut nie został przez Izbę uwzględniony.

Zarzut 4 – system wizyjnego monitorowania pojazdów – wymóg 360^o oraz „widok z lotu ptaka”

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, który jednocześnie charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego dostawcę, co może prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców w zakresie wymaganego przez Zamawiającego systemu monitorowania wizyjnego pojazdów, który aktualnie jest oferowany tylko przez jednego dostawcę na rynku, a przy tym jego wymaganie nie zapewnia Zamawiającemu realnych korzyści w stosunku do rozwiązań oferowanych przez innych dostawców, co tym samym oznacza, że wymaganie Zamawiającego nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 1 ppkt 1 SWU, wykonawca wyposaży wszystkie pojazdy realizujące odbiór odpadów w terminie do 30 dni kalendarzowych od rozpoczęcia realizacji usługi zgodnie z poniższymi wytycznymi: pojazdy bezpylne oraz myjki w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym, oraz nagrywarkę cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer zgodnie z załącznikiem nr 28 – Wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów: a) widok bez martwych stref (360 stopni) – cztery szerokokątne kamery rejestrujące obraz z każdej strony pojazdu (w tym ze stref martwego pola), b) widok „z lotu ptaka” – dostępny dla kierowcy w czasie rzeczywistym na ekranie znajdującym się w kabinie widok z każdej kamery osobno oraz w formie widoku z lotu ptaka.

Uzupełniając argumentację prawną dotyczącą zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia przedstawioną w zakresie zarzutu 2. Izba wskazuje, że do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczające jest takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Ponadto z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest określony w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym nie musi być on nazwany przez zamawiającego – wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć konkretny produkt.

Rozważając całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba uznała, iż Odwołujący 1 wykazał, że zestawienie parametrów dotyczących systemu wizyjnego monitorowania pojazdów »obraz z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”)« wskazuje na konkretny produkt, tj. system Backeye 360, którego producentem jest Brigade Electronics spółka z siedzibą w Wielkiej Brytanii. Powyższe potwierdza przedłożona przez Odwołującego 1 korespondencja elektroniczna z dostawcami systemów GPS wskazująca, iż wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełnia tylko jedno ww. rozwiązanie. W tym miejscu podkreślić należy, iż Zamawiający nie kwestionował powyższych dowodów. Co więcej, Zamawiający nie

zaprzeczył, że nie żąda konkretnego wskazywanego przez Odwołującego 1 systemu monitoringu wizyjnego pojazdów, składając zresztą jako dowód w sprawie wydruk z systemu Backeye 360. Zamawiający nie twierdził przy tym, że na rynku występują inne systemy monitoringu wizyjnego, które spełniałyby wymogi specyfikacji.

Słusznie, w ocenie Izby, argumentował Odwołujący 1, iż sformułowany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia może stanowić barierę w dostępie do zamówienia, gdyż stawia w uprzywilejowanej sytuacji podmioty korzystające z systemu Backeye 360, czy też posiadające z producentem systemu określone stosunki gospodarcze. Jednocześnie żądanie konkretnego rozwiązania uzależnia wykonawców od dostawcy systemu Backeye 360, który mając w istocie monopol na dostarczenie systemu opisanego w SIWZ może żądać od wykonawców wynagrodzenia znacząco przekraczającego wartość przedmiotowego systemu, a także może potencjalnie odmówić dostarczenia i zainstalowania tego systemu w terminach określonych w SIWZ, eliminując *de facto* wykonawcę z prawidłowej realizacji zamówienia.

Następnie Izba stwierdziła, iż Zamawiający żądając konkretnego systemu monitoringu wizyjnego pojazdów nie wykazał swoich uzasadnionych potrzeb. W szczególności Zamawiający nie wykazał, że powyższe funkcjonalności - dostępne jedynie w systemie Backeye 360 - zapewnią mu realne korzyści i są niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz że celów Zamawiającego nie da się osiągnąć w inny sposób niż przy użyciu ww. systemu. Inaczej rzecz ujmując Zamawiający nie wykazał, w czym ww. system monitoringu przewyższa inne systemy i jaki ma to wpływ na zasadniczy cel przedmiotowego zamówienia, którym jest prawidłowy odbiór i zagospodarowanie odpadów. Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą uzasadniał, iż opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia system ma pełnić dwie funkcje, tj. bezpieczeństwa oraz kontrolną. Argumentował, iż system wizyjnego monitorowania pojazdów ma zapewnić bezpieczeństwo uczestników ruchu i mieszkańców Wrocławia, w szczególności dzięki funkcji „widoku z lotu ptaka” oraz że wyposażenie pojazdów w GPS i czujniki jest niewystarczające dla prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż czujniki nie wykryją np. rowerzysty. Zwracał również uwagę na wypadki śmiertelne z udziałem śmieciarek.

Z kolei odnośnie funkcji kontrolnej Zamawiający wskazywał na możliwość przenikania się strumienia odpadów komunalnych, za których odbiór i zagospodarowanie koszty ponosi gmina z odpadami spoza systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które rozliczane są indywidualnie przez właścicieli nieruchomości oraz związany z tym obowiązek Zamawiającego polegający na zbudowaniu takiego systemu kontroli, by odpady z systemu i spoza systemu się nie przenikały. Dlatego też w ocenie Zamawiającego uzasadniona jest potrzeba, by widzieć miejsca odbioru i gromadzenia odpadów.

Powyższych wyjaśnień Izba nie uznała za przekonujące. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, iż ww. funkcjonalności właściwe dla konkretnego systemu monitorowania pojazdów są niezbędne do prawidłowej realizacji niniejszego zamówienia obejmującego świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zamawiający nie wykazał, że zapewnienie bezpieczeństwa dla mieszkańców Wrocławia i uczestników ruchu oraz kontrolowanie systemu gospodarki odpadami komunalnymi nie mogą zostać osiągnięte w inny sposób. W szczególności Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego standardowy system monitoringu oparty o 4 kamery zamontowane z przodu, tyłu oraz na obu bokach pojazdu wraz z systemem GPS i RFID nie zabezpieczałyby jego potrzeb w wystarczający sposób. Co więcej, w zakresie funkcjonalności dotyczącej „widoku z lotu ptaka” sam Zamawiający przyznał, że widok ten dostępny jest wyłącznie dla kierowcy, ułatwia manewrowanie pojazdem lecz nie jest wykorzystywany przez Zamawiającego. Z powyższego wynika zatem, iż ww. funkcjonalność nie ma przełożenia na potrzeby Zamawiającego, a co najwyżej może wpływać na jakość pracy kierowcy pojazdu będącego jednak pracownikiem wykonawcy, nie zaś Zamawiającego. Izba, nie negując w żadnej mierze potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa mieszkańcom Wrocławia w przypadku kontaktu z pojazdami typu śmieciarka, w okolicznościach przedmiotowej sprawy uznała jednak, że Zamawiający nie wykazał, że odpowiedzialność za wypadki śmiertelne z udziałem śmieciarek nie leżała po stronie kierowcy pojazdu oraz że nie doszłoby do nich, gdyby wykonawca dysponował konkretnym systemem opisanym w SIWZ.

W wątpliwość poddać należy twierdzenia Zamawiającego, by za pomocą opisanego w SIWZ systemu monitoringu możliwym było ustalenie, czy odbierane z MGO odpady będą pochodziły z systemu czy spoza systemu gospodarki odpadami. Trudno bowiem logicznie wytłumaczyć w jaki sposób same kamery zamontowane na pojeździe miałyby rozpoznać źródło pochodzenia danego odpadu. Zamawiający w ocenie Izby nie wykazał, iż ww. celu nie będzie można zrealizować za pomocą standardowego systemu monitoringu opartego o 4 kamery zamontowane z przodu, tyłu oraz na obu bokach pojazdu.

Zważyć również należy, że Zamawiający nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego 1 w przedmiocie wątpliwej jakości rzezonego systemu. Odwołujący 1 zwracał uwagę, że zastosowane w systemie obiektywy ultra szerokokątne, tzw. rybie oko sprawia, iż przekazywany z kamer obraz jest rozciągnięty, zagięty i mało wyraźny, co też potwierdzają złożone przez wykonawcę FBService dowody ze zdjęć oraz wydruk z systemu Backeye przedłożony przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący 1 wskazywał, że materiał wideo na łączeniach z kamer, w przypadku gdy pojawi się jakiś obiekt, staje się zaburzony i nieczytelny.

Wziąwszy pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała, iż Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w zakresie systemu monitoringu wizyjnego pojazdów realizujących przedmiot zamówienia z naruszeniem zasady niedyskryminacji i nakazała

Zamawiającemu wykreślenie z treści rozdziału XVII SWU oraz załącznika nr 28 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360⁰) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”).

Zarzut 5 – system wizyjnego monitorowania pojazdów – bieżąca anonimizacja osób i pojazdów w materiale wideo

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym jest niemożliwy do wykonania w ramach czasowych określonych przez Zamawiającego, tj. przez wymaganie w rozdziale XVII pkt 5 SWU, aby system wizyjnego monitorowania pojazdów zapewniał anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów w sytuacji, gdy obecnie żaden z podmiotów oferujących tego rodzaju systemy na rynku nie zapewnia bieżącej anonimizacji, a stworzenie takiej funkcjonalności musiałoby się wiązać z nakładami nieproporcjonalnie wysokimi do przedmiotu zamówienia, a nadto byłoby niemożliwe do implementacji w terminie realizacji zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem XVII pkt 2 SWU, wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu (w siedzibie Zamawiającego) dostęp do systemu wizyjnego monitorowania pojazdów z funkcjonalnościami opisanymi w pkt 3 – 8 w terminie do 30 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia realizacji usługi. System musi zapewniać możliwość przeglądania zarejestrowanego obrazu równocześnie dla 10 (dziesięciu) użytkowników w czasie rzeczywistym z wszystkich kamer zamontowanych w pojazdach oraz pobierania wskazanego fragmentu wideo z serwera wykonawcy, na którym archiwizowane będą dane z wszystkich pojazdów przez okres 6 miesięcy od momentu zarejestrowania. Z kolei zgodnie z pkt 5 ww. rozdziału, system musi umożliwiać anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów. Jednocześnie zgodnie z punktem 10 rozdziału XVII SWU, serwer obsługujący system musi znajdować się w serwerowni (centrum danych obsługiwane przez Wykonawcę) gwarantującej jednostce stabilną oraz bezpieczną pracę. Dane z kamer zamontowanych na pojazdach muszą być przesyłane na serwer wykonawcy automatycznie bez możliwości ingerencji w nagrany materiał wideo.

W ocenie Izby lektura postanowień zawartych w rozdziale XVII SWU, w szczególności wyżej przywołanych, prowadzi do wniosku, iż brak było wymogu, aby system wizyjnego monitorowania pojazdów zapewniał anonimizację zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów w trybie online. Z treści SWU (pkt 5 rozdział XVII) wynika jedynie, że system wizyjny monitorowania pojazdów, w który winny być wyposażone wszystkie pojazdy realizujące odbiór odpadów, ma umożliwiać anonimizację osób i pojazdów zarejestrowanych

w materiale. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 1 na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie doprecyzował momentu anonimizacji danych w materiale wideo, tj. czy ma być ona dokonywana online (w momencie przeglądania zarejestrowanego obrazu przez użytkowników Zamawiającego), czy też po nagraniu materiału wideo. Podnoszonego przez Odwołującego 1 zarzutu nie potwierdza także postanowienie rozdziału XVII pkt 2 SWU obligujące wykonawców do zapewnienia w siedzibie Zamawiającego dostępu do ww. systemu, który ma zapewniać możliwość przeglądania zarejestrowanego obrazu dla określonej liczby użytkowników w czasie rzeczywistym z wszystkich kamer zamontowanych w pojazdach oraz pobierania wskazanego fragmentu wideo z serwera wykonawcy. Wymogu pełnej anonimizacji nagrania przed jego udostępnieniem Zamawiającemu nie podnosił także Zamawiający w toku rozprawy przed Izłą.

W konsekwencji powyższego za bez znaczenia Izba uznała twierdzenia Odwołującego 1, iż stworzenie funkcjonalności umożliwiającej anonimizację danych online wiązałoby się z nakładami nieproporcjonalnie wysokimi do przedmiotu zamówienia, a nadto byłoby niemożliwe do implementacji w terminie realizacji zamówienia, skoro Zamawiający nie postawił takiego wymogu.

Z uwagi na powyższe Izba nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu.

Zarzut 6 – rękojmia

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353¹ k.c. oraz art. 58 § 1 w zw. z art. 556 i art. 638 k.c. oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przy tym pozostający w sprzeczności z przepisami ustawy Kodeks cywilny o rękojmi i tym samym ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeczny z jego naturą, tj. przez ustalenie w § 18 projektu umowy, że wykonawca udziela na przedmiot umowy rękojmi na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia realizacji umowy, podczas gdy przedmiotem umowy jest co do zasady świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, do której zgodnie z art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, które to świadczenie nie obejmuje wytworzenia rezultatu, który byłby zdalny do poddania się sprawdzianowi na istnienie wad, których dotyczy odpowiedzialność z tytułu rękojmi.

Zgodnie z § 17 ust. 1 projektu umowy, dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy wykonawca wnosi zabezpieczenie w wysokości 10% ceny ofertowej brutto. W ust. 5 § 17 Zamawiający przewidział, że 90% zabezpieczenia należytego wykonania umowy zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należyte wykonane, natomiast pozostałą część obejmującą roszczenie z tytułu rękojmi za wady, w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi.

Jednocześnie w § 18 projektu umowy Zamawiający przewidział obowiązek udzielenia przez wykonawcę na przedmiot umowy rękojmi na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia realizacji umowy wskazanego w § 4 ust. 1.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, na zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stosownie do treści art. 151 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia i jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady (art. 151 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Zauważyć jednak należy, że nie każde zamówienie będzie objęte rękojmią. Stąd, zawierając zapisy o zabezpieczeniu, należy zwracać uwagę na przedmiot zamówienia, aby nie zawierać zapisów o pozostawieniu zabezpieczenia na okres rękojmi, której w rzeczywistości nie będzie (tak J. Pieróg Prawo zamówień publicznych, Komentarz do art. 151, Warszawa 2019). Instytucja rękojmi jest właściwa m.in. przy umowie sprzedaży (art. 556 k.c.), zamiany (art. 604 k.c.), dostawy (art. 609 i 612 k.c.), umowie o dzieło (art. 637 i 638 k.c.), komisji (art. 770 k.c.), darowizny (art. 892 k.c.). Nie znajduje ona natomiast zastosowania do umowy zlecenia oraz do umów o świadczenie usług, nieuregulowanych innymi przepisami, do których zastosowanie znajdują odpowiednio przepisy o zleceniu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie uzasadnił postawionego w § 17 ust. 5 w zw. z § 18 projektu umowy wymogu pozostawienia 10% wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady. Co do zasady nie było sporu między Stronami postępowania odwoławczego, iż przedmiotem umowy jest usługa polegająca na odbiorze, zbieraniu, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście. Osią sporu była natomiast kwestia, czy przedmiotowa umowa ma, jak twierdził Zamawiający, charakter mieszany - zawierający elementy umowy o dzieło oraz umowy zlecenie, czy też, jak podnosił Odwołujący 1, stanowiła umowę o świadczenie usług, do której zastosowanie będą miały przepisy Kodeksu cywilnego o zleceniu (art. 750 k.c.), które z kolei nie przewidują stosowania rękojmi przy umowie zlecenia.

Izba, w okolicznościach niniejszej sprawy, uznała za niewykazane stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w toku rozprawy, iż przedmiotowa umowa nie jest klasyczną umową o świadczenie usług, bowiem jej charakter jest mieszany. Zdaniem składu orzekającego Zamawiający powinien jednoznacznie wyjaśnić i wskazać, które elementy

przedmiotu zamówienia, stanowiące rezultat umowy o zamówienie publiczne, mogłyby zostać poddane tzw. testowi rękojmi polegającemu na możliwości poddania dzieła sprawdzianowi na istnienie wad. Stosowanie powyższego kryterium eksponowane jest w orzecznictwie sądowym jako jeden z najbardziej skutecznych sposobów na odróżnienie usługi od dzieła (por. wyrok SA w Szczecinie z dnia 28 maja 2013 r. sygn. akt: III AUa 987/12). W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał, o jakie wady fizyczne mogłoby chodzić w przypadku czynności do jakich wykonania zobowiązany będzie potencjalny wykonawca zamówienia. Zamawiający nie odniósł się również do celu i charakteru umowy o zamówienie publiczne akcentowanego przez wykonawcę FBService polegającego na wykonywaniu z należytą starannością powtarzalnych czynności, tj. usług z zakresu odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, w określonym przedziale czasowym.

Izba wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego sprowadzało się w zasadniczej mierze do zaprezentowania doświadczeń z 2013 r. w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt: KIO 559/13, 560/13, 561/13, 562/13, 602/13, 603/13, 610/13, 611/13, 612/13 KIO 613/13, gdzie w zakresie jednego z zarzutów wykonawca domagał się wykreślenia obowiązku udzielania przez wykonawcę rękojmi, a który to zarzut nie znalazł poparcia Izby.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż każda sprawa rozpoznawana przez Krajową Izbę Odwoławczą oceniana jest indywidualnie, w konkretnych okoliczności faktycznych, mając przede wszystkim na względzie aktywność dowodową oraz argumentację podnoszoną przez przeciwników procesowych. Izba wskazuje, iż Zamawiający dokonał analizy przywołanego wyżej wyroku pobieżnie, prezentując jedynie te aspekty uzasadnienia, które były dla niego korzystne procesowo. Zamawiający pominął w szczególności kwestię zaakcentowaną przez Izbę, iż odwołujący się wykonawca powoływał się na jeden z elementów zamówienia nie wykazując dlaczego w pozostałym, wskazanym przez Izbę zakresie, żądanie rękojmi od wykonawcy było niezasadne.

Dalej Izba wskazuje, iż słusznie podniósł Odwołujący FBService, że z treści projektu umowy (§ 18) nie wynika przede wszystkim na jakie konkretnie aspekty przedmiotu zamówienia miałyby zostać udzielona 12 – miesięczna rękojmia. Zamawiający w § 18 projektu umowy ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że wykonawca udziela na przedmiot umowy rękojmi na okres 12 miesięcy. Zdaniem Izby powyższe oznacza, iż postanowienia projektu umowy w ww. zakresie są nieprecyzyjne, bowiem nie wynika z nich jaki jest zakres odpowiedzialności wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, zakresu odpowiedzialności, nie potrafił w sposób rzeczowy wyjaśnić Zamawiający, poprzestając na podnoszeniu ogólników

zaczepniętych z uzasadnienia ww. wyroku KIO z dnia 29 marca 2013 r. jak choćby, że przedmiotem zamówienia jest m.in. kwestia sprawozdawczości i zagospodarowania odpadów.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał zasadności postawionego w § 17 ust. 5 w zw. z § 18 projektu umowy wymogu i nakazała Zamawiającemu wykreślenie § 18 projektu umowy oraz nadanie postanowieniu § 17 ust. 5 projektu umowy następującego brzmienia: „5. 100% zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należyte wykonane”.

Zarzut 7 – kary umowne

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w §15 ust. 2 rażąco wygórowanych kar umownych i nakazała Zamawiającemu obniżenie kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f, § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c, § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a, c oraz e, § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a oraz b, § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q, r, s oraz u, § 15 ust. 2 pkt 11 lit. bb oraz gg, § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q, § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r projektu umowy o połowę ich wysokości.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej istotne dla stron postanowienia, 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. Z kolei w myśl art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 k.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie natomiast z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jednocześnie zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek

wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Izba wskazuje, iż Zamawiający w toku rozprawy akcentował, iż kary umowne określone w § 15 ust. 2 projektu umowy zostały ustalone na takim poziomie, aby przyszedł wykonawca zamówienia w sposób należyty realizował usługi objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający zwracał również uwagę na kwestie wizerunkowe, jako że usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów dotyczą Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście. Zamawiający wskazywał także, iż wysokość kar umownych została ustalona na podstawie własnych doświadczeń wynikających z realizacji umów obejmujących tożsamy przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że argumentację Zamawiającego, który zasadniczy ciężar położył na chęci zdyscyplinowania przyszłego wykonawcy zamówienia publicznego czemu dał wyraz w określeniu katalogu kar umownych i ich wysokości, uznała za nieprzekonującą. W szczególności wskazać należy, iż Zamawiający nie przeprowadził szerszego wywodu merytorycznego wobec funkcji jakie ma pełnić kara umowna, w tym pominął funkcję kompensacyjną służącą naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę (dłużnika). Innymi słowy Zamawiający nie wykazał, że przeprowadził jakąkolwiek analizę stosunku potencjalnej szkody, którą mógłby ponieść w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego przez wykonawcę do wysokości zastrzeżonej kary umownej. Zamawiający nie przedstawił żadnych wyliczeń, symulacji ww. zakresie, choć jak wielokrotnie podkreślał opierał się na zdobytych doświadczeniach wynikających z realizacji innych umów.

W tym miejscu wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). W ocenie składu orzekającego Izby rozpoznającej niniejszą sprawę rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

W kontekście powyższego podkreślić należy, iż kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, dlatego też Zamawiający winien potrafić

w sposób rzeczowy wyjaśnić w jaki sposób, w oparciu o jakie mierniki wysokość kary umownej za uchybienie danemu obowiązkowi umownemu przyjął. Zamawiający przy ustalaniu katalogu kar umownych i ich wysokości winien wziąć pod uwagę wszystkie funkcje jakie kara umowna powinna pełnić i tak ukształtować postanowienia umowy, aby z jednej strony zabezpieczyć interes publiczny oraz prawidłową realizację zamówienia, z drugiej zaś nie przerzucać na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyka niezależnego od wykonawcy oraz nie określać wysokości kary umownej w sposób dowolny, oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. Zamawiający nie może również doprowadzić do wypaczenia instytucji kary umownej, której zasadniczą funkcją miałyby być funkcja stymulująca (represyjna) wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia.

Wskazać też należy, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, o rażącej dysproporcji między Stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego i nadużyciu pozycji przez Zamawiającego świadczy także fakt, iż Zamawiający określił katalog kar umownych składający się ze 180 przesłanek za uchybienie niemalże każdemu obowiązkowi wynikającemu z umowy, nie zastrzegając przy tym choćby jednego przypadku, w którym karę umowną mógłby naliczyć wykonawca.

Izba w składzie orzekającym w przedmiotowej sprawie nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który na podstawie złożonego dowodu stanowiącego zestawienie kar za rok 2019 z podziałem na sektory wskazywał, iż wysokość kar umownych naliczonych poszczególnym wykonawcom jest znikoma. Powyższe, po pierwsze nie potwierdza to, iż wysokość kar umownych w przypadku przedmiotowego zamówienia będzie kształtowała się na podobnym poziomie. A po drugie, nie można pomijać, iż wysokość kar umownych określanych przez Zamawiającego znajdzie odzwierciedlenie w oferowanych przez wykonawców cenach. Tym samym skutkiem określenia przez Zamawiającego kar umownych w wysokości nieadekwatnej do potencjalnej szkody, która mogłaby powstać po stronie Zamawiającego, może być wzrost obciążeń właścicieli nieruchomości opłatami za odbiór odpadów.

Co się z kolei tyczy kwestii kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p – s oraz u projektu umowy Izba wskazuje, iż zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający uzasadnił swoje potrzeby dla ustanowienia proporcji zapełnienia pojemnika (odpowiednio 80% i 90%) wskazując, iż takie zastrzeżenie pozwala uniknąć przepełniania się pojemników. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający mieszkańcy widząc pojemnik zapełniony w stu procentach nie będą mieli miejsca na zdeponowanie swoich odpadów, co będzie prowadzić do pozostawiania śmieci obok pojemników w miejscu gromadzenia odpadów, bądź co gorsze wrzucania odpadów do innych pojemników. Uzasadniał, że spowoduje to zmieszanie odpadów i ich zanieczyszczenie, co też przekłada się na uzyskiwane poziomy odzysku oraz większe koszty dla Wykonawcy w zakresie zagospodarowania. Wobec powyższego

w ocenie Izby brak było podstaw do wykreślenia ww. kar umownych z projektu umowy, jednakże w świetle poczynionych wyżej rozważań, zasadnym było ich obniżenie.

Za nieuzasadnione Izba uznała również żądanie wykreślenia kary umownej przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. gg projektu umowy w wysokości 500 zł za każdorazowe, stwierdzone przez Zamawiającego niewykonywanie przez Wykonawcę obowiązku dotyczącego niezwłocznego zrealizowania usługi odbioru odpadów, w sytuacji gdy wcześniejszy odbiór odpadów był utrudniony (brak możliwości bezpośredniego dojazdu do miejsca zbiórki, niewystawiony pojemnik, brak dostępu do miejsca gromadzenia odpadów, itp.) za każdy dzień, za każdy pojemnik, mając w szczególności na względzie treść art. 6s ucpg, określającego konsekwencje dla gminy w przypadku niezrealizowania obowiązku odbierania odpadów komunalnych. Niemniej jednak w ocenie Izby zasadnym było obniżenie ww. kary umownej o połowę wysokości.

Izba nie nakazała natomiast obniżenia wysokości kar umownych zastrzeżonych w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. n, o, p oraz s projektu umowy wobec braku sformułowania przez Odwołującego 1 żądania w ww. zakresie, jak również w zakresie kar umownych zastrzeżonych w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g, k oraz p projektu umowy wobec braku uzasadnienia merytorycznego w odnośnym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła ww. zarzut w części nakazując Zamawiającemu obniżenie ww. kar umownych o połowę ich wysokości.

Zarzut 8 – brak określenia maksymalnego poziomu, do jakiego mogą być naliczane kary ustalane kumulatywnie za każdy dzień trwania naruszenia

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy kar umownych naliczanych za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań bądź za każdy dzień trwania określonej sytuacji, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej nieokreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego, a nadto skutkuje tym, że wszystkie takie kary winny być uznane za rażąco wygórowane (bowiem ich ostateczna wysokość, w przypadku trwania opóźnień bądź naruszeń w dłuższym okresie czasu, może się okazać niezmiernie wysoka i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego).

Stosownie do treści § 16 ust. 3 pkt 1 lit. c projektu umowy, Zamawiający ma prawo do

rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku gdy suma naliczonych Wykonawcy kar umownych od początku trwania umowy przekroczy 30 % ceny ofertowej.

W ocenie Izby treść ww. postanowienia umownego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie wprowadza górnego limitu kar umownych. Analiza ww. postanowienia prowadzi do wniosku, iż stanowi ono prawo Zamawiającego do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, w sytuacji gdy suma naliczonych wykonawcy kar umownych od początku trwania umowy przekroczy 30% ceny ofertowej. Powyższe oznacza, że Zamawiający ma uprawnienie do odstąpienia od umowy, przy czym nie musi z niego skorzystać i dalej naliczać wykonawcy kary umowne, ponad ustalony przez siebie wskaźnik. Taka sytuacja przekłada się z kolei na brak możliwości wkalkulowania w cenę oferty ryzyka w pewnej z góry określonej wysokości.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, który oświadczył w toku rozprawy, że „wskazany w §16 ust. 3 pkt 1 lit. c projektu umowy wskaźnik 30% dotyczy górnego limitu kar umownych” oraz wzięwszy pod rozwagę, że Zamawiający nie polemizował z zasadnością wprowadzenia maksymalnego limitu kar umownych twierdząc, że wskaźnik taki przewidział w postanowieniach specyfikacji, za zasadne należało w ocenie Izby odzwierciedlić stanowisko Zamawiającego wprost w treści postanowień umowy.

Wziąwszy pod uwagę powyższe, w szczególności stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w ww. zakresie, który nie podważał zasadności wprowadzenia do projektu umowy ww. instytucji, Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut i nakazała Zamawiającemu wprowadzenie górnego limitu kar umownych na poziomie 30% ceny ofertowej.

Zarzut 9 lit. a i b – niezasadność zawierania umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych oraz nałożenie zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 ww. umowy

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 k.c. poprzez zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, podczas gdy przekazywanie przez Zamawiającego wykonawcy danych osobowych osób zgłaszających reklamacje/wnioski/uwagi/zastrzeżenia obejmujących: imię i nazwisko, adres poczty elektronicznej (e-mail), numer telefonu, adres korespondencyjny, adres zamieszkania, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii jest zbędne i nieuzasadnione, a także niezgodne z zasadą minimalizmu wyrażoną w art. 5 ust. 1 lit. c RODO, jak również zarzut nałożenia na wykonawcę zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych pomimo, że jest ono zbędne i nadmiarowe.

W przedmiocie kwestii pierwszej dotyczącej żądania wykreślenia z rozdziału III

pkt 12 SIWZ - postanowienia obligującego wykonawcę do zawarcia z Zamawiającym umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, względnie ograniczenia zakresu (rodzaju) danych osobowych powierzanych do przetwarzania Izba wskazuje, iż całościowa analiza postanowień SIWZ, sprzeciwia się uwzględnieniu żądania FBSerwis.

Bezspornie zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający przewidział, że w dniu zawarcia umowy podpisze z wykonawcą umowę powierzenia przetwarzania danych osobowych. Zgodnie z załącznikiem 1 do umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, powierzający pełni funkcję administratora danych osobowych/ przetwarzającego w stosunku do następujących danych osobowych: zbiór danych osobowych o nazwie „Osoby zgłaszające reklamacje/wnioski/uwagi/ zastrzeżenia” obejmujący następujący rodzaj danych: imię i nazwisko, adres poczty elektronicznej (e-mail), numer telefonu, adres korespondencyjny, adres zamieszkania, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu, fotografii.

Wskazać należy, że w ramach niniejszej umowy o zamówienie publiczne Zamawiający przeniósł na wykonawcę obowiązek kontaktu z właścicielami nieruchomości, co potwierdzają w szczególności postanowienia zawarte w rozdziale III pkt 4 ppkt 2, 4 oraz 5 SWU. W ramach ww. postanowień SWU Zamawiający zobowiązał wykonawcę do kontaktu z właścicielem nieruchomości między innymi w sytuacji uzgodnienia innego miejsca odbioru odpadów, w przypadku zaistnienia długotrwałej sytuacji uniemożliwiającej bezpośredni dojazd do MGO, czy też w przypadku stwierdzenia przez wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych. W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący 1 nie odniósł się do ww. postanowień szczegółowych warunków umowy. Zamawiający nałożył na wykonawców także obowiązek prowadzenia Biura Obsługi Klienta (rozdział III pkt 5 SWU). Ponadto w ramach przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne wykonawca otrzyma od Zamawiającego dostęp do systemu KOSZ poprzez portal internetowy (rozdział XVI SWU). Zamawiający w ww. systemie będzie przysyłał wykonawcy zlecenia dotyczące m.in. realizacji zgłoszeń pochodzących od mieszkańców, a wykonawca zobowiązany jest do przekazania w systemie informacji zwrotnej w zakresie realizowanego zgłoszenia wraz z wymaganą dokumentacją. Jednocześnie, jak wynika z punktu 6 rozdziału XVI SWU, podczas realizacji zgłoszeń wykonawca będzie przetwarzał dane osobowe na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym, wówczas gdy przekazywane w systemie zgłoszenie zawierać będzie dane osobowe zgłaszającego, tj. imię, nazwisko, adres email, nr telefonu, adres korespondencyjny, adres nieruchomości.

W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający wykazał, iż w toku realizacji zamówienia będą przetwarzane dane osobowe, tym samym żądanie wykreślenia z rozdziału III pkt 12 SIWZ obligującego wykonawcę do zawarcia

z Zamawiającym umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, Izba uznała za nieuzasadnione. Z dowodów złożonych przez Zamawiającego, tj. wydruków z systemu KOSZ wynika bowiem zakres potencjalnych danych podawanych przez wnioskodawcę w konkretnym celu, tj. realizacji zgłoszenia, skargi czy reklamacji i to właśnie ww. zakres (rodzaj) danych osobowych wykonawca będzie przetwarzał na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym, o ile dane te zostaną przekazane w systemie. Odwołujący 1 w zakresie ww. dowodów poddał w wątpliwość zakres przekazywanych wykonawcy danych niezbędnych do realizacji zlecenia wskazując, iż dla wykonawcy wystarczający jest adres miejsca, którego dotyczy zgłoszenie. W powyższym zakresie Izba wskazuje, że nie sposób przewidzieć potencjalnego zakresu danych osobowych udostępnionych przez wnioskodawcę w systemie KOSZ, w tym danych zawartych w opisie zgłoszenia, skargi czy reklamacji, czy też w załączonym do zgłoszenia pliku. Ponadto Odwołujący 1 pominął, iż z treści ww. dowodów wynika akcentowana przez Zamawiającego potrzeba kontaktu mieszkańców z wykonawcą zamówienia, co potwierdzają opisy poszczególnych zgłoszeń, w których mieszkańcy wskazywali na potrzebę wcześniejszego kontaktu telefonicznego oraz informacje zwrotne wykonawców świadczących obecnie usługi na rzecz Zamawiającego w zakresie realizowanego zgłoszenia o podjętych próbach kontaktu zgodnie z formą podaną we wniosku. W końcu Izba wskazuje, iż słusznie zauważył Zamawiający, że kwestia, w jaki sposób podważane przez FBSerwis postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpływają na ograniczenie konkurencji, nie została w odwołaniu uzasadniona.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Odwołujący 1 w ww. zakresie nie wykazał naruszenia przepisów ustawy Pzp w zw. z przepisami ustawy Kodeks cywilny oraz RODO.

Przechodząc do drugiej kwestii Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nałożone na wykonawców w § 8 ust. 2 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zobowiązanie nie jest zbędne i nadmiarowe jak podnosił Odwołujący 1.

Zgodnie z § 8 ust. 2 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, przetwarzający, na żądanie powierzającego lub administratora danych, udostępni niezwłocznie pełną dokumentację dotyczącą zasad bezpieczeństwa oraz technicznych i organizacyjnych środków mających na celu ochronę danych osobowych w poszczególnych CPDO.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż stosownie do wyrażonej w art. 5 ust. 2 RODO zasady rozliczalności, administrator jest odpowiedzialny za przestrzeganie przepisów prawa i musi być w stanie wykazać ich przestrzeganie. Powyższa zasada znajduje zastosowanie zarówno do przetwarzania realizowanego samodzielnie przez administratora, jak i przetwarzania w jego imieniu przez podmiot przetwarzający. Jeżeli przetwarzanie ma być dokonywane w imieniu administratora, korzysta on wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich

środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą (art. 28 ust. 1 RODO oraz motyw 81). Z powyższego wynika zatem, iż administrator obowiązany jest zweryfikować wiarygodność podmiotu, któremu zamierza powierzyć przetwarzanie danych osobowych, pod kątem dysponowania odpowiednimi środkami technicznymi i organizacyjnymi i związanej z tym gwarancji przestrzegania przepisów prawa.

Z kolei z art. 28 ust. 3 lit. h RODO wynika, że przetwarzanie przez podmiot przetwarzający odbywa się na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego, które podlegają prawu Unii lub prawu państwa członkowskiego i wiążą podmiot przetwarzający i administratora, określają przedmiot i czas trwania przetwarzania, charakter i cel przetwarzania, rodzaj danych osobowych oraz kategorie osób, których dane dotyczą, obowiązki i prawa administratora. Ta umowa lub inny instrument prawny stanowią w szczególności, że podmiot przetwarzający udostępnia administratorowi wszelkie informacje niezbędne do wykazania spełnienia obowiązków określonych w niniejszym artykule oraz umożliwia administratorowi lub audytorowi upoważnionemu przez administratora przeprowadzanie audytów, w tym inspekcji, i przyczynia się do nich.

Tym samym przepisy RODO dają administratorowi możliwość stałej kontroli podmiotu przetwarzającego dane osobowe pod kątem spełnienia wymogów RODO poprzez żądanie udostępnienia określonych informacji oraz przeprowadzenie audytów, w tym inspekcji. Prowadzone przez administratora kontrole mogą mieć również charakter doraźny np. w przypadku wystąpienia naruszenia ochrony powierzonych danych osobowych. Zatem jakiegokolwiek inne postanowienia umowy powierzenia, które w istocie ograniczałyby ww. prawa administratora należałoby uznać za niezgodne z RODO. Podobnie należy ocenić utrudnianie lub ograniczanie administratorowi możliwości przeprowadzania kontroli u podmiotu przetwarzającego lub ograniczanie jej zakresu (tak UODO w opinii z dnia 7 października 2019 r. zamieszczonej na stronie internetowej <https://uodo.gov.pl/pl/225/1213> w przedmiocie możliwości żądania przez administratora realizującego prawo kontroli podmiotu przetwarzającego wynikające z umowy powierzenia danych wglądu do wewnętrznej dokumentacji bezpieczeństwa).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż Odwołujący 1 nie wykazał, jakoby postanowienie § 8 ust. 2 umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych naruszało przepisy ustawy Pzp w zw. z przepisami ustawy Kodeks cywilny oraz RODO, co uzasadniałoby jego wykreślenie z treści umowy. Stanowiska Odwołującego 1 nie potwierdza przywołany fragment opinii Generalnego Inspektora Danych Osobowych wydanej na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego dotyczącej charakteru i celów „polityk bezpieczeństwa” stanowiących dokument o charakterze wewnętrznym i wymagający zachowania poufności, co w zasadzie nie było okolicznością sporną między Stronami. Izba wskazuje, że Odwołujący 1

nie wykazał, by ww. postanowienie ograniczało krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia z uwagi na jego nadmiarowy i zbędny charakter. FBSerwis nie wykazał również braku możliwości skorzystania z przysługujących instrumentów prawnych celem ochrony wewnętrznych dokumentów stanowiących polityki bezpieczeństwa wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO 403/20

Zarzut 6 – dotyczący obowiązku zainstalowania dostarczonego przez Zamawiającego systemu monitorującego pracę wagi oraz zarzut 17 – dotyczący rozbieżności w opisie przedmiotu zamówienia oraz zarzut 10 – dotyczący wymogu nagrywania dźwięku w trakcie świadczenia usługi

Izba wskazuje, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron postępowania, Zamawiający oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę ALBA, tj. zarzut zawarty w punkcie 6 i 17 petitum odwołania oraz zarzut 10 petitum odwołania w zakresie jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła wymogu nagrywania dźwięku w trakcie świadczenia usługi.

Mając na względzie złożone przez Zamawiającego oświadczenie w ww. zakresie oraz wobec braku wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Izba uznała, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. W tym miejscu Izba wskazuje, że celowość i zasadność ww. czynności Zamawiającego znalazła się poza merytoryczną oceną Izby.

Zarzut 1 – brak określenia początkowej daty realizacji zamówienia

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 4, art. 41 pkt 6 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji zamówienia.

Osią sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu był brak wskazania przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ początkowej daty realizacji zamówienia. Termin końcowy realizacji przedmiotowego zamówienia nie budził wątpliwości odwołującego się Wykonawcy.

Za aktualną dla niniejszej sprawy uznać należy argumentację prawną dotyczącą znaczenia terminu realizacji zamówienia jako jednego z najistotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia zaprezentowaną powyżej w zakresie zarzutu nr 2 odwołania FBSerwis, tym samym niezasadne jest jej powielanie.

W świetle uzasadnienia faktycznego ww. zarzutu oraz ściśle związanego z nim żądania Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zauważyła, iż Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu precyzyjnego wskazania w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu czasu, na jaki ma być udzielone zamówienie, w szczególności wskazanie okresu początkowego realizacji usługi poprzez określenie okresu pomiędzy podpisaniem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług przez wykonawcę, przy czym okres ten powinien być nie krótszy niż 30 dni. Ponadto Odwołujący 2 wnioskował o nakazanie Zamawiającemu podania w SIWZ przewidywanego terminu podpisania umowy.

W ocenie Izby, pierwsze z żądań określonych przez Odwołującego 2 odpowiada obecnie obowiązującym postanowieniom SIWZ, brak jest zatem podstaw do nakazania Zamawiającemu zmian w tym zakresie. Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego 2, Zamawiający w niniejszym postępowaniu uwzględnił brak obiektywnej możliwości rozpoczęcia realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z dniem podpisania umowy o zamówienie publiczne, a to z uwagi na okoliczność, iż jej rozpoczęcie wymaga podjęcia przez wykonawcę szeregu prac organizacyjnych i przygotowawczych. Jak wynika bowiem z § 4 ust. 3 projektu umowy, przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU (z zastrzeżeniem części obowiązków dotyczących sprawozdawczości oraz monitorowania pojazdów, o których mowa w rozdz. XV pkt 2, rozdz. XVII pkt 2, rozdz. XX SWU) świadczony będzie nie wcześniej niż od dnia wskazanego przez Zamawiającego, przy czym zgodnie z przypisem nr 1 do ww. postanowienia, termin świadczenia usługi rozpocznie się nie wcześniej niż 30 dni od dnia zawarcia umowy. Porównując zatem treść żądania Odwołującego 2, w zakresie którego wykonawca sprecyzował, iż okres początkowy terminu realizacji usługi w przedmiotowym postępowaniu winien być wskazany poprzez określenie okresu pomiędzy podpisaniem umowy a rozpoczęciem świadczenia usług przez wykonawcę, przy czym okres ten powinien być nie krótszy niż 30 dni, stwierdzić należy, iż powyższemu odpowiada postanowienie § 4 ust. 3 projektu umowy.

Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia drugiego z żądań sformułowanych przez Wykonawcę, tj. nakazania Zamawiającemu podania w SIWZ przewidywanego terminu podpisania umowy. Izba wskazuje, iż wprowadzenie przez Zamawiającego do SIWZ postanowienia w ww. kształcie trudno byłoby uznać za jednoznaczne wobec braku możliwości przewidzenia konkretnej daty zawarcia umowy przez każdą ze stron stosunku zobowiązaniowego.

W końcu Izba wskazuje, iż Odwołujący 2 mimo, że w uzasadnieniu zarzutu podniósł,

że w treści dokumentacji przetargowej nie wskazano liczby miesięcy na jaką Zamawiający planuje udzielić zamówienia, to nie powiązał jednak postawionego zarzutu z żądaniem wyznaczenia terminu realizacji zamówienia w miesiącach.

W kontekście ww. okoliczności za bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego 2 w postaci pism Zamawiającego z dnia 3 i 5 marca 2020 r. skierowanych do wykonawcy ALBA określających odpowiednio termin zakończenia umowy nr 66/61/2016/G oraz czas trwania zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia dotyczącego analogicznego przedmiotu zamówienia.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe w ocenie Izby brak było podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Zarzut 2 – sprzeczność opisu przedmiotu zamówienia z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, tj. uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. oraz w sposób nieuwzględniający konieczności dostosowania obowiązującego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia do przepisów ucpg, która powinna nastąpić na początkowym etapie realizacji zamówienia, tj. do dnia 6 września 2020 r., a więc w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odnosząc się do żądań Odwołującego 2 wyrażonych we wstępnej części przedmiotowego zarzutu Izba wskazuje, iż rolą środków ochrony prawnej, o których mowa w Dziale VI ustawy Pzp, jest konwalidacja sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne, nie zaś dostosowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oczekiwań i postulatów wykonawcy. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 51/19, iż wykonawca, który poddaje w wątpliwość postanowienia przyszłej umowy, nie może pod pretekstem rzekomych naruszeń przepisów, negocjować w postępowaniu odwoławczym ich treści, zmierzając do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny. Ponadto za nieuzasadnione należy uznać oczekiwania Odwołującego 2 sprowadzające się do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia kształtu przyszłych regulacji prawnych, na które Zamawiający nie ma przecież wpływu. Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, iż brak jest tożsamości podmiotowej pomiędzy Zamawiającym a Radą Miejską Wrocławia, która posiada wyłączną kompetencję do podjęcia uchwały wprowadzającej czy też

zmieniającej Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Nie sposób również oczekiwać od Zamawiającego, aby w postanowieniach specyfikacji przewidział wszystkie możliwe, potencjalne zmiany legislacyjne z obszaru gospodarkami odpadami komunalnymi. Dynamizm zmian legislacyjnych wymaga podjęcia przez Zamawiającego instrumentów zabezpieczających prawidłową realizację zamówienia publicznego, w szczególności w zakresie zmian umowy w takich przypadkach, które w niniejszej sprawie zostały przewidziane.

W dalszej części zarzutu Odwołujący 2 wskazał na sześć aspektów dotyczących niezgodności między opisem przedmiotu zamówienia a Regulaminem, które w ocenie Izby nie potwierdziły się.

Biodpady

W zakresie ww. zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem III pkt 1 ppkt 5 SWU, przedmiotem zamówienia są biodpady. Ponadto z rozdziału I SWU wynika, iż przedmiotem zamówienia objęte zostały odpady kuchenne ulegające biodegradacji o kodzie 20 01 08 oraz odpady ulegające biodegradacji o kodzie 20 02 01. Jednocześnie w rozdziale II pkt 5 ppkt 1 SWU, Zamawiający wskazał, że w przypadku biodpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków, cmentarzy worki ma zawierać nazwę „Bio-zielone”. Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, iż przedmiotem zamówienia objęte zostały biodpady komunalne, pojemniki oraz worki przeznaczone na te odpady mają być koloru brązowego, a część zielona biodpadów może być zbierana w workach oznaczonych napisem „Bio-zielone”.

W toku rozprawy z udziałem Stron, Zamawiający potwierdził słuszność przypuszczeń Odwołującego 2, który twierdził, że oznaczenie brązowych pojemników i worków w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ uzasadnia interpretację, że Zamawiający przewiduje zbieranie w workach wyłącznie odpadów z ogrodów, parków i cmentarzy i nie dopuszcza zbierania w nich odpadów kuchennych, podczas gdy przewiduje łączne zbieranie tych kategorii odpadów w pojemnikach. Zdaniem Odwołującego 2 ww. sposób odbioru biodpadów jest niezgodny z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z powyższym twierdzeniem wykonawcy ALBA nie sposób się zgodzić. Po pierwsze wskazać należy, iż niesłusznie podnosił Odwołujący 2, iż przepis art. 4 ust. 2a pkt 2 ucpg nakłada na gminę obowiązek ustanowienia zbierania odpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy odrębnie od innych biodpadów stanowiących odpady komunalne, podczas gdy przepis ten stanowi upoważnienie fakultatywne dla gminy, z którego Gmina Wrocław nie skorzystała. Po drugie, z treści przedłożonej przez Odwołującego 2 opinii Ministerstwa Środowiska z dnia

28 września 2017 r., wynika, że „jeżeli gmina zdecyduje o łącznym zbieraniu odpadów zielonych i kuchennych, mając na względzie wymóg przekazywania odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) stwierdzić należy, że łącznie zebrane odpady powinny również trafić do RIPOK.” Powyższe potwierdza zatem dopuszczalność łącznego zbierania odpadów zielonych i kuchennych.

Wziąwszy pod uwagę powyższe za nieuzasadnione Izba uznała żądanie Odwołującego 2 określenia w SIWZ, iż selektywna zbiórka odpadów obejmuje tylko odpady zielone o kodzie 20 02 01.

Mycie i dezynfekcja pojemników

W zakresie zarzutu dotyczącego utrzymania pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym wskazać należy, iż zgodnie z rozdziałem II pkt 8 ppkt 1 SWU wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji pojemników wewnątrz i na zewnątrz ciepłą wodą, zgodnie z wymaganiami określonymi w Regulaminie oraz zgodnie z Harmonogramem mycia i dezynfekcji pojemników. Zamawiający dopuszcza również możliwość zlecenia dodatkowego wykonania przedmiotowych prac poza terminami wynikającymi z Harmonogramów mycia i dezynfekcji pojemników. Termin i miejsce realizacji Zleceń określi Zamawiający. Wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji pojemników przeznaczonych do zbierania bioodpadów 4 razy w roku, w określonych miesiącach, tj. w kwietniu, w czerwcu, w sierpniu i w październiku. Z kolei stosownie do § 11 Regulaminu, utrzymanie pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym polega w szczególności na okresowym myciu i dezynfekcji pojemników, nie rzadziej jednak niż raz na 6 miesięcy, okresowych przeglądach, konserwacji oraz ich wymianie w przypadku uszkodzenia lub zniszczenia uniemożliwiającego dalsze użytkowanie i nie obejmuje utrzymania w należytym stanie porządkowym i sanitarnym miejsc ustawienia pojemników.

Mając na uwadze powyższe nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego 2, że SIWZ nie określa, w jaki sposób odbywać się ma mycie i dezynfekcja pojemników innych niż pojemniki na bioodpady. Jak wynika z ww. zapisów SWU wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji wszystkich pojemników wewnątrz i na zewnątrz ciepłą wodą. Ponadto zapisy SWU wskazują na częstotliwość mycia i dezynfekcji pojemników na bioodpady (4 razy do roku). W przypadku zaś pozostałych pojemników zastosowanie znajdują postanowienia Regulaminu stanowiące o myciu i dezynfekcji pojemników nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy.

Obowiązek kontrolowania zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych

W rozdziale III pkt 4 ppkt 3 SWU Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek kontrolowania zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych względem zapisów Regulaminu. Z kolei w ppkt 4 pkt 4 ww. rozdziału określono obowiązki Wykonawcy, w przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę, że właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem.

Mając na uwadze ww. postanowienia SWU wskazać należy, iż z treści rozdziału III pkt 4 ppkt 3 jednoznacznie wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest kontrola wszystkich rodzajów pojemników i worków. Zapisy SWU nie wprowadzają wyłączeń w ww. zakresie. Powyższe zresztą potwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 27 maja 2020 r.

Odnosząc się z kolei do kwestii braku określenia w SIWZ i Regulaminie regulacji pozwalających na uznanie, kiedy obowiązek selektywnego zbierania odpadów uważa się za spełniony, a kiedy nie, Izba wskazuje, że Odwołujący 2 nie wykazał, że ww. obowiązek winien zostać wprowadzony. Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 6ka ust. 1 ucpq, w przypadku niedopełnienia przez właściciela nieruchomości obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości. Słusznie zatem stwierdził Zamawiający, iż ocena spełnienia obowiązku selektywnego zbierania odpadów przez właścicieli nieruchomości stanowi ustawową powinność podmiotu odbierającego odpady komunalne. Z kolei w myśl art. 4 ust. 2a pkt 5 ucpq, rada gminy może w regulaminie określić warunki uznania, że odpady, o których mowa w pkt 1 oraz w ust. 2 pkt 1 lit. a i b, są zbierane w sposób selektywny. Tym samym w przypadku nieskorzystania z tej fakultatywnej kompetencji wystarczającą miarą do oceny sposobu wypełniania obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych powinna być treść przepisów powszechnie obowiązujących, określających obowiązki właściciela nieruchomości w dziedzinie postępowania z odpadami komunalnymi. Ponadto, jak zauważył Zamawiający, art. 6d ust. 4 pkt 4a ucpq obliguje Zamawiającego do wskazania, sposobu postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów, nie zaś wskazania sposobu identyfikacji naruszenia tego obowiązku.

Ponadto odnosząc się do żądania Odwołującego 2 dotyczącego nakazania Zamawiającemu wskazania w SIWZ, jakie odpady mają być zbierane w poszczególnych workach/pojemnikach z podziałem na dane frakcje, a jakich nie można wrzucać wraz z uwzględnieniem tzw. zmieszanych odpadów komunalnych zwrócić należy uwagę na brzmienie rozdziału II pkt 5 ppkt 1 i ppkt 2 SWU. Z ww. postanowień wynika, że sposób oznakowania pojemników i worków będzie rodzajowo, kolorystycznie i opisowo wskazywał zakres zbieranych w pojemnikach i workach odpadów.

W przypadku zaś żądania Odwołującego 2 w postaci nakazania Zamawiającemu określenia w SIWZ w sposób jednoznaczny i precyzyjny obowiązków właścicieli nieruchomości w zakresie spełnienia obowiązków selektywnego zbierania odpadów umożliwiającego kontrolowanie zawartości pojemników na odpady komunalne Izba wskazuje przede wszystkim, że opis przedmiotu zamówienia nie służy ustanawianiu obowiązków obciążających właścicieli nieruchomości.

Odbieranie odpadów ze szkła

W zakresie przedmiotowego zarzutu Izba wskazuje, że z treści SWU w sposób jednoznaczny wynika częstotliwość odbioru odpadów ze szkła (co najmniej 1 raz w miesiącu) i postanowienie to, jak wskazał Zamawiający, będzie wiążące dla przyszłego wykonawcy zamówienia. Ponadto jak wyjaśnił Zamawiający, postanowienia Regulaminu adresowane są do mieszkańców, tym samym częstotliwość przekazywania odpadów określona w Regulaminie dotyczy obowiązku mieszkańca, nie zaś wykonawcy. Gmina z kolei zapewniając właścicielom nieruchomości pozbywanie się wszystkich rodzajów odpadów komunalnych, w zamian za pobraną opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, nakłada w umowie w sprawie zamówienia publicznego obowiązki na wykonawcę, w tym dotyczące częstotliwości odbioru odpadów. Tym samym Izba nie stwierdziła kolizji między postanowieniami SWU oraz Regulaminu w zakresie częstotliwości odbioru odpadów ze szkła.

Usługa SZOP

W ocenie Izby Odwołujący 2 nie wykazał, iż wymóg określony w rozdziale XII pkt 8 ppkt 5 SWU nakładający na wykonawcę obowiązek sporządzenia regulaminu korzystania z SZOP stoi w sprzeczności z przepisami ucpg oraz że narusza on art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący 2 nie odparł także twierdzeń Zamawiającego, że przepisy ucpg nie zobowiązują gminy do regulowania każdej formuły pozbywania się odpadów przez mieszkańców w Regulaminie. Zamawiający podkreślał, że jeżeli gmina wprowadza inne formy zapewnienia pozbywania się odpadów, aniżeli te stanowiące minimum, nie ma obowiązku regulować ich na poziomie Regulaminu. Zamawiający wskazał, iż jak wynika z art. 4 ucpg przedmiotem Regulaminu mogą być wyłącznie sprawy przekazane do uregulowania radzie gminy.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

Zarzut 3 – poziomy recyklingu, kary umowne

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3b ucpg poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu oraz art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5, art. 353¹ i art. 487 § 2 k.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, w sytuacji gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia.

W zakresie ww. zarzutu wykonawca ALBA odwoływał się do sprzeczności wzoru służącego obliczaniu poziomu zagospodarowania odpadów z przepisami prawa, niemożliwości osiągnięcia wymaganych od wykonawcy poziomów recyklingu oraz braku instrumentów oddziaływania na stopień osiągnięcia poziomów recyklingu.

Odnosząc się do kwestii określenia poziomów recyklingu w rozdziale XXI SWU niezgodnie z obowiązującym rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2167), podkreślić należy, że Izba bada legalność działań zamawiającego w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Dalej Izba wskazuje, że wykonawca ALBA w swoim wywodzie pominął całkowicie brzmienie aktualnie obowiązującego od 1 stycznia 2020 r. art. 3b ust. 1 pkt 1 ucpg, zgodnie z którym gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej 50% wagowo - za każdy rok w latach 2020-2024. W tym miejscu wskazać należy, iż mimo zmiany brzmienia art. 3b ust. 1 ucpg, zmianie nie uległo ww. rozporządzenie określające poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, a także sposób ich obliczania.

Konsekwencją powyższego stanu prawnego było, jak wyjaśnił Zamawiający, dostosowanie zakresu odpowiedzialności wykonawcy do brzmienia aktualnie obowiązującego art. 3b ucpg, który nie dotyczy już „recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła” oraz do przepisów UE. Ponadto jak wskazał Zamawiający wzór określony w rozdziale XXI SWU współgra z treścią przepisów ustawowych, podczas gdy wykonawca ALBA oczekiwałby wprowadzenia do specyfikacji wzoru nieodpowiadającego brzmieniu art. 3b ucpg.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż w § 19 ust. 1 pkt 11 projektu umowy, Zamawiający przewidział możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany sposobów wyliczenia, wymaganych przepisami prawa, rocznych poziomów, o których mowa w SWU, rozdział XXI, pkt 1.

Przechodząc następnie do zarzucanej przez Odwołującego 2 kwestii, jakoby dla niektórych frakcji odpadów osiągnięcie przewidzianych przez Zamawiającego poziomów recyklingu było obecnie niemożliwe z uwagi na warunki technologiczne Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego 2 w ww. zakresie uznała za niewykazane. W szczególności stwierdzić należy, iż wykonawca ALBA nie wykazał dlaczego warunki technologiczne uniemożliwiają osiągnięcie zakładanych przez Zamawiającego poziomów recyklingu w przypadku frakcji odpadów zmieszanych oraz odpadów wielkogabarytowych, poprzestając na gołosłownych twierdzeniach w tymże zakresie. Co więcej Izba wskazuje, iż z dowodu złożonego przez Odwołującego 2, tj. raportu Politechniki Wrocławskiej Wydział Inżynierii Środowiska Zakład Technologii Odpadów i Remediacji Gruntów z 2018 r. wynika, iż nie jest tak, jak twierdził Wykonawca, że osiągnięcie poziomu 50% recyklingu dla odpadów komunalnych, jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania. Wręcz przeciwnie w rzeczonym dowodzie podano jakie działania należy przedsięwziąć, aby osiągnąć poziom 50% recyklingu ze strumienia odpadów selektywnie zbieranych oraz zmieszanych, jak również podano konkretne wyliczenia potwierdzające możliwość osiągnięcia ww. wskaźnika recyklingu. Ponadto zważyć należy, iż przedmiotowy raport sporządzono w roku 2018, a Odwołujący 2 nie odparł twierdzeń Zamawiającego w przedmiocie postępu technologicznego instalacji zagospodarowujących odpady.

Izba wskazuje, że Odwołujący 2 nie zakwestionował także dowodu złożonego przez Zamawiającego stanowiącego pismo wykonawcy FBSerwis z dnia 31 stycznia 2020 r. stwierdzające w punkcie 2.: *„Poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami obliczone zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów (Dz.U.2016 poz. 2167) za miesiąc grudzień wynosi 85,20% - obliczenia stanowią zał. Nr 2 (...).”*

Dodać również należy, iż okoliczność, że poziomy recyklingu w zakresie odpadów komunalnych zmieszanych oscylują aktualnie na poziomie kilku procent, nie przesądza, że w przyszłości, nie będą one osiągnane na poziomie wyższym, zgodnie z kierunkiem wskazanym przez ustawodawcę i samego Zamawiającego.

Kolejno Izba wskazuje, iż Odwołujący 2 mimo, że wielokrotnie zarzucał Zamawiającemu, iż opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy ze względu na to, iż brak w nim jakichkolwiek postanowień odnoszących się do działań Zamawiającego mających na celu osiągnięcie poziomów recyklingu, w tym w przypadku wejścia w życie systemu kaucyjnego

opakowań w ramach Rozszerzonej Odpowiedzialności Producentów oraz wobec braku warunków uznania, że obowiązek selektywnej zbiórki odpadów został przez mieszkańców spełniony, nie przedstawił konkretnych, jednoznacznych i pełnych postanowień, które należałoby wprowadzić do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak już podkreślano na wstępie, wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego 2 jakoby z zapisów SWU wynikało, że wykonawca ma kontrolować wyłącznie zawartość pojemników na odpady gromadzone selektywnie, podczas gdy zdaniem Wykonawcy kontroli powinna być poddana przede wszystkim frakcja odpadów zmieszanych. Jak wynika bowiem z rozdziału III pkt 4 ppkt 3 SWU, w zakresie przeprowadzania kontroli oraz informowania Zamawiającego o utrudnieniach w odbiorze odpadów wykonawca ma obowiązek kontrolowania zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów względem zapisów Regulaminu.

Następnie odnosząc się do żądania Odwołującego 2 w przedmiocie obniżenia wysokości kar umownych wskazanych w § 15 ust. 2 pkt 6 projektu umowy o połowę ich wysokości Izba wskazuje, iż wykonawca ALBA nie przedstawił żadnego merytorycznego uzasadnienia w ww. zakresie, poprzestając w istocie na zacytowaniu stosownych postanowień specyfikacji. Nie sposób zatem stwierdzić, iż postawił konkretny zarzut w ww. zakresie.

Co się z kolei tyczy kar umownych, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. r, s oraz t projektu umowy Izba wskazuje, że żądanie Odwołującego 2 co do obniżenia ich wysokości o połowę jest niemożliwe do zrealizowania, bowiem ww. kary umowne zostały określone jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2019 r. poz. 1396 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg wymaganej do osiągnięcia poziomu. Brak należytej staranności w formułowaniu żądań obciąża Odwołującego 2.

W świetle ww. okoliczności Izba uznała, iż brak było podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

Zarzut 4 – obowiązek wykonawcy odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia należytą wycenę usługi

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ i art. 487 § 2 k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należyłą wycenę usługi.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego 2, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny wobec braku wskazania zamkniętego katalogu frakcji odpadów do odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania, których wykonawca będzie zobowiązany w trakcie realizacji zamówienia. Za Zamawiającym Izba wskazuje, iż przedmiotem niniejszego zamówienia są odpady komunalne, tj. odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych (art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy o odpadach). Jednocześnie jak wyjaśnił Zamawiający, do odpadów komunalnych należy niczym nieograniczony strumień odpadów, zwłaszcza co do rodzajów odpadów, w szczególności nielimitowana katalogiem odpadów i grupą oznaczona jako 20, o ile odpady te spełniają kryteria ustawowe definicji. Tym samym konstrukcja ustawowa pojęcia odpadów komunalnych, z którymi hipotetycznie może zetknąć się wykonawca, determinuje brak możliwości sformułowania ostatecznego i zamkniętego katalogu odpadów.

Jednocześnie Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia (rozdział I SWU) odpady, z którymi wykonawcy z pewnością będą mieli do czynienia, zastrzegając w rozdziale I pkt 3 SWU, że nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania. Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z sytuacją incydentalnego odbierania, zbierania, transportu i zagospodarowania innych odpadów aniżeli wprost wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, wykonawca będzie miał do czynienia w szczególności w przypadku prac interwencyjnych. Z powyższego stanowiska Zamawiającego, w ocenie Izby, można wywieść, że rozliczenie za odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie innych, niż wprost wymienione w SWU, frakcji odpadów komunalnych w szczególności w przypadku prac interwencyjnych, o których mowa w rozdziale X SWU nastąpi na podstawie kosztorysu sporządzonego przez wykonawcę, czego zresztą domagał się Odwołujący 2 w sformułowanym żądaniu.

Mając na względzie powyższe Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający w przedmiotowym zakresie uchybił ww. przepisom prawa.

Zarzut 5 – kary umowne za przepełnienie pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q i r projektu umowy

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współzycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, zakładających realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że częstotliwość odbioru odpadów dostosowana ma zostać do wymogu niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników na odpady komunalne powyżej 80% ich całkowitej pojemności oraz wprowadzenie obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 80% całkowitej pojemności i zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za naruszenie tego obowiązku - Izba uwzględniła w części, nakazując Zamawiającemu obniżenie wysokości kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p, q i r projektu umowy o połowę ich wysokości.

Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie rzeczowego zarzutu, jak w sprawie z odwołania wykonawcy FBSerwis (zarzut 7), tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie argumentacji w przedmiotowym zakresie.

Jedynie uzupełniająco, odnosząc się do twierdzeń wykonawcy ALBA, Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego 2 w przedmiocie ww. zarzutu nie było spójne. Po pierwsze zważyć należy, iż Wykonawca w treści odwołania zarzucał, iż wywiązanie się z obowiązku niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności skutkowałoby koniecznością zwielokrotnienia częstotliwości kursów na trasach odbioru odpadów w sposób niemożliwy do przewidzenia na etapie składania oferty, podczas gdy w toku rozprawy przed Izbą stwierdził, że ww. wymóg sprowadza się do tego, że „wykonawca musiałby jeździć o 20% więcej”. Powyższe zaprzecza zatem twierdzeniom Odwołującego 2 jakoby niemożliwym do przewidzenia na etapie składania oferty było skalkulowanie kosztów związanych z większą ilością kursów celem realizacji wymogu Zamawiającego, o którym mowa w rozdziale III pkt 2 SWU.

Po drugie Izba wskazuje, że brak spójności w wywodzie Odwołującego 2 dotyczył kwestii żądania określenia poziomu wypełnienia pojemników na odpady skutkującego koniecznością ich odbioru w przypadku wypełnienia pojemnika w 100%. Ze złożonego przez Zamawiającego dowodu stanowiącego propozycję wykonawcy ALBA w zakresie zmian dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia obejmującego analogiczny przedmiot zamówienia dotyczący Sektora I – Stare Miasto i Śródmieście wynika, iż wykonawca oczekiwał dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości wypełnienia pojemników do 90%, nie zaś jak w niniejszej sprawie w 100%.

Zarzut 7 - dotyczący zastrzeżenia maksymalnych proporcji cen jednostkowych oferowanych przez wykonawcę

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1, a także art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu sposobu przygotowania ofert poprzez zamieszczenie w rozdziale XIV pkt 10 i 11 SIWZ zapisów sprzecznych z istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozwalających Zamawiającemu na ingerencję w cenę ofertową wykonawcy i nakazała Zamawiającemu wykreślenie postanowienia zawartego w rozdziale XIV pkt 10 SIWZ.

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej, jak w sprawie z odwołania wykonawcy FBSerwis Wrocław (zarzut 1), tym samym za niecelowe uznano jej powielanie.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż złożony przez Zamawiającego dowód w postaci analizy kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych nie zmienił ww. oceny Izby, w szczególności z uwagi na okoliczność, że dotyczył tylko odpadów wielkogabarytowych, a wprowadzone w rozdziale XIV pkt 10 SIWZ ograniczenia w zakresie szacowania przez wykonawców cen jednostkowych obejmowały także odpady dotyczące opakowań z tworzyw sztucznych, sklasyfikowanych jak odpad o kodzie 15 01 02, odpady z tworzyw sztucznych, sklasyfikowanych jako odpad o kodzie 20 01 39 oraz odpady opakowań ze szkła.

Ponadto ww. analiza nie tłumaczy jakie było uzasadnienie dla wprowadzenia przez Zamawiającego ograniczeń co do sposobu kalkulacji cen jednostkowych w zakresie pozycji 11, 13, 14 i 19 załącznika nr 2 do SIWZ.

Zarzut 8 – brak przewidzenia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 i 5a ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie podstawy wykluczenia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Istota ww. zarzutu sprowadzała się do braku uwzględnienia przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dzielą się na przesłanki obligatoryjne, od których zastosowania zamawiający nie może odstąpić oraz fakultatywne, które mogą, ale nie muszą być stosowane przez zamawiającego. W przypadku przesłanek fakultatywnych to w gestii zamawiającego pozostaje, czy zamierza on w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia wprowadzić do treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wszystkie przesłanki przewidziane w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, zastosować część z nich, czy też zrezygnować z weryfikacji wiarygodności wykonawcy w przypadkach uregulowanych ww. przepisem.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp wobec braku przewidzenia przez Zamawiającego fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych. W szczególności nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego 2, iż podmiot, na który została nałożona ww. ostateczna decyzja administracyjna nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący 2 w swoim stanowisku pominął zupełnie możliwość skorzystania przez wykonawcę z procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wywodząc *a priori*, że podmiotowi takiemu należy odmówić wiarygodności i rzetelności.

Z uwagi na powyższe przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut 9 – dotyczący wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności i przejrzystości przy formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Izba uwzględniła w części dotyczącej opisanego wymogu w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia w sposób niejasny i nieprzejrzysty.

W kontekście podstawy prawnej ww. zarzutu Izba wskazuje, iż jakkolwiek Odwołujący 2 w petitum odwołania wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to jednak jak zauważył sam Zamawiający, w uzasadnieniu faktycznym odwołania Wykonawca kwestionował brak jednoznaczności w spełnieniu przez Zamawiającego wymogu wynikającego z art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495). Z kolei stosownie do treści art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp, w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również, w przypadku gdy zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 3a, określenie w szczególności: a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Mając na względzie brzmienie § 8 ust. 7 projektu umowy, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane z odbiorem, transportem, zagospodarowaniem (jeśli prowadzone jest we własnym zakresie) odpadów komunalnych Izba stwierdziła, iż ww. postanowienie umowne narusza normę wyrażoną w art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit. c ustawy Pzp, jako że nie konkretyzuje rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Izba uznała, iż omawiana klauzula umowna ma charakter ogólny i niepełny, przez co w konsekwencji nie realizuje obowiązku wyspecyfikowania przez Zamawiającego wszystkich tych czynności, które wymagają zatrudnienia pracowniczego. Izba wskazuje, że lakoniczność wymogu wynikającego § 8 ust. 7 projektu umowy można byłoby porównać do stwierdzenia, iż Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia. Podkreślić również należy, iż powyższe postanowienie stwarza wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozumienia zwrotu „czynności bezpośrednio związane z”.

Jednocześnie wskazać należy, iż obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp zamawiający nie może scedować na wykonawców będących, jak podkreślał w odpowiedzi na odwołanie, profesjonalistami. Zamawiający będący również profesjonalistą w swojej branży, znający szeroko zagadnienie związane z gospodarką odpadami komunalnymi, obowiązany jest wskazać konkretne rodzaje czynności niezbędne do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia. Spełnienie ww. wymogu w sposób rzeczywisty, nie zaś blankietowy jak w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, ma o tyle istotne znaczenie, gdyż stanowić będzie gwarancję porównywalności ofert w zakresie związanym z wymogiem zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób świadczących usługi w ramach realizacji zamówienia.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego 2 jakoby postanowienia SIWZ stawiały w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie będą zagospodarowywali odpadów we własnym zakresie. Izba stwierdza, że stanowisko Odwołującego 2 jest sprzeczne z treścią art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, który nakłada na zamawiających obowiązek analizy opisu przedmiotu zamówienia, którego przedmiotem są usługi i stwierdzenia, które z czynności objętych przedmiotem zamówienia wymagają zatrudnienia w ramach stosunku pracy. Skoro zatem, przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych, to Zamawiający nie może odstąpić od wskazania rodzaju czynności wykonywanych w ramach zagospodarowania odpadów, o ile będą miały one charakter pracowniczy.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego 2 wyrażonego w kontekście postanowienia zawartego w § 8 ust. 8 pkt 4 projektu umowy w przedmiocie braku zasadności żądania przez Zamawiającego kopii niezaanonimizowanych dokumentów potwierdzających zawarcie stosunku pracy. Za Zamawiającym Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego 2 jest sprzeczne z oficjalnym komunikatem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r. dopuszczającym możliwość pozyskiwania przez Zamawiającego takich danych pracowników jak: imię i nazwisko, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę oraz wymiar etatu, w celu zapewnienia realnej i efektywnej kontroli spełniania wymogu zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe Izba przedmiotowy zarzut uwzględniła w części i nakazała Zamawiającemu sprecyzowanie w § 8 ust. 7 projektu umowy rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Zarzut 10 – system wizyjnego monitorowania pojazdów – wymóg 360^o oraz „widok z lotu ptaka”

Izba uwzględniła w części zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i stawianie wymogów, które nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co utrudnia uczciwą konkurencję w zakresie wymogów stawianych systemowi wizyjnego monitorowania pojazdów i nakazała Zamawiającemu wykreślenie z treści rozdziału XVII Szczegółowych warunków umowy oraz Załącznika nr 28 do Szczegółowych warunków umowy wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”).

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej, jak w sprawie z odwołania wykonawcy FBSerwis Wrocław (zarzut 4), tym samym za niecelowe uznano jej powielanie.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż za niezasadne uznała żądanie Odwołującego 2 w postaci skrócenia czasu archiwizacji danych do maksymalnie 30 dni. W ww. zakresie Izba wskazuje, iż Zamawiający uzasadnił potrzebę archiwizacji danych z systemu przez okres 6 miesięcy od momentu zarejestrowania podnosząc w szczególności, że skrócenie archiwizacji danych w systemie będzie miało negatywny wpływ na możliwości systemu oraz na jego przydatność do rozpatrywania skarg mieszkańców i kontroli strumienia odpadów.

Zarzut 11 – kary umowne, maksymalny limit kar umownych

Zarzut naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c., art. 487 § 2 k.c. oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie do wzoru umowy zapisów dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, poprzez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą łączącego je stosunku, jak również utrudnia

konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert – Izba uwzględniła w części dotyczącej wprowadzenia maksymalnego limitu kar umownych.

W kwestii maksymalnego limitu kar umownych Izba podtrzymuje stanowisko zaprezentowane w sprawie z odwołania wykonawcy FBService (zarzut 8), tym samym niezasadne jest powielanie argumentacji w ww. zakresie. Dodać jedynie należy, iż zaproponowany przez wykonawcę ALBA limit kar umownych na poziomie 10% całkowitego maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy Izba uznała za niski i oderwany od realiów rynkowych.

Za nieuzasadnione Izba uznała natomiast żądanie Odwołującego 2 w postaci obniżenia wysokości wszystkich kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 1 i ust. 2 projektu umowy o połowę ich wysokości z uwagi na to, że są one rażąco wysokie. Izba wskazuje, iż wykonawca ALBA nie przeprowadził analizy merytorycznej katalogu kar umownych zawartych w § 15 ust. 1 i 2 projektu umowy, w szczególności w aspekcie ich wysokości, konkretyzując dopiero w toku rozprawy przed Izbą, które z kar umownych należy uznać za najdotkliwsze dla wykonawcy i akcentując zasadność ich obniżenia. Izba ponownie wskazuje, mając na względzie poczynione na wstępie rozważania prawne w zakresie wymogów konstrukcyjnych odwołania, że za niedopuszczalne należy uznać konkretyzowanie zarzutu dopiero w toku rozprawy. Ponadto wbrew stanowisku Odwołującego 2 wyrażonemu w punkcie 11 petitum odwołania, Wykonawca nie wskazał w ramach rozpoznawanego zarzutu katalogu kar umownych, które rodzą po stronie wykonawcy wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na wykonawcę nakładane, czy też poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe, także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych. Z treści odwołania nie sposób wyczytać, które z kar umownych przewidzianych w § 15 ust. 1 i 2 projektu umowy Odwołujący 2 miał na względzie.

Za nieuzasadnione Izba uznała również żądanie wykreślenia § 15 ust. 3 projektu umowy oraz nadanie § 15 ust. 5 projektu umowy brzmienia zaproponowanego przez Odwołującego 2. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego 2, jakoby postanowienie § 15 ust. 5 projektu umowy mogło wywołać wątpliwości interpretacyjne w przedmiocie, czy kary umowne mogą zostać naliczone przez Zamawiającego wyłącznie po uprzednim wezwaniu wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku lub usunięcia naruszenia. Zgodnie z ww. postanowieniem umownym, w sytuacji, w której sposób wykonania obowiązku/obowiązków umownych przez Wykonawcę będzie budzić zastrzeżenia Zamawiającego, Zamawiający, zastrzega sobie prawo pisemnego wezwania Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku/obowiązków i/lub usunięcia powstałych uchybień

wyznaczając Wykonawcy stosowny termin, biorąc po uwagę okoliczności miejsca i czasu. Wykonanie przez Wykonawcę obowiązku/obowiązków zgodnie z treścią umowy/SWU i/lub usunięcie powstałych uchybień skutkować będzie uznaniem przez Zamawiającego, że nie wystąpiły okoliczności będące podstawą naliczenia kary. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku/obowiązków na w/w zasadach, Zamawiający naliczy stosowne kary umowne.

Izba zauważa, iż wskazany przez Odwołującego 2 sposób zmiany postanowienia § 15 ust. 5 projektu umowy polegający na zastąpieniu w zdaniu trzecim słów „na w/w zasadach” na „po bezskutecznym wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku/obowiązków i/lub usunięcia powstałych uchybień” nie zmieniał istoty powyższego zapisu umowy.

Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na określoną w § 15 ust. 5 projektu umowy procedurę zgłaszania wykonawcy przypadków nienależytego wykonania umowy przed naliczeniem kary umownych, co też nie było przedmiotem repliki Odwołującego 2.

W świetle powyższych okoliczności, w ocenie Izby, przedmiotowy zarzut zasługiwał na uwzględnienie w części referującej do wprowadzenia maksymalnego limitu kar umownych w projekcie umowy.

Zarzut 12 – zastrzeżenie możliwości zmiany postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie wysokości wynagrodzenia wykonawcy wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców poprzez przyjęcie w projekcie umowy, że możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 projektu umowy aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Istota ww. zarzutu sprowadzała się do oczekiwanego przez Odwołującego 2 wprowadzenia do § 19 ust. 1 projektu umowy przypadku zmiany wysokości cen jednostkowych określonych w ofercie wykonawcy oraz klauzuli waloryzacyjnej zakładającej możliwość zmiany cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy o wskaźnik rewaloryzacji podany w ustawie budżetowej na pisemny wniosek wykonawcy składany nie później niż w terminie 30

dni od dnia wejścia w życie ustawy budżetowej na dany rok.

Izba wskazuje, iż bezsporne między Stronami postępowania odwoławczego było to, że Zamawiający wypełnił dyspozycję art. 142 ust. 5 ustawy Pzp i określił w § 19 ust. 3 projektu umowy, przypadki zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Nie można odmówić racji Zamawiającemu, iż w pozostałym zakresie nie był on zobowiązany do regulowania możliwości i warunków zmian wynagrodzenia wykonawców, w tym w sposób zaproponowany przez Odwołującego 2.

Jednocześnie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił zarzucaną przez Odwołującego 2 niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rozumienia § 19 ust. 1 pkt 5 i 6 projektu umowy, tj. „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” uniemożliwiająca, zdaniem wykonawcy ALBA, ocenę czy ww. określenia odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, czy do innych niż wynagrodzenie elementów. Jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 27 maja 2020 r. jeżeli w konkretnych okolicznościach zmiana zakresu lub sposobu wykonywania prac uzasadniać będzie zmianę wynagrodzenia, zmiana wynagrodzenia może być kwalifikowana jako skutek wprowadzenia zmiany co do zakresu lub sposobu wykonywania prac. Z powyższego wynika zatem, że nie jest tak, iż zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia możliwa będzie wyłącznie w okolicznościach wskazanych w § 19 ust. 3 projektu umowy.

Odnośnie wskazywanych przez Odwołującego 2 zmian w przepisach prawa powszechnie obowiązującego oraz prawa miejscowego rzutujących na zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy i/lub zasady realizacji przedmiotu zamówienia Izba wskazuje na treść § 19 ust. 2 pkt 2 projektu umowy, zgodnie z którym warunkiem dokonania zmian, o których mowa w § 19 ust. 1 projektu umowy, a zatem również tych określonych w § 19 ust. 1 pkt 5 i 6 projektu umowy, są zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia Stron.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że całościowa analiza § 19 projektu umowy oraz stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie dotyczące sposobu rozumienia ww. postanowień umowy przekładające się na możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego, w sytuacji gdy zmiana zakresu lub sposobu wykonywania prac uzasadniać będzie zmianę w ww. zakresie, nie potwierdzało zasadności wprowadzenia do projektu umowy zmian postulowanych przez Odwołującego 2.

Dowody złożone przez Odwołującego 2 w zakresie ww. zarzutu w postaci wydruków ze stron internetowych dotyczących artykułów prasowych na temat inflacji, dokumentów odnoszących się do postępowań o udzielenie zamówień prowadzonych przez innych

zamawiających, jak również artykułów dotyczących Rozszerzonej Odpowiedzialności Producentów Izba uznała za nieprzydatne dla oceny zarzutu.

Wobec powyższego przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut 13 – brak określenia wymagań środowiskowych oraz norm emisji spalin pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi

Za niepotwierdzony Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 4 i art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, gdyż nie określono wymagań środowiskowych ani nie wskazano norm emisji spalin pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi.

Odwołujący 2 przedmiotowy zarzut oparł na twierdzeniu, iż z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że dopuszczalne jest świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia pojazdami niespełniającymi jakichkolwiek wymogów w zakresie norm emisji spalin.

Na wstępie Izba wskazuje, że lektura zarzutu zawartego w uzasadnieniu odwołania nie potwierdza, że wykonawca ALBA wykazał, iż Zamawiający w sposób niejednoznaczny skonstruował opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanym przez Odwołującego 2 zakresie. Istotą ww. zarzutu było bowiem zaniechanie postawienia wymagań dotyczących norm emisji spalin, które zdaniem Odwołującego 2 byłyby uzasadnione w świetle proekologicznej polityki Gminy.

Dalej Izba wskazuje, że słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na fakultatywny charakter normy zawartej w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto Izba wskazuje, iż Odwołujący 2 nie przedstawił uzasadnienia dla wprowadzenia wymogu, by połowa wymaganych pojazdów, o których mowa w rozdziale XIV pkt 1 ppkt 9 SWU spełniała normę EURO V, a druga połowa normę EURO VI.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego 2 nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący 2 pomija postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu, w ramach których Zamawiający żąda wykazania się przez wykonawcę flotą pojazdów, które mają spełniać europejski wymóg standardu emisji spalin EURO V lub EURO VI lub stanowić pojazd elektryczny lub pojazd napędzany gazem ziemnym. W tym miejscu Izba wskazuje, iż Zamawiający w ramach zarzutu 18 - ego wyjaśnił, iż w Planie Obsługi Systemu winny być wskazane wszystkie pojazdy stanowiące potencjał techniczny wykonawcy, tym samym nie ma wątpliwości, że pojazdy, którymi wykonawca będzie posługiwał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, będą jednocześnie wykorzystywane do

realizacji zamówienia. Jednocześnie jak wynika z rozdziału XIX pkt 2 SWU, Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienie normy klasy emisji spalin.

Ponadto Zamawiający w rozdziale XV pkt 5 SIWZ przewidział pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące dysponowania przez wykonawcę dodatkowymi pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w SWU w rozdziale XIV pkt 8 Zamawiający podał, że flota Wykonawcy służąca do wykonywania przedmiotu zamówienia musi spełniać wymogi ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. (Dz.U. 2018 poz. 317) zgodnie z terminami wskazanymi w ustawie.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdzają, że Zamawiający określił wymogi dotyczące norm emisji spalin dla pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz że Zamawiający dodatkowo premiuje oferty wykonawców, których flota będzie spełniać określone normy emisji spalin.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż rozpoznawany zarzut nie potwierdził się.

Zarzut 14 – obowiązek każdorazowego, ręcznego zatwierdzania odbioru odpadów gromadzonych w workach w systemie

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasadę proporcjonalności przy formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wprowadzenie obowiązku każdorazowego ręcznego zatwierdzania odbioru odpadów gromadzonych w workach w systemie.

W zakresie ww. zarzutu Izba zauważa, że uwzględnivszy poczynione na wstępie rozważania dotyczące wymogów konstrukcyjnych odwołania, lektura ww. zarzutu prowadzi do wniosku, że poza stwierdzeniem, iż przewidziany przez Zamawiającego w rozdziale XV pkt 1 ppkt 3 lit. c SWU wymóg jest nadmierny i nieuzasadniony potrzebą Zamawiającego, Odwołujący 2 nie przedstawił w odwołaniu żadnej argumentacji na poparcie prezentowanego stanowiska. W szczególności wykonawca ALBA nie wykazał, na czym polegały nadmierne trudności związane z realizacją powyższego obowiązku oraz dlaczego rzeczony wymóg należy uznać za nieuzasadniony. Wskazać również należy, iż niedogodności związane

z realizacją obowiązków umownych nie oznaczają *a priori*, że wymogi zamawiającego mają charakter nadmierny. Ponadto Izba stwierdza, iż Zamawiający w sposób rzeczowy uzasadnił postawiony wymóg wskazując, że zbiorcze zatwierdzanie odbioru odpadów w workach prowadzi do błędnych informacji przesyłanych do systemu, co uniemożliwia rozpatrywanie ewentualnych reklamacji mieszkańców. Jednocześnie Zamawiający podnosił, iż wielokrotnie zdarzało się, że pracownik wykonawcy zatwierdzał odbiory worków nawet nie przejeżdżając osiedla, z którego winien dokonać odbioru, co było widoczne na systemie GPS.

Izba wskazuje również, że treść postawionego przez Odwołującego 2 w *petitum* odwołania zarzutu polegającego na naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, nie koresponduje z jego uzasadnieniem faktycznym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego 2 wymóg zawarty w rozdziale XV pkt 1 ppkt 3 lit. c SWU został opisany w sposób jednoznaczny i pełny oraz nie rodził po stronie Odwołującego 2 wątpliwości interpretacyjnych.

Powyższego stanu rzeczy nie mogły zmienić złożone przez Odwołującego 2 dowody dotyczące skali miejsc gromadzenia odpadów wyposażonych w worki i odbieranych przez jedną brygadę oraz przykładowa trasa zrealizowana jednego dnia.

W świetle powyższego ww. zarzut nie mógł zostać uznany za zasadny.

Zarzut 15 – zaniechanie określenia aspektów gospodarczych, społecznych i środowiskowych

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego 2 w przedmiocie naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego wobec zaniechania określenia aspektów gospodarczych, społecznych i środowiskowych.

Na wstępie Izba wskazuje, iż uzasadnienie faktyczne ww. zarzutu nie potwierdza wątpliwości interpretacyjnych wykonawcy ALBA w zakresie postanowienia zawartego w rozdziale III pkt 2 ppkt 4 SWU. Odwołujący 2 nie wskazał również w jaki sposób ww. postanowienie SWU dotyczące godzin opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli na obszarze określonym w załączniku nr 6 mogłoby zaburzać konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Słusznie także stwierdził Zamawiający, że uzasadnienie faktyczne ww. zarzutu stanowi w istocie postulat Wykonawcy co do sposobu realizacji przedmiotu umowy. W tym miejscu ponownie podkreślić należy, że rolą środków ochrony prawnej, w ramach których wykonawcy kwestionują postanowienia specyfikacji

istotnych warunków zamówienia nie jest kształtowanie SIWZ w sposób dogodniejszy dla wykonawców, lecz konwalidacja sprzecznych z prawem czynności zamawiającego.

Izba wskazuje także, iż Odwołujący 2 pomija fakultatywny charakter przepisu art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, jednocześnie nieprawdziwie zarzucając Zamawiającemu zaniechanie określenia w SIWZ aspektów gospodarczych, społecznych i środowiskowych z uwagi na wybiórcze czytanie wymogów określonych w dokumentacji postępowania.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego 2, jakoby rozszerzenie godzin opróżniania pojemników i odbierania worków od poniedziałku do niedzieli w godzinach od 0.00 do 24.00 pozwoliło na realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia w sposób jak najmniej uciążliwy dla mieszkańców. Odwołujący 2 nie odniósł się w toku rozprawy przed Izbą do twierdzeń Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie akcentował, że zadanie utrzymania czystości i porządku na terenie gminy skorelowane jest z innymi zadaniami własnymi gminy, które wymagają zagwarantowania społeczności lokalnej uprawnień do odpoczynku i ciszy nocnej. Ponadto jak wskazał Zamawiający obostrzenia w zakresie godzin opróżniania pojemników i odbioru worków zostały wprowadzone ze względu na wielokrotne reklamacje mieszkańców dotyczące zakłócania ciszy nocnej poprzez odbiór odpadów w godzinach nocnych.

W świetle ww. okoliczności za nieprzydatne do rozpoznania przedmiotowego zarzutu Izba uznała dowody Odwołującego 2 wskazujące, iż 50% miejsc gromadzenia odpadów obsługiwanych jest w godzinach 0.00 – 6.00 oraz zdjęcia obrazujące utrudniony dostęp do poszczególnych nieruchomości na terenie Sektora I.

Mając na względzie powyższe, w szczególności okoliczność, iż Odwołujący 2 nie wykazał, by postanowienie zawarte w rozdziale III pkt 2 ppkt 4 SWU stanowiło naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp, a Zamawiający uzasadnił postawiony wymóg, Izba uznała, że brak było podstaw do uwzględnienia niniejszego zarzutu.

Zarzut 16 – brak w załączniku nr II do SIWZ pn. „Zestawienie kosztów zadania” pozycji dotyczącej wyceny usługi polegającej na pełnieniu szczególnego nadzoru nad MGO

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelną wycenę danej usługi, w ocenie składu orzekającego Izby, zasługiwał na uwzględnienie.

Stosownie do rozdziału IV pkt 1 SWU, wykonawca zobowiązany jest do pełnienia szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego miejscami gromadzenia odpadów. Zgodnie natomiast z punktem 2 ww. rozdziału, Zamawiający przewiduje zlecenie

szczególnego nadzoru nad maksymalnie 100 miejscami gromadzenia odpadów na terenie Sektora, z zastrzeżeniem, że Zamawiający może zlecić do szczególnego nadzoru minimalnie 15 MGO. Ponadto zgodnie z punktem 6, Zamawiający przewiduje wykonywanie czynności opisanych w pkt 5, w godzinach 6.00-21.00, przez 7 dni w tygodniu, łącznie z dniami ustawowo wolnymi od pracy. Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca nie może powierzyć pracownikom szczególnego nadzoru nad MGO w taki sposób, że w tym samym czasie jeden pracownik będzie sprawował nadzór nad więcej niż 20 MGO.

Jednocześnie wskazać należy, iż w treści załącznika nr II do SIWZ, Zamawiający nie przewidział pozycji, w której wykonawca miałby ująć wycenę kosztów dotyczących pełnienia szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego MGO, wyjaśniając lakonicznie w toku rozprawy, iż koszt ten należy ująć w tonie odpadów danej frakcji. Izba wskazuje, iż Zamawiający nie skonkretyzował, którą frakcję odpadów miał na względzie, a przedmiotowy załącznik odnosi się co najmniej do kilkunastu frakcji odpadów.

Powyższe stanowisko Zamawiającego, w ocenie Izby, potwierdza brak jednoznaczności Zamawiającego w konstrukcji formularza ofertowego, pozostawiając przez to wykonawców w niepewności, w której pozycji załącznika nr II do SIWZ należy wycenić usługi, o których mowa w rozdziale IV SWU. Co więcej, jak zauważono powyżej, sam Zamawiający nie wyjaśnił w sposób rzeczowy, w której pozycji ww. załącznika omawiane koszty należy ująć. Powyższe jest o tyle istotne, że jak wynika z rozdziału XIV pkt 9 SIWZ, do rozliczeń miesięcznych za realizację przedmiotu zamówienia stosowane będą ceny jednostkowe określone przez Wykonawcę w „Zestawieniu kosztów zadania”, zgodnie z warunkami zawartymi w projekcie umowy. Izba wskazuje, iż Zamawiający winien rozliczać się z wykonawcą realizującym umowę w sprawie zamówienia za rzeczywiście wykonane usługi, nie zaś za usługi, które wykonawca wobec braku jednoznaczności Zamawiającego winien uwzględnić, w dowolnej pozycji załącznika nr II do SIWZ, by nie narazić się na zarzut niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Dalej Izba wskazuje, iż obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie dokumentacji postępowania w sposób przejrzysty i jasny dla wykonawców, tak by żaden z uczestników postępowania nie miał wątpliwości, co do oczekiwań Zamawiającego wyrażonych w SIWZ. Nie można również pominąć, iż sposób kalkulacji ceny ofertowej, w tym za poszczególne usługi cząstkowe ma znaczący wpływ na etapie badania ofert, pod kątem przesłanek odrzucenia oraz porównywalności złożonych ofert, jak również w toku realizacji zamówienia.

Ponadto Izba zauważa, iż analiza ww. zapisów specyfikacji prowadzi do wniosku, iż racjonalnie działający wykonawca winien wycenić maksymalną, określoną przez Zamawiającego ilość usług nadzoru nad miejscami gromadzenia odpadów, bowiem nie ma pewności, ile faktycznie usług w ww. zakresie zleci Zamawiający na etapie realizacji

zamówienia. Tym samym w przypadku zlecenia przez Zamawiającego mniejszej liczby usług nadzoru nad MGO aniżeli maksymalna (ale więcej niż określone minimum - 15), Zamawiający zapłaci wykonawcy za usługi, które nie zostały wykonane, a „wrzucone” w koszt danej frakcji. W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje mechanizmy, jak choćby prawo opcji, które pozwalają wyeliminować z jednej strony stan niepewności wykonawcy co do faktycznego zakresu zamówienia, z drugiej zaś zapewniają Zamawiającemu możliwość dbałości o wydatkowanie środków publicznych.

Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła ww. zarzut i nakazała Zamawiającemu uzupełnienie załącznika nr II do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pn. „Zestawienie kosztów zadania” o pozycję dotyczącą wyceny usługi polegającej na pełnieniu szczególnego nadzoru nad miejscami gromadzenia odpadów, o której mowa w rozdziale IV SWU.

Zarzut 18 – dotyczący liczby pojazdów, o których mowa w punkcie 1.2.3.2 pkt 5, 6 oraz 9 SIWZ w Planie Obsługi Systemu

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego.

Izba wskazuje, że analiza ww. zarzutu prowadzi do wniosku, iż Odwołujący 2 nie przedstawił praktycznie uzasadnienia dla proponowanej zmiany treści rozdziału XIX SWU dotyczącej Planu Obsługi Systemu, poprzestając na stwierdzeniu, że w dokumencie tym winny zostać wskazane po 2 pojazdy z kategorii pojazdów wymienionych w rozdziale IV pkt 1.2.3.2 pkt 5, 6 oraz 9 SIWZ (pojazdy ciężarowe bramowe, hakowce oraz myjki). Innymi słowy, brak jest w treści odwołania jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia dla wprowadzenia zmiany treści SWU w sposób oczekiwany przez Odwołującego 2.

Jednocześnie Odwołujący 2 podał, iż jego zdaniem Zamawiający słusznie żąda, aby wykonawca dysponował większym potencjałem pojazdów, niemniej jednak dla potrzeb realizacji zamówienia wystarczające będą po dwa pojazdy w każdej z ww. kategorii i tyle też pojazdów winno być wymaganych dla prawidłowej obsługi sektora w Planie Obsługi Systemu. Powyższe twierdzenie Odwołującego 2 jest niezasadne, jako że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej wyrażony został jako minimalne poziomy zdolności wykonawcy.

W końcu Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XIX pkt 2 SWU, w Planie Obsługi Systemu w zakresie pojazdów wykonawca obowiązany jest wskazać co

najmniej wykaz wszystkich pojazdów służących do prawidłowej obsługi Sektora oraz wykaz rezerwowych pojazdów umożliwiających obsługę Sektora. Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, konsekwencją określenia minimalnego poziomu zdolności technicznej wykonawcy w zakresie floty pojazdów jest wymóg Zamawiającego, aby potencjał ten został również wskazany w ww. Planie. Powyższe potwierdza przypuszczenia Odwołującego 2, iż w Planie Obsługi Systemu wykonawca winien umieścić wszystkie pojazdy, którymi będzie wykazywał się na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego za bez znaczenia Izba uznała złożony przez Odwołującego 2 dowód w postaci faktycznego zapotrzebowania na pojazdy poszczególnego typu na przykładzie zrealizowanych zleceń w styczniu 2020 r.

Wziąwszy pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

Zarzut 19 – określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, jako że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób niedostateczny w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań co do uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej.

Przedmiotem ww. zarzutu było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający żądając od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp decyzji zezwalającej na zbieranie 8 frakcji odpadów, podczas gdy przedmiot zamówienia obejmuje 38 rodzajów odpadów uchybił ww. przepisom ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu oraz 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Z kolei stosownie do treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Katalog warunków udziału w postępowaniu zawiera natomiast art. 22 ust. 1b ustawy Pzp.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który argumentował, że zgodnie z ustawą Pzp prawem zamawiającego jest wybór i skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu. Prawo to nie oznacza jednak, że zamawiający obowiązany jest opisać wszystkie potencjalnie możliwe kwalifikacje i uprawnienia niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Wskazać również należy, że to zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłowe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru oferty wykonawcy zdolnego do jego wykonania. Nie ulega również wątpliwości, iż zamawiający korzystając ze swojego prawa w zakresie opisanego warunków udziału w postępowaniu ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zamówienia. Tym samym konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana przez zamawiającego z poszanowaniem naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zgodnie z wytyczną wskazaną w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, że należy odróżnić etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący 2 nie twierdził, iż uzyskanie decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów w zakresie nieobjętym warunkiem udziału w postępowaniu jest procesem skomplikowanym, czy też wymagającym od wykonawcy podjęcia dodatkowych środków i nakładów, przesądzających o zasadności żądania stosownych uprawnień w pełnym zakresie już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym za niewykazane Izba uznała stanowisko wykonawcy ALBA, iż należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia możliwe jest tylko przez takiego wykonawcę, który już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia posiada decyzję zezwalającą na odbiór wszystkich frakcji odpadów objętych zamówieniem. Wskazać zresztą należy, iż wykonawca, który uzyska niniejsze zamówienie zobligowany będzie posiadać stosowne decyzje zezwalające na zbieranie wszystkich odpadów objętych zamówieniem, aby nie narazić się na ewentualne sankcje w postaci kar pieniężnych nakładanych w trybie administracyjnym.

Odnosnie podnoszonych przez Odwołującego 2 sprzeczności w postanowieniach SWU Izba wskazuje, że wykonawca ALBA nie sformułował stosownego żądania w ww. zakresie, które uczyniłoby zadość interesom wykonawcy.

W świetle ww. okoliczności zdaniem Izby brak było podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

Zarzut 20 – wymóg przekazania KPO, KPOK lub oświadczeń do momentu ostatecznego zagospodarowania odpadów, zbędny formalizm w zakresie składania Zamawiającemu rozbudowanej dokumentacji

Izba za niewykazany uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów w sposób nieproporcjonalny.

Zgodnie z rozdziałem XX pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWU, Miesięczne Karty Bilansu Odpadów Komunalnych będą potwierdzane przez Wykonawcę następującymi dokumentami Kserokopiami kart przekazania odpadów (KPO) i wydrukami wygenerowanych kart przekazania odpadów komunalnych (KPOK), wszystkich frakcji przekazanych do instalacji komunalnych, instalacji recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania (wraz z pozostałościami z sortowania lub powstałymi zanieczyszczeniami) - z zastrzeżeniem pkt 5 lub oświadczeniami poszczególnych posiadaczy odpadów, do momentu ostatecznego zagospodarowania.

Odnosząc się do kwestii żądania przez Zamawiającego przekazywania dokumentów KPO, KPOK lub oświadczeń do momentu ostatecznego zagospodarowania odpadów Izba wskazuje, iż Odwołujący 2 nawet nie uprawdopodobnił twierdzeń w ww. zakresie, mimo obowiązku wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący 2 nie odparł również twierdzeń Zamawiającego, który podnosił, iż jego obowiązkiem jest kontrolować usługę, której jednym z elementów jest prawidłowe zagospodarowanie odpadów oraz że rozliczenie następuje po zagospodarowaniu odpadów, które z kolei przekłada się na osiągnięte poziomy recyklingu.

Przechodząc natomiast do kwestii składania rozbudowanej dokumentacji dotyczącej KPO lub KPOK Izba ponownie podkreśla, że bada legalność działań lub zaniechań Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie dostosowuje treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak aby uczynić ją bardziej dogodną dla wykonawców. Ponadto wskazać należy, iż w rozdziale XX pkt 7 SWU, Zamawiający zastrzegł, iż sposób przekazywania dokumentów ewidencyjnych może ulec zmianie poprzez uzyskanie przez Zamawiającego dostępu lub wglądu do BDO umożliwiającego weryfikację powyższych dokumentów.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

W sprawie o sygn. akt: KIO 401/20 Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 5/8 (zarzut zawarty w punkcie 1, 4, 6 oraz 8 petitum odwołania oraz w części w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 7 petitum odwołania) i bezzasadne w pozostałej części 3/8. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 5/8 oraz Odwołującego w części 3/8. 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 3 600 zł (łącznie 22 200 zł). Odwołujący 1 poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 8 325 zł (22 200 zł x 3/8). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1 kwotę 10 275 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Także w sprawie o sygn. akt: KIO 403/20 Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/3 (zarzut zawarty w punkcie 7 i 16 petitum odwołania oraz w części w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 5, 9, 10 i 11 petitum odwołania) i bezzasadne w pozostałej części 2/3. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15

000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł, koszty noclegu w kwocie 1855,66 zł i parkingu w kwocie 40 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 24 095 zł 66 gr). Odwołujący 2 poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 495,66 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu oraz parkingu (15 000 zł + 3 600 zł + 40 zł + 1855,66 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 16 063,77 zł (24 095 zł 66 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 2 kwotę 4 431,89 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....