

**WYROK**

**z dnia 30 września 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata

**Członkowie:** Piotr Kozłowski

Jan Kuzawiński

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2019 r. przez wykonawcę **Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Gdynia reprezentowana przez Prezydenta Miasta Gdyni, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54; 81-382 Gdynia**, przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych "Sanipor" sp. z o.o., ul. Sportowa 8; 81-300 Gdynia**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Remondis sp. z o.o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa na rzecz Gminy Miasto Gdynia reprezentowanej przez Prezydenta Miasta Gdyni, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54; 81-382 Gdynia kwotę 3 900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Gdynia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z Gminy Miasta Gdyni z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy wraz wyposażaniem tych nieruchomości w pojemniki w tym worki do zbierania odpadów komunalnych”*.

Ogłoszenie o zamówieniu: nr 2019/S 168-410974 opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 2 września 2019 r.

Dnia 10 września 2019 roku wykonawca Remondis sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami czynności podjętych przez zamawiającego, jak również zaniechań dokonania czynności, do których podjęcia zobowiązany jest zamawiający, odnoszących się do s.i.w.z. oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu (oraz pozostałej dokumentacji postępowania, w tym s.i.w.z.) na stronie internetowej zamawiającego na kilka dni przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE,
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 6c ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 ze zm.) w zw. z art. 27 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r., poz. 1579) poprzez włączenie do przedmiotu zamówienia nieruchomości, które w części są wykorzystywane na cele niemieszkalne (tzw. nieruchomości „mieszanych”),
3. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1 pkt 1, ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieudzielenie przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców w terminie określonym przepisami,
4. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawcy w oparciu o podstawę prawną, która nie jest przewidywana przepisami ustawy Pzp,
5. naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §1, 2, 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm., dalej jako „Rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów”) oraz art.

- 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku załączenia potwierdzenia przelewu kwoty wadium podczas, gdy przepisy nie przewidują możliwości żądania od wykonawców tego rodzaju dokumentu,
6. naruszenie art. 10a ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z §3 ust. 1 oraz §5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „Rozporządzenie ws. komunikacji elektronicznej”) oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie treści dokumentacji postępowania w sposób budzący wątpliwości, czy wykonawcy uprawnieni są do użycia w postępowaniu środków komunikacji elektronicznej oraz opatrywania dokumentacji kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi,
  7. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, 2, 2c, 2d, 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie, jako kryterium oceny ofert (o wadze 20%) czynnika, którego nie da się w sposób obiektywny zmierzyć, nieprzewidywalnego, nieodnoszącego się do jednoznacznych warunków oraz zasad, a w rezultacie pozwalającego zamawiającemu dokonywanie oceny w sposób całkowicie dowolny,
  8. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ust. 1a w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku posiadania rażąco wysokiego ubezpieczenia OC, tj. w równej wysokości w ramach każdego sektora charakteryzującego się odmiennymi właściwościami oraz warunkami rynkowymi,
  9. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm., dalej jako: „KC”), poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na niedookreśleniu rodzajów odpadów będących przedmiotem niniejszego zamówienia, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
  10. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na niedookreśleniu:
    - 1) ile w poszczególnych sektorach jest/było gospodarstw domowych o powierzchniach wskazanych w Uchwale nr V/60/15 Rady Miasta Gdynia z dnia 29 stycznia 2015 r. (ze zm.) oraz
    - 2) jaka jest/była ilość mieszkańców zamieszkujących faktycznie poszczególłą kategorię tych gospodarstw domowych,

- 3) oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
11. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na niedookreśleniu tego, czy realizując zamówienie publiczne wykonawca powinien bazować na dotychczasowym brzmieniu Uchwały nr X/182/15 Rady Miasta Gdyni z dnia 24.06.2015 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni (Dz. U. Woj. Pom. Z 2015 r., poz. 2242 ze zm.), czy jednak na projekcie zawartym w załączniku nr 5.VIII do s.i.w.z. oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
12. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na zobowiązaniu wykonawców do zachowania niezgodnego w szczególności z przepisami BHP w razie woli wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego (tj. w zakresie odbioru odpadów z miejsc, do których nie ma bezpośredniego dojazdu), oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
13. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na zobowiązaniu wykonawców do pozostawiania otwartych pokryw pojemników na odpady z brakiem wskazania, o które konkretnie pojemniki chodzi, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
14. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na użyciu przez zamawiającego niejednoznacznych sformułowań co do tego, które konkretnie odpady w jakich okolicznościach podlegają odbiorowi, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
15. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny

- i nieprecyzyjny, polegający na ustanowieniu niejednoznacznego obowiązku próby kontaktu wykonawcy z właścicielami nieruchomości w trakcie realizacji usługi, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
16. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na ustanowieniu ograniczeniu czasu realizacji usługi, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
17. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na zobowiązaniu wykonawcy do faktycznego odbioru odpadów, które nie są przedmiotem niniejszego zamówienia, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
18. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 9f w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 1 oraz art. 6 ust. 4 w zw. z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 ze zm.) oraz art. 207 §1 i §2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 26.06.1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1040 ze zm.) oraz §39 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26.09.1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (t.j. Dz. U. z 2003 r., nr 169 poz. 1650 ze zm.), poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na nałożeniu na wykonawcę niejednoznacznego obowiązku weryfikacji zawartości odbieranych odpadów i ich segregacji, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
19. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na niejednoznacznym zobowiązaniu wykonawcy do porozumiewania się z właścicielami nieruchomości, co do zasad wyposażania nieruchomości w pojemniki, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,

20. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na niejednoznacznym zobowiązaniu wykonawcy do korzystania z pojemników, które zostały udostępnione przez właścicieli nieruchomości, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
21. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na niejednoznacznym zobowiązaniu wykonawcy do utrzymywania pojemników w należyłym stanie sanitarnym, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
22. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na zobowiązaniu wykonawcy do stosowania worków o zbyt dużych rozmiarach (oraz przede wszystkim wadze), oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
23. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na zobowiązaniu wykonawcy do stosowania zbyt kosztownej technologii rejestracji pracy pojazdów, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
24. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na braku wskazania przez zamawiającego, do jakiego rodzaju pojemnika powinny trafiać odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone, oraz jaka ilość tego rodzaju pojemników powinna zostać przeznaczona na nieruchomości objęte przedmiotem niniejszego zamówienia, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
25. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na zobowiązaniu wykonawcy do pozostawiania pustych worków w miejscach, do których wykonawca może nie mieć fizycznego dostępu, oraz

- faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
26. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na zobowiązaniu wykonawcy do nieproporcjonalnego oraz niecelowego (w tym generującego ogromne koszty) cyfrowego rejestrowania obrazu w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
27. naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny i nieprecyzyjny, polegający na umieszczeniu w dokumentacji postępowania licznych przekreśleń powodujących w szczególności to, że brak jest możliwości ustalenia, czy przekreślone treści stanowią treść obowiązującą, oraz faktyczne przerzucenie na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty,
28. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez sformułowanie treści projektu umowy w sposób niejednoznaczny, a w rezultacie powodujący ryzyko niezyskania przez wykonawcę wynagrodzenia w razie zaistnienia wskazanych w projekcie umowy okoliczności, tj. dot. tego, czy zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie dokonywana w razie zmiany stawek opłat za przyjęcie odpadów do każdej instalacji oraz każdego rodzaju odpadu, co wiąże się z faktycznym przerzuceniem na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego oraz uniemożliwieniem wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty,
29. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez sformułowanie treści projektu umowy w sposób uniemożliwiający waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, co wiąże się z faktycznym przerzuceniem na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego oraz uniemożliwieniem wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty,
30. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 5 pkt 1-4 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez sformułowanie treści projektu umowy w sposób uniemożliwiający waloryzację wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na ustanowienie dodatkowych warunków zastosowania obowiązkowej waloryzacji, co wiąże się z faktycznym przerzuceniem na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk



związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego oraz uniemożliwieniem wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty,

31. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez sformułowanie treści projektu umowy w sposób niejednoznaczny oraz nieproporcjonalny, przejawiający się w niewprowadzeniu przez zamawiającego pułapu maksymalnego obniżenia wynagrodzenia w razie zajścia określonych okoliczności, przy jednoczesnym określeniu maksymalnej kwoty zwiększonego wynagrodzenia, tj. w sposób uniemożliwiający waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, co wiąże się z faktycznym przerzuceniem na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego oraz uniemożliwieniem wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty,
32. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 142 ust. 5 pkt 1-4 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez sformułowanie postanowień projektu umowy wzajemnie sprzecznych ze sobą, tj. w sposób uniemożliwiający waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, co wiąże się z faktycznym przerzuceniem na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego oraz uniemożliwieniem wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty,
33. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> KC, poprzez sformułowanie treści projektu umowy w sposób niejednoznaczny w zakresie tego, jakie skutki prawne zostaną wywołane w razie odstąpienia od umowy, co wiąże się z faktycznym brakiem możliwości wykonawcy do odstąpienia od umowy, przerzuceniem na wykonawcę niedających się ustalić ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego oraz uniemożliwieniem wykonawcy rzetelnego przygotowania oferty,
34. naruszenie art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC, przez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. m.in.:
  - 1) poprzez wprowadzenie po stronie wykonawcy obowiązku do osiągnięcia na obszarze sektora/sektorów objętych przedmiotem zamówienia określonych w pkt 3.8 ppkt 2 SOPZ poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło (wyliczenia osiągniętych poziomów dokonuje się na zasadach określonych w SOPZ, które odwołuje się w tym względzie do wzorów zawartych w rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych),

- 2) poprzez sformułowanie wzoru umowy w sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz wprowadzając wzajemną sprzeczność jej zapisów - w zakresie dotyczącym nałożenia na wykonawców obowiązku do osiągnięcia na obszarze sektora/sektorów objętych przedmiotem zamówienia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów (§6 wzoru umowy), jednocześnie wprowadzając możliwość nałożenia kary umownej z tego tytułu, w przypadku nałożenia przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Gdańsku na zamawiającego kary z tytułu nieosiągnięcia przez Gminę Miasta Gdyni wymaganych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych (§9 ust. 1 i 2 wzoru umowy) - tym samym wykonawca, który realizuje obowiązek tylko w wybranym fragmencie (sektory objęte zamówieniem) ponosi odpowiedzialność za niezrealizowanie obowiązku z skali całej gminy,
35. naruszenie art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 oraz art. 353<sup>1</sup> oraz art. 484 § 2 k.c. oraz 487 § 2 KC:
- 1) przez zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych (§9 wzoru umowy), jak również brak górnego ich limitu, wobec powyższego kary umowne są rażąco wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną,
  - 2) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i oszacowanie jej wartości a tym samym sporządzenie projektu umowy w sposób składający całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia tylko na jedną stronę umowy tym samym - wykonawcę, a także godzące w istotę i cel zamówienia publicznego poprzez:
    - a) wprowadzenie kar umownych za nieodstawienie pojemników we właściwe miejsce, niewłaściwe zabezpieczenie przed przemieszczaniem, niezamykanie przejść, nieuprzątnianie miejsc gromadzenia odpadów, nieopróżnianie pojemników (§9 ust. 3 pkt 2-6 projektu umowy, odpowiednie punkty SOPZ: pkt 3.2.1 ppkt 2 lit. d-i, ust. 3 lit. c, pkt 3.2.2 ppkt 1 lit. a, c, ppkt 2 lit. a, c, pkt 3.2.3 ppkt 1 lit. a, c, ppkt 2 lit. a, c, pkt. 3.2.4, pkt 3.3.1 ppkt 6, pkt 3.6 ppkt 2 lit. d, pkt 3.7.1, pkt 3.7.3 SOPZ),
    - b) wprowadzenie kary umownej za każdy dzień opóźnienia w umyciu pojemnika (§9 ust. 3 pkt 8) projektu umowy, ust. 3.3.1. pkt 14 lit. c SOPZ);

- c) wprowadzenie kary umownej za opóźnienia w dostarczeniu worków (ust. 3.4 pkt 3 lit. a SOPZ, §9 ust. 3 pkt 10, 11, 12 projektu umowy),
- d) wprowadzenie kary umownej za niedziałanie oprogramowania do monitoringu pracy wykonawcy (§9 ust. 3 pkt 22) projektu umowy,
- e) wprowadzenie kar umownych za odbiór mebli i innych odpadów wielkogabarytowych w soboty przed godziną 8:00 oraz po godzinie 17:00 (§9 ust. 3 pkt 27, 37 projektu umowy, pkt. 3.2.3. pkt 1 lit. b SOPZ),
- f) wprowadzenie kar umownych za każdy przypadek stwierdzenia, że wykonawca dostarczając pojemniki nie optymalizuje ich ilości i pojemności poprzez uwzględnienie wymiarów miejsca oraz za każdy dzień niewyposażenia nieruchomości przez wykonawcę w pojemniki na odpady, inne niż worki, zgodne z regulaminem ucpg, uchwałą o standardzie i SOPZ w wymaganej ilości usytuowania pojemników oraz warunków dostępu do tego miejsca (§9 ust. 3 pkt 30, 32 projektu umowy; ust. 3.3.1. pkt 5, 9, 12 SOPZ),
- g) wprowadzenie kar umownych za zmieszanie odpadów (§9 ust. 3 pkt 34, 35 projektu umowy, pkt 3.2.1 ppkt 4, 5, pkt 3.2.4 SOPZ),
- h) wprowadzenie kar umownych za niewywiązywanie się z obowiązku cyfrowej rejestracji obrazu (§9 ust. 3 pkt 41, 42 projektu umowy, pkt 3.6 ppkt 2 lit. d, pkt 3.7.1, pkt 3.7.3 SOPZ).

Ponadto odwołujący wskazał, iż zakres naruszeń wskazanych w zarzutach numer 7, 9-26, 28-35, jednocześnie spełnia przesłanki art. 397 KC w zw. z art. 139 ustawy Pzp, tj. stanowi świadczenie niemożliwe do realizacji. Zawarcie umowy o dotychczasowej treści oznaczałoby *de facto* akceptację przez zamawiającego niewykonalności umowy w całości lub znaczącej części. Tym samym istnieje możliwość zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania w całości,
3. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku z ust. 2. powyżej, nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian (wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania), tj.:
  - 1) modyfikacji w ust. 6.2. lit. a s.i.w.z. podstawy prawnej, poprzez wskazanie, iż jest to odpowiednio ustawa z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2017 r. poz. 1508 oraz z 2018 r. poz. 149, 398, 1544 i 1629) oraz ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 2344 i 2491 oraz

- z 2018 r. poz. 398, 685, 1544 i 1629) wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania,
- 2) usunięcie z ust. 10.10 s.i.w.z. obowiązku załączenia potwierdzenia przelewu kwoty wadium,
  - 3) usunięcie z ust. 10.11 s.i.w.z. obowiązku doręczenia do siedziby zamawiającego oryginałów dokumentów wadialnych oraz usunięcie z ust. 15.4 s.i.w.z. obowiązku doręczenia do siedziby zamawiającego oryginału zabezpieczenia,
  - 4) wykreślenie jako kryterium oceny ofert (ust. 14.5. s.i.w.z.) odległości do instalacji komunalnej mierzonej za pośrednictwem trasy wyznaczonej przez „Google Maps”,
  - 5) modyfikację §4 ust. 9 projektu umowy oraz ust. 3.10 pkt 1 SOPZ, poprzez obniżenie wysokości wymaganego ubezpieczenia OC dla poszczególnych sektorów w sposób proporcjonalny do ryzyk związanych ze świadczeniem usługi objętej przedmiotem niniejszego zamówienia na poszczególnych sektorach (tj. m.in. w oparciu o przewidywane ilości zbieranych odpadów),
  - 6) doprecyzowanie przedmiotowej tabeli poprzez uzupełnienie poszczególnych rodzajów odpadów o odpowiadający im kod odpadu oraz doprecyzowanie w dokumentacji postępowania, że zamawiający przejmuje ryzyko przyjęcia wskazanych w rzeczowej tabeli odpadów (o kodach wskazanych przez zamawiającego) lub ich ewentualnej odmiennej klasyfikacji przez instalację komunalną (w szczególności prowadzoną przez EKO DOLINA sp. z o.o., Al. Parku Krajobrazowego 99, 84-207 Koleczkowo),
  - 7) doprecyzowanie informacji o ilości gospodarstw domowych (o wskazanych powierzchniach w Uchwale nr V/60/15 Rady Miasta Gdynia z dnia 29 stycznia 2015 r. (ze zm.)) w poszczególnych sektorach (aktualnie oraz w ostatnich latach) oraz o ilości mieszkańców zamieszkujących faktycznie poszczególne kategorie tych gospodarstw domowych (aktualnie oraz w ostatnich latach) - w tym mieszkańców zamieszkujących poszczególne lokale i nieruchomości (w zabudowanie jedno i wielorodzinnej), wraz z dopuszczeniem możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w razie zaistnienia rzeczonych, dodatkowych kosztów po stronie wykonawcy,
  - 8) doprecyzowanie w dokumentacji postępowania:
    - a) czy wykonawca przygotowując ofertę powinien bazować na dotychczasowym brzmieniu Uchwały nr X/182/15 Rady Miasta Gdyni z dnia 24.06.2015 r., w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni (Dz. U. Woj. Pom. Z 2015 r., poz. 2242 ze zm.), czy jednak na projekcie zawartym w załączniku nr 5.VIII do s.i.w.z.,
    - b) poprzez wprowadzenie postanowienia przewidującego obowiązek pokrycia przez zamawiającego kosztów będących rezultatem uchwalenia po dniu wszczęcia niniejszego postępowania przepisów uchwały w sprawie regulaminu utrzymania

czystości i porządku na terenie miasta Gdyni o treści odmiennie, niż wskazanej w załączniku nr 5.VIII do s.i.w.z.,

- 9) wykreślenie z ust. 3.2.1. pkt 2 lit. e SOPZ wymogu odbioru odpadów z miejsc, do których nie ma bezpośredniego dojazdu,
- 10) modyfikację ust. 3.2.1. pkt 2 lit. g SOPZ oraz wskazanie przez zamawiającego tych pojemników, których pokrywy po wykonanym odbiorze odpadów będą musiały pozostać otwarte,
- 11) wykreślenie ust. 3.2.1. pkt 2 lit. h, ust. 3.2.2. ust. 1 lit. a SOPZ,
- 12) wykreślenie ust. 3.2.2. pkt 1 lit. c SOPZ,
- 13) wprowadzenie w ramach ust. 3.2.3. pkt 1 lit. b SOPZ możliwości odbioru przedmiotowych odpadów w soboty na godziny od 6:00 rano do 15:00,
- 14) wykreślenie z ust. 3.2.3 pkt 1 lit. c pkt 2 lit. c SOPZ obowiązku odbioru wszystkich innych (pozostałych) odpadów - bez względu na ich rodzaj i ilość,
- 15) modyfikację w szczególności ust. 3.2.4. SOPZ, poprzez wykreślenie obowiązku wykonawcy do sortowania/usuwania odpadów na nieruchomości, z której odbierane są odpady oraz do podejmowania jakichkolwiek innych czynności, które odbiegają od definicji odbioru odpadów komunalnych oraz wykreślenie w całości obowiązku sprawdzania zawartości pojemników lub worków,
- 16) wykreślenie obowiązku wykonawcy ustalania z właścicielem nieruchomości zasad wyposażania jej w pojemniki oraz nałożenie tego rodzaju obowiązku konsultacji na zamawiającego - z jednoczesnym przekazaniem przez zamawiającego do wykonawców całościowej informacji o pojemnikach w sposób umożliwiający rzetelne ustalenie ceny oferty (w szczególności w ramach ust. 3.3.1. pkt 5 SOPZ),
- 17) m.in. w ramach pkt 3.3.1. ust. 9, 12) SOPZ wykreślenie możliwości korzystania w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia z pojemników pochodzących od właścicieli nieruchomości. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia przez zamawiającego wniosku określonego w zdaniu poprzednim, doprecyzowanie przez zamawiającego, czy w razie uszkodzenia pojemnika pochodzącego od właściciela nieruchomości (wynikającego również z jego naturalnego zużycia) wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia kosztów zakupu nowego pojemnika,
- 18) doprecyzowanie m. in. w ramach ust. 3.3.1. pkt 14 lit. c SOPZ, że pojemnik uważa się za prawidłowo umyty w razie jego umycia w cyklu minimum 30 sekundowym,
- 19) modyfikację ust. 3.4. pkt 2 SOPZ poprzez ustanowienie wymogu wyposażania nieruchomości w przedmiotowe worki o pojemności ok. 60 litrów,
- 20) modyfikację: ust. 3.7.1. pkt 2 lit. g SOPZ, Tabela 11 SOPZ. Dane, które musi rejestrować system do monitoringu pracy pojazdów poprzez zmianę częstotliwości wykonywania zdjęć na 3 sekundy,

- 21) uzupełnienie dokumentacji postępowania o listę z ilością oraz rodzajem pojemników na odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone (zgodnie z zestawieniami pojemników na pozostałe frakcje odpadów),
- 22) wykreślenie w szczególności z ust. 3.4. pkt 3 lit. a SOPZ obowiązku umieszczania przez wykonawcę worków w miejscu zabezpieczonym przed rozwiewaniem oraz dostępem zwierząt,
- 23) wykreślenie w szczególności z ust. 3.6 pkt 2 lit. d, ust. 3.7.1, 3.7.3 SOPZ obowiązku wykonawcy do prowadzenia cyfrowej rejestracji obrazu w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia publicznego,
- 24) wykreślenie z dokumentacji postępowania (m.in. ust. 3.3.2., 3.2.2. SOPZ) treści, które są przekreślone - ewentualnie doprecyzowanie, czy przekreślone treści są treściami obowiązującymi,
- 25) doprecyzowanie §12 ust. 3 pkt 1 projektu umowy poprzez wskazanie, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie dokonywana w razie zmiany stawek opłat za przyjęcie odpadów do każdej instalacji oraz każdego rodzaju odpadu,
- 26) wykreślenie w ramach projektu umowy z §12 ust. 2 zdania drugiego oraz uzupełnienie §12 ust. 3 projektu umowy poprzez nałożenie obowiązku waloryzacji wynagrodzenia, o którym mowa w §8 ust. 2 projektu umowy, w stosunku adekwatnym do wzrostu kosztów realizacji usługi przez wykonawcę w wyniku wzrostu ilości odbieranych odpadów będących przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego,
- 27) wykreślenie §8 ust. 11 projektu umowy,
- 28) modyfikację §12 ust. 4 projektu umowy poprzez doprecyzowanie, że obniżenie wynagrodzenia nie może przewyższać udokumentowanego obniżenia kosztu świadczenia usługi,
- 29) wykreślenie §12 ust. 7 projektu umowy,
- 30) doprecyzowanie §11 ust. 5 projektu umowy poprzez stwierdzenie, że odstąpienie od umowy przez wykonawcę będzie odnosić skutek *ex nunc*,
- 31) wykreślenie z projektu umowy postanowień związanych z przerzuceniem na wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie przez gminę (zamawiającego) poziomów recyklingu,
- 32) (wniosek odpowiada zarzutowi numer 35.):
  - a) wprowadzenie przez zamawiającego górnego limitu kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na wykonawcę w związku z realizacją zamówienia/umowy w sprawie zamówienia publicznego,
  - b) odnośnie zarzutu z pkt a - §9 ust. 3 pkt 2-6 projektu umowy:
    - wykreślenie rzeczonych postanowień z dokumentacji postępowania,
  - c) odnośnie zarzutu z pkt d - §9 ust. 3 pkt 22 projektu umowy:

- wykreślenie §9 ust. 3 pkt 22 projektu umowy (ewentualnie, w razie nieuwzględnienia wniosku o wykreślenie, wnosimy o ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy wyłącznie do okoliczności, za których zaistnienie winę ponosi wykonawca),
4. nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania zamawiającego w związku z ww. orzeczeniem,
  5. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów (w tym komunalnych) w szczególności na terenie Gminy Miasta Gdyni. W związku z tym odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty, a w konsekwencji uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Jego realizacja skutkowałaby zapewnieniem odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności. Ponadto zamawiający naruszając zasady uczciwej konkurencji (m. in. ze względu na sposób ukształtowania przez zamawiającego treści s.i.w.z.) utrudnia (a w praktyce uniemożliwia) odwołującemu złożenie oferty prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez zamawiającego. Okoliczności te bezpośrednio prowadzą do faktycznego braku możliwości udziału odwołującego w postępowaniu, pozyskania zamówienia publicznego oraz realizacji jego przedmiotu. Konsekwencją jest powstanie u odwołującego szkody w szczególności w postaci utraconego zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). Natomiast w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla zamawiającego warunkach i podjąć działania w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Odwołujący podniósł, co następuje.

Zarzut numer 1 oraz wniosek 2: Ogłoszenie o zamówieniu oraz pozostała dokumentacja postępowania przetargowego (w tym s.i.w.z. oraz projekt umowy) zostały opublikowane na platformie zakupowej zamawiającego w dniu 31 sierpnia 2019 r.. Następnie w dniu 2 września 2019 r. zamawiający ponownie opublikował ogłoszenie o zamówieniu na ww. platformie zakupowej oraz tego samego dnia opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Działanie zamawiającego stanowi rażące naruszenie zarówno przepisów dot. sposobu publikacji informacji o zamówieniu publicznym, jak i zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności, przejrzystości. Co więcej, powyższe naruszenia zamawiającego doprowadziły do ograniczenia czasu na zapoznanie się z treścią zamówienia publicznego (oraz dokumentacją) przedsiębiorców zagranicznych, w tym możliwości rzetelnego przygotowania oferty.

Zarzut numer 2 oraz wniosek 2: Zamawiający w ust. 1 pkt 1 SOPZ wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje również odbieranie odpadów komunalnych powstałych i zebranych na nieruchomościach, które w części wykorzystywane są na cele mieszkalne. Zgodnie z art. 6c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zaistnienie możliwości odbioru lub zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, uzależnione jest od wydania przez radę gminy uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego. Brak istnienia tego rodzaju uchwały oznacza, że zamawiający w nieuprawniony sposób włączył do przedmiotu przetargu również właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Okoliczność ta stanowi rażące naruszenie prawa. Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych



innych ustaw (Dz. U. z 2019 r., poz. 1579) została ogłoszona w dniu 22 sierpnia 2019 r. Zgodnie z art. 27 rzeczonej ustawy, co do zasady jej przepisy (w tym m. in. art. 1 pkt 8) wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia - tj. od dnia 6 września 2019 r.

Zarzut numer 3 oraz wniosek 2: Zamawiający: opublikował dokumentację postępowania (w tym s.i.w.z.) w dniu 31.08.2019 r., początkowo ustalił termin składania ofert na dzień 13.09.2019 r., godz. 12:00. Na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest udzielić wyjaśnień na pytania zainteresowanych podmiotów nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert (liczonych w niniejszym wypadku od dnia 13.09.2019 r.). Do dnia złożenia odwołania zamawiający nie opublikował odpowiedzi na wszystkie zadane pytania zainteresowanych podmiotów. Okoliczność ta zarówno stanowi rażące naruszenie wskazanych przepisów prawnych, jak i uniemożliwia oszacowanie ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz rzetelne przygotowanie oferty.

Zarzut numer 4 oraz wniosek 3.1.: Zamawiający przewiduje podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania dot. likwidacji/upadłości, która nie wynika z przepisów - vide ust. 6.2. lit. a i b s.i.w.z. W rezultacie, zamawiający nie jest uprawniony do takiego ukształtowania wskazanych treści dokumentacji postępowania. Co więcej, ewentualne wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie prawnej, która nie jest przewidywana przez przepisy powszechnie obowiązujące, również musiałoby zostać uznane, jako niedopuszczalne.

Zarzut numer 5 oraz wniosek 3.2.: Zamawiający w ramach ust. 10.10. s.i.w.z. żąda przedłożenia przez wykonawców potwierdzenia przelewu kwoty wadium. Przepisy zarówno ustawy Pzp, jak i rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów nie przewidują możliwości żądania tego rodzaju oświadczenia przez zamawiającego. W rezultacie, zamawiający nie jest uprawniony do żądania jego złożenia przez wykonawcę. Ewentualne wyciąganie przez zamawiającego negatywnych skutków prawnych wobec wykonawcy (ze względu na niezłożenie ww. oświadczenia) powinno być zatem kwalifikowane jako niezgodne z prawem.

Zarzut numer 6 oraz wniosek 3.3.: Zamawiający w sposób nieuprawniony wymaga od wykonawców doręczenia do zamawiającego oryginałów dokumentów wadialnych (ust. 10.11 s.i.w.z.) oraz oryginału zabezpieczenia (ust. 15.4 s.i.w.z.). Brak jest możliwości „fizycznego” złożenia tego rodzaju dokumentów w formie papierowej podczas, gdy postępowanie toczy się w oparciu o przepisy dot. elektronizacji zamówień publicznych. Co więcej, w zakresie ust. 15.4. s.i.w.z. brak jest jasności, o jaką „formę oryginału” chodzi - tj. zwykłą pisemną / akt notarialny (brak występowania w obrocie czynności prawnej w formie „oryginału”).

Zarzut numer 7 oraz wniosek 3.4.: Brak jest jasności, co do sformułowania „najkrótszej dopuszczalnej trasy” w ramach ust. 14.5. s.i.w.z. Zamawiający nie wyjaśnił przyczyn zastosowania aplikacji „Google Maps” przy dokonywaniu weryfikacji spełnienia kryterium. Aplikacja ta nie przesądza o tym, czy dana trasa jest „dopuszczalna” wedle określonych

norm - w szczególności prawnych. Taki kształt postanowienia umożliwia zamawiającemu całkowicie dowolną ocenę złożonych ofert.

Zarzut numer 8 oraz wniosek 3.5.: Zamawiający wymaga posiadania równej wysokości ubezpieczenia OC na każdy z sektorów. Należy wyjaśnić, że na każdym z sektorów występują odmienne warunki rynkowe (m. in. co do ilości zbieranych odpadów) oraz wiążące się z tym ryzyka gospodarcze. Brak jest więc konieczności, by ww. wysokość ubezpieczenia OC była równa na każdym z sektorów. Należy przy tym zauważyć, że ubezpieczenie OC w wysokości 500.000,00 PLN powinno stanowić maksymalny pułap odniesienia przy kształtowaniu obniżonych wartości ubezpieczenia OC dla pozostałych sektorów.

Zarzut numer 9 oraz wniosek 3.6.: Zamawiający nie sprecyzował, do jakich konkretnie odpadów odnosi się przedmiot niniejszego zamówienia. Brak jest więc możliwości ustalenia przez wykonawców ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji rzetelnego przygotowania oferty. W szczególności na wykonawcę zostaje przerzucone ryzyko przyjęcia wskazanych w rzeczonyj tabeli odpadów lub ich ewentualnej odmiennej klasyfikacji przez instalację komunalną (w szczególności prowadzoną przez EKO DOLINA sp. z o.o.).

Zarzut numer 10 oraz wniosek 3.7.: Zgodnie z art. 6j ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rada gminy może uchwalić jedną stawkę za gospodarowanie odpadami komunalnymi od gospodarstwa domowego. W Uchwale nr V/60/15 Rady Miasta Gdynia z dnia 29 stycznia 2015 r. (ze zm.) uzależnia się wysokość stawki opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi od powierzchni lokalu mieszkalnego. W ust. 2 pkt 4 SOPZ zamawiający wskazuje, że nie dysponuje informacjami na temat liczby: gospodarstw domowych faktycznie zajmujących nieruchomości, oraz mieszkańców zamieszkujących daną nieruchomość. Zamawiający prezentuje wyłącznie informacje dot. liczby mieszkańców, liczby nieruchomości do/powyżej 4 lokali, liczby gospodarstw domowych w zabudowie do/powyżej 4 lokali - m. in. w ramach załącznika nr 5.I.A do s.i.w.z. W rezultacie, zaprezentowane przez zamawiającego informacje są niewystarczające dla możliwości rzetelnej kalkulacji ceny zawartej o ofercie. Brakuje bowiem tak kluczowych informacji, jak: ile w poszczególnych sektorach jest/było gospodarstw domowych o wskazanych w ww. Uchwale powierzchniach oraz jaka jest/była ilość mieszkańców zamieszkujących faktycznie poszczególną kategorię tych gospodarstw domowych. Ogólne podanie liczby mieszkańców nie jest tożsame z tym, ilu mieszkańców faktycznie zamieszkuje określony rodzaj gospodarstwa domowego. Istnieje bowiem możliwość faktycznego zamieszkiwania w gospodarstwie domowym znacznie większej ilości osób, niż faktycznie zameldowana - co wpłynie będzie na drastyczne zwiększenie ilości odpadów. Koszty tego rodzaju nadwyżki będą obciążać wykonawcę. Z uwagi na fakt, iż w rezultacie brak jest możliwości obliczenia przez wykonawcę tego rodzaju kosztów, ryzyko ich poniesienia zostało całkowicie przerzucone przez

zamawiającego na wykonawcę. Nawet przy założeniu rachunku prawdopodobieństwa brak jest możliwości profesjonalnego oszacowania ryzyka oraz wiążącej się z tym ceny oferty. Tego rodzaju postanowienia dokumentacji postępowania stanowią przykład rażąco negatywnych praktyk zamawiających, *de facto* narzucających na wykonawców obowiązek podejmowania ryzyka, którego nie da się oszacować. Co więcej, dokumentacja postępowania nie przewiduje możliwości zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w razie zaistnienia tego rodzaju dodatkowych kosztów po stronie wykonawcy.

Zarzut numer 11 oraz wniosek 3.8.: Brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, jaką treść będą mieć nowe przepisy uchwały w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni. Niewykluczone, że będą one odmienne, niż zakładany przez zamawiającego projekt. W rezultacie, zamawiający w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę ryzyko powstania ewentualnych kosztów będących wynikiem zmiany prawa miejscowego w ww. zakresie.

Zarzut numer 12 oraz wniosek 3.9.: Zgodnie z §21 ust. 3 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych oraz innych pracach związanych z wysiłkiem fizycznym niedopuszczalne jest ręczne przemieszczanie ładunków na wózkach po terenie o nachyleniu większym niż 8% oraz na odległość większą niż 200 m. Zamawiający wymaga, by wykonawca przemieszczał do pojazdu pojemniki w celu odbioru odpadów również z miejsc, do których nie ma bezpośredniego dojazdu. Na obszarze realizacji zamówienia publicznego występuje ogromna ilość miejsc, z których odbiór odpadów musiałby wiązać się z ręcznym przemieszczaniem pojemników po podjazdach nieprzystosowanych do ruchu pieszego, w tym o pochyleniu wynoszącym powyżej 8% oraz odległości do pojazdu większej, niż 200 m. W rezultacie, wykonawca: realizując odbiór odpadów w ww. sposób (przy pochyleniu wynoszącym powyżej 8% oraz odległości do pojazdu większej, niż 200 m) z jednej strony naruszałby ww. przepisy BHP, narażając swoich pracowników na utratę życia lub zdrowia, natomiast z drugiej strony nie realizując odbioru odpadów w rzeczonych warunkach, zostałby zmuszony do zapłaty na rzecz zamawiającego szeregu kar umownych (m. in. z §9 ust. 3 pkt 2, 3, 5, 6, 8, 18, 29, 30 i innych).

Zarzut numer 13 oraz wniosek 3.10.: Zamawiający wymaga, by wskazana przez zamawiającego część pojemników (usytuowanych w miejscu zadaszonym) po wykonanym odbiorze odpadów posiadała otwarte pokrywy. Należy zauważyć, iż zagadnienie pozostawiania przez wykonawcę otwartych pojemników w praktyce kształtuje liczne wątpliwości oraz dezaprobatę mieszkańców - co w negatywny sposób wpływa m. in. na renomę wykonawcy.

Zarzut numer 14 oraz wniosek 3.11.: Zamawiający wymaga, by wykonawca zbierał odpady nie tylko z miejsc ich gromadzenia, lecz również wówczas, gdy: zalegają luzem lub

są ustawione obok pojemników, odpady zostały wysypane, ulokowane są w bezpośrednim sąsiedztwie miejsc gromadzenia odpadów.

Powyższe sformułowanie jest nieprecyzyjne oraz powodować będzie powstawanie licznych wątpliwości w toku realizacji przedmiotu zamówienia - w szczególności odnośnie tego, jaka odległość usytuowania odpadu od miejsca gromadzenia odpadów na nieruchomości będzie uznawana przez zamawiającego, jako relewantna dla powstania obowiązku wykonawcy jego zebrania? Jest to zagadnienie na tyle ocenne, że jego kwalifikacja może się diametralnie różnić w zależności od tego, czy jest dokonywana przez zamawiającego albo wykonawcę. Ponadto zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek poszukiwania własnym staraniem odpadów znajdujących się na nieruchomości. Sprzeczność postanowień dotyczy tego, że z jednej strony należy odbierać odpady znajdujące się bezpośrednio przy miejscu gromadzenia odpadów, a z drugiej strony wykonawca powinien ich poszukiwać na nieruchomości. W przypadku ich poszukiwania istnieją takie ryzyka, jak m. in.: zagrożenie życia/ zdrowia pracowników wykonawcy wynikające z potencjalnego ataku zwierząt przebywających na nieruchomości (np. psów), obarczanie pracowników wykonawcy odpowiedzialnością za utratę (zgubienie) przez właścicieli nieruchomości rzeczy znajdujących się na nieruchomości (np. bezpodstawne posądzenia o kradzież mienia), nieprawidłowa klasyfikacja rzeczy znajdującej się na nieruchomości jako odpadu - tj. nałożenie na wykonawcę obowiązku klasyfikacji faktycznie każdej rzeczy ruchomej znajdującej się na nieruchomości jako potencjalnego odpadu.

Od rodzaju oceny tego, czy dana rzecz powinna być odebrana z nieruchomości (jako odpad) zależeć będzie w szczególności to, ile odpadów zostanie odebranych przez wykonawcę w danym przypadku. Ma to bezpośredni wpływ na koszt realizacji usługi przez wykonawcę. Koszt ten będzie również nieproporcjonalnie zwiększony z uwagi na czasochłonność poszukiwania odpadów na nieruchomości. Rzeczone postanowienia obarczają więc wykonawcę ryzykiem: nieprawidłowego umieszczenia przez mieszkańców odpadów na nieruchomości, tj. poza miejscem ich gromadzenia, zaistnienia dodatkowych, nieprzewidywalnych kosztów realizacji usługi.

W rezultacie, wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia odpowiedzialności za okoliczności nie tylko całkowicie od niego niezależne, lecz również nieprzewidywalne. Wpływa to na brak możliwości prawidłowej kalkulacji ryzyk i ceny oferty. Wykonawca nie powinien być odpowiedzialny za zbieranie odpadów z miejsc znajdujących się poza miejscem do ich gromadzenia. Co więcej, za niezrealizowanie rzeczonych obowiązków wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kar umownych - które w oparciu o powyższe będą faktycznie mogły być nakładane w sposób całkowicie dobrowolny przez zamawiającego.

Zarzut numer 15 oraz wniosek 3.12.: Zamawiający wymaga, by wykonawca podejmował próbę kontaktu z właścicielem nieruchomości w razie braku istnienia dostępu do miejsca gromadzenia odpadów. Postanowienie wprowadza całkowitą niejasność w szczególności w zakresie tego, jak długo pracownicy wykonawcy mają oczekiwać na reakcję właściciela nieruchomości. W praktyce zdarza się bowiem, że pomimo braku odpowiedzi przez właścicieli nieruchomości (pomimo dłuższego oczekiwania pracowników wykonawcy), następnie właściciele nieruchomości zgłaszają przypadki nieodebrania odpadów jako wynikłe z winy wykonawcy. Co więcej, obowiązek próby kontaktu z właścicielami może być również negatywnie odebrany wówczas, gdy odbiór jest dokonywany we wczesnych godzinach porannych - gdy właściciele nieruchomości w znacznej ilości przypadków nadal śpią. Okoliczności tego typu nie tylko negatywnie wpływają na reputację wykonawcy, lecz również narażają na nakładanie na wykonawcę w sposób dowolny kar umownych (m. in. z §9 ust. 3 pkt 5, 6, 18, 19, 28, 29, itp. projektu umowy). Ich nałożenie jest bowiem uzależnione od dobrowolnej oceny zamawiającego co do tego, czy czas oczekiwania pracowników wykonawcy był „wystarczający”. Rzeczone okoliczności wpływają na brak możliwości prawidłowej kalkulacji ryzyka i ceny oferty.

Zarzut numer 16 oraz wniosek 3.13.: Zamawiający wymaga, by odbiór mebli i innych odpadów wielkogabarytowych nie był realizowany w soboty przed godziną 8:00 oraz po godzinie 17:00. Co więcej, w razie niezachowania rzeczonych wymogów, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej. Należy podkreślić, że PSZOK prowadzony przez Eko Dolina sp. z o.o., w soboty jest czynny w godzinach od godziny 8:00 do 15:00. Oznacza to, że wykonawca zbierający w sobotę ww. odpady od godziny 15:00 do 17:00 zostanie faktycznie pozbawiony możliwości ich dostarczenia do PSZOK. W rezultacie, zaistnieje konieczność ich zbierania na terenie bazy wykonawcy. Rezultatem może być nie tylko pożar odpadów na terenie bazy wykonawcy (z uwagi na ich łatwopalność), lecz również utrata przez wykonawcę uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej. Co więcej, w razie zaistnienia tego rodzaju okoliczności, wykonawca będzie zmuszony do zapłaty rażąco wysokich kar umownych.

Zarzut numer 17 oraz wniosek 3.14.: Zamawiający wymaga, by wykonawca w razie dokonywania odbioru mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, dokonywał równocześnie odbioru wszystkich innych (pozostałych) odpadów - bez względu na ich rodzaj i ilość. Rzeczone postanowienia obligują więc wykonawcę do odbioru np. odpadów niebezpiecznych - które nie są przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego.

Zarzut numer 18 oraz wniosek 3.15.: Zamawiający wymaga od wykonawcy, by w każdym przypadku odbioru odpadów weryfikował zawartość pojemników/worków pod kątem tego, czy są one właściwie posegregowane. Co więcej, w przypadku stwierdzenia, że właściciel nieruchomości nie dokonał segregacji w prawidłowy sposób, zamawiający przerzuca

(z właścicieli nieruchomości) na wykonawcę obowiązek dokonania ich prawidłowej segregacji w miejscu ich odbioru. Postanowienia te stanowią rażące naruszenie w szczególności następujących przepisów: art. 9f w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 1 oraz art. 6 ust. 4 w zw. z art. 6 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowiących, iż to na właścicielach nieruchomości (a nie na wykonawcy odbierającym odpady) spoczywa obowiązek dokonywania selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Co więcej, w razie niezrealizowania tego obowiązku, właściciele nieruchomości zobowiązani są do ponoszenia wyższych opłat z tytułu odbioru odpadów komunalnych, art. 207 §1 i §2 pkt 1 i 2 ustawy Kodeks pracy oraz §39 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26.09.1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (t.j. Dz. U. z 2003 r., nr 169 poz. 1650 ze zm.) - stanowiących m. in., że na wykonawcy (jako pracodawcy) spoczywa obowiązek organizacji pracy w taki sposób, który w sposób maksymalny ogranicza jakiegokolwiek zagrożenia dla zdrowia lub życia pracowników. Natomiast ww. postanowienia dokumentacji postępowania narzucają konieczność przeglądania odpadów (sprawdzania zawartości worków, pojemników), dokonywania ich selekcji - co wiąże się z ogromnym zagrożeniem dla życia lub zdrowia ludzkiego. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy w workach/ pojemnikach znajdują się odpady medyczne, niebezpieczne. Wykonawca nie ma wpływu na to, jaka jest zawartość worków/ pojemników na odpady. Co więcej, w razie niezrealizowania przez wykonawcę obowiązków wynikających z rzeczonych postanowień dokumentacji postępowania, wykonawca będzie zmuszony do zapłaty rażąco wysokich kar umownych.

Zarzut numer 19 oraz wnioski 3.16.: W ramach ust. 3.3.1. pkt 5 SOPZ\_ zamawiający wymaga, by wyposażanie nieruchomości w pojemniki odbywało się w porozumieniu z właścicielem nieruchomości. W rezultacie, z jednej strony zamawiający uzależnia ilość oraz rodzaj pojemników znajdujących się na nieruchomości od decyzji właścicieli nieruchomości, a z drugiej nakłada na wykonawcę kary umowne za nieprawidłową optymalizację ich ilości i pojemności. Postanowienia nakładają więc na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, na których zaistnienie wykonawca nie ma wpływu. Powyższe stanowi rażące naruszenie w szczególności art. 4 ust. 2 pkt 2 lit. a i b w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którymi to na zamawiającym spoczywa obowiązek ustanowienia zasad dot. ustalania m. in. ilości, pojemności oraz rodzaju pojemników znajdujących się na nieruchomościach. Wdrożenie tych zasad spoczywa natomiast na właścicielach nieruchomości, a nie na wykonawcy. Co więcej, niejasne jest to, w jaki sposób wykonawca miałby weryfikować to, czy osoba przebywająca na nieruchomości jest jej właścicielem. W tym zakresie istnieje ryzyko przekazania pracownikom wykonawcy informacji o pojemnikach np. przez osobę trzecią. Brak jest podstawy prawnej dla możliwości legitymowania przez pracowników wykonawcy osób

znajdujących się na nieruchomości pod kątem tego, czy są jej właścicielami. Zamawiający nie zamieścił w dokumentacji postępowania wykazu właścicieli poszczególnych nieruchomości, z których mają być odbierane odpady komunalne. Przedmiotowe postanowienia dokumentacji postępowania uniemożliwiają również oszacowanie ceny oferty.

Zarzut numer 20 oraz wniosek 3.17.: W szczególności w ramach ust. 3.3.1. pkt 9, 12 SOPZ, zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek korzystania z pojemników, które zostały udostępnione przez właścicieli nieruchomości. Postanowienie to w sposób całkowicie nieuzasadniony oraz nieuprawniony obliguje wykonawcę do korzystania z pojemników, których właściwości mogą nie spełniać podstawowych norm jakościowych. Profesjonalni przedsiębiorcy korzystają bowiem z renomowanych pojemników spełniających co najmniej normę EN840. W rezultacie, korzystanie przez pracowników wykonawcy z pojemników niespełniających tego typu wymagań narażać będzie zasady BHP, a niektórych przypadkach również zdrowie. Należy zauważyć, że wszelkie odstępstwa w zakresie realizacji ww. obowiązków mogą stanowić podstawę do nakładania na wykonawcę kar umownych (tj. w okolicznościach, za których powstanie wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu). Ponadto niejasnym jest to, czy w razie uszkodzenia tego typu pojemnika (wynikającego również z jego naturalnego zużycia) wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia kosztów zakupu nowego pojemnika.

Zarzut numer 21 oraz wniosek 3.18.: Zamawiający m. in. w ust. 3.3.1. pkt 14 lit. c SOPZ wymaga, by pojemniki utrzymywane były w należyтым stanie sanitarnym. Precyzuje, że w razie, gdy mycie „nie przynosi pożądanego efektu”, wówczas wykonawca zobowiązany jest do wymiany pojemnika na czysty. Postanowienie wdraża nieprecyzyjny zakres obowiązku, ponieważ zagadnienie zaistnienia właściwego poziomu czystości pojemnika jest kwestią ocenną, indywidualną. W rezultacie zamawiający dopuszcza możliwość nałożenia kary umownej na wykonawcę w zależności od dowolnej oceny zamawiającego, co do tego, czy stan czystości pojemnika został osiągnięty. Co więcej, od tego rodzaju oceny zależeć będzie również to, czy na wykonawca spoczywa obowiązek wymiany pojemnika na nowy. Okoliczności te wpływają na brak możliwości oszacowania ryzyka wykonawcy oraz rzetelnej wyceny oferty.

Zarzut numer 22 oraz wniosek 3.19.: Zamawiający m. in. w ramach ust. 3.4. pkt 2 SOPZ wymaga określonych wymiarów worków na odpady stanowiące części roślin pochodzące ze wskazanych w postanowieniu lokalizacji. Postanowienie to nakłada na wykonawcę zbyt daleko idące obowiązki przejawiające się w tym, że przemieszczanie worków o tak dużych rozmiarach (a więc również i wadze) stanowić będzie zagrożenie dla zdrowia i życia pracowników wykonawcy. W rezultacie, obowiązek ten jest niezgodny z zasadami BHP. Standardowo na rynku występują worki o pojemności około 60 litrów, przez co transport

odpadów stanowiących części roślin z miejsc ich gromadzenia do pojazdów jest znacznie uproszczony.

Zarzut numer 23 oraz wniosek 3.20.: Zamawiający w ramach ust. 3.7.1. pkt 2 lit. g SOPZ, Tabela 11 SOPZ. Dane które musi rejestrować system do monitoringu pracy pojazdów wymaga, by: wykonawca przechowywał dokumentacją zdjęciową przez okres co najmniej 60 dni od dnia jej utworzenia, oraz robienia fotografii z częstotliwością co 1 sekundę. Rzeczone wymagania generują ogromne ilości danych, których rzetelne zebranie nakłada na wykonawcę obowiązek zapewnienia znacznie rozszerzonej powierzchni magazynu danych. Obowiązek ten zarówno jest nieproporcjonalny oraz niecelowy dla możliwości weryfikacji prawidłowości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, jak i wiąże się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę dodatkowych, nieuzasadnionych kosztów (wpływających na zwiększenie ceny oferty).

Zarzut numer 24 oraz wniosek 3.21.: Zamawiający w ramach ust. 3.3.1. pkt 1 SOPZ, Tabela 1 SOPZ. Rodzaj odpadów stanowiących przedmiot zamówienia objął przedmiotem zamówienia również odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone. Jednocześnie nakłada na wykonawcę obowiązek wyposażania nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia w pojemniki o określonych właściwościach - w szczególności na poziomie równym bądź większym, niż wynikającym z Regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminach. Jednakże z Uchwały nr X/182/15 Rady Miasta Gdyni z dnia 24.06.2015 r. (ze zm.) w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni nie wynika w szczególności: do jakiego rodzaju pojemnika powinny trafiać odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone, oraz jaka ilość tego rodzaju pojemników powinna zostać przeznaczona na nieruchomości objęte przedmiotem niniejszego zamówienia.

Brak powyższych danych zarówno uniemożliwia profesjonalne oszacowanie ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i przerzuca na wykonawcę ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów wynikających z nieprawidłowego określenia ilości/rodzaju pojemników.

Zarzut numer 25 oraz wniosek 3.22.: Zamawiający w szczególności w ramach ust. 3.4. pkt 3 lit. a SOPZ wymaga od wykonawcy, by pozostawiał puste worki w miejscu widocznym, zabezpieczonym przed rozwiewaniem oraz dostępem zwierząt. Postanowienie to przerzuca na wykonawcę ryzyko utraty przez właściciela nieruchomości worków, tj. obarcza wykonawcę odpowiedzialnością za wystąpienie okoliczności całkowicie niezależnych od wykonawcy. Co więcej, nakłada na wykonawcę obowiązek zapłaty kar umownych w razie ich wystąpienia. Niejasne jest ponadto to, jak wykonawca powinien się zachować w przypadku, gdy na nieruchomości brak jest miejsca pozwalającego na umieszczenie worków w sposób wskazany w przedmiotowym postanowieniu. Ewentualne wejście pracowników wykonawcy na teren nieruchomości (poza miejsce gromadzenia odpadów) celem poszukiwania miejsca



zabezpieczonego przed rozwianiem i dostępem zwierząt może być uznane za naruszenie prawa.

Zarzut numer 26 oraz wniosek 3.23.: Zamawiający w szczególności w ramach ust. 3.6 pkt 2 lit. d, ust. 3.7.1, 3.7.3 SOPZ nakłada na wykonawcę obowiązek cyfrowej rejestracji obrazu w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. Obowiązek ten zarówno jest nieproporcjonalny oraz niecelowy dla możliwości weryfikacji prawidłowości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, jak i wiąże się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę dodatkowych, nieuzasadnionych kosztów (wpływających na zwiększenie ceny oferty). Co więcej, w razie niezrealizowania rzeczonoego obowiązku, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty rażąco wysokich kar umownych.

Zarzut numer 27 oraz wniosek 3.24.: Udostępniona przez zamawiającego dokumentacja w znacznej ilości punktów została przekreślona (m. in. w ramach ust. 3.3.2., 3.2.2. SOPZ). Okoliczność ta powoduje liczne wątpliwości m.in. co do tego, czy przekreślone treści są treściami obowiązującymi wykonawców.

Zarzut numer 28 oraz wniosek 3.25.: §12 ust. 3 pkt 1 projektu umowy wprowadza niepewność wykonawcy, co do tego, czy zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie dokonywana w razie zmiany stawek opłat za przyjęcie: odpadów do każdej instalacji, oraz każdego rodzaju odpadu. W rezultacie, brak tego rodzaju informacji powoduje, że wykonawcy pozbawieni są możliwości rzetelnego oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego. Co więcej, taki kształt postanowienia uniemożliwia złożenie oferty opartej na rzetelnie przeprowadzonych kalkulacjach ryzyka.

Zarzut numer 29 oraz wniosek 3.26.: Zamawiający wskazuje w ramach §12 ust. 2 i 3 projektu umowy, że zaistnienie okoliczności dających podstawą dla waloryzacji wynagrodzenia nie nakłada na zamawiającego obowiązku dokonania waloryzacji. Zasadne jest podkreślenie, iż wykluczenie obowiązku waloryzacji stanowi przejaw całkowitego przerzucenia na wykonawcę ryzyka ponoszenia odpowiedzialności za okoliczności, za których zaistnienie nie ma jakiegokolwiek wpływu (oraz uniemożliwia przeprowadzenie prawidłowej kalkulacji ceny oferty). To na wykonawcy będzie bowiem ciążył obowiązek poniesienia zwiększonych kosztów realizacji usługi, co w znacznej ilości przypadków może doprowadzić nie tylko do eliminacji przedsiębiorcy z rynku, na którym prowadzi działalność gospodarczą, lecz również wystąpienia braku podmiotu świadczącego usługi, które są przedmiotem niniejszego zamówienia. Należy zauważyć, że zaistnienie tego rodzaju sytuacji może doprowadzić do braku możliwości wywiązywania się przez gminę z zadań określonych w szczególności w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a w konsekwencji do narażenia zdrowia i życia mieszkańców.

Zarzut numer 30 oraz wniosek 3.27.: Zamawiający ustanawia w ramach §8 ust. 11 projektu umowy progi procentowe, po osiągnięciu których możliwa jest zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Postanowienie to stanowi rażące naruszenie w szczególności art. 142 ust. 5 pkt 1-4 ustawy Pzp, które nie przewidują tego rodzaju dodatkowych warunków zastosowalności rzeczowej waloryzacji. W rezultacie, zamawiający ogranicza możliwość zastosowania waloryzacji w zakresie, w jakim jej zastosowanie jest obowiązkowe w razie zaistnienia przewidzianych przepisami okoliczności.

Zarzut numer 31 oraz wniosek 3.28.: Postanowienie §12 ust. 4 projektu umowy przewiduje, jako maksymalną kwotę zwiększonego wynagrodzenia udokumentowany wzrost kosztu świadczenia usługi. *A contrario* nie przewiduje jednak pułapu maksymalnego obniżenia wynagrodzenia w razie zajścia określonych okoliczności. Brak jest więc jednoznacznego stwierdzenia, że obniżenie wynagrodzenia nie może przewyższać udokumentowanego obniżenia kosztu świadczenia usługi. Aktualny kształt postanowienia stanowi w szczególności nadużycie pozycji zamawiającego przy jednoczesnej deprecjacji pozycji wykonawcy, jako partnera gospodarczego zamawiającego.

Zarzut numer 32 oraz wniosek 3.29.: Zgodnie z §8 ust. 10 projektu umowy, wynagrodzenie podlega waloryzacji w razie m. in. zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę/zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym. Natomiast w §12 ust. 7 projektu umowy stwierdza się w sposób odmienny, że zmiana przepisów powszechnie obowiązujących nie jest podstawą do dostosowania wynagrodzenia. Postanowienia te są więc sprzeczne zarówno ze sobą wzajemnie, jak i z przepisami powszechnie obowiązującymi.

Zarzut numer 33 oraz wniosek 3.30.: §11 ust. 4 projektu umowy wskazuje, że odstąpienie od umowy wywołuje skutek *ex nunc*. Postanowienie znajduje się bezpośrednio po innych postanowieniach przewidujących prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy. Z uwagi na umiejscowienie prawa wykonawcy do odstąpienia od umowy po ww. postanowieniu (tj. w ramach §11 ust. 5 projektu umowy), wątpliwym jest, czy ewentualne odstąpienie od umowy przez wykonawcę również będzie odnosić skutek *ex nunc*. W rezultacie, wykonawca zostaje pozbawiony faktycznej możliwości odstąpienia od umowy, a wprowadzone postanowieniem uprawnienie wykonawcy może być kwalifikowane, jako niezastosowalne z uwagi na ryzyko wystąpienia skutków *ex tunc*.

Zarzut numer 34 oraz wniosek 3.31.: We wzorze umowy (załącznik do s.i.w.z.) w § 6 ust. 1 i 2 wykonawca zostaje zobowiązany do osiągnięcia na obszarze sektora/sektorów objętych przedmiotem zamówienia określonych w ust. 3.8 pkt 2 SOPZ poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło. Wyliczenia osiągniętych poziomów dokonuje się na zasadach określonych w SOPZ. Osiągnięcie poziomów, o których mowa w ust. 1

w odniesieniu do każdej z wskazanych tam frakcji odpadów wymagane jest w każdym roku obowiązywania umowy. Z powyższym zostaje powiązana kara umowna (§ 9 ust. 1 i 2 wzoru umowy) wykonawca zobowiązany jest do zapłaty na rzecz zamawiającego kary umownej w przypadku nieosiągnięcia wymaganych zgodnie z §6 Umowy poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, dla każdego sektora w wysokości obliczonej na zasadach określonych w art. 9z ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z uwzględnieniem pkt 3.8 ppkt 3 SOPZ. Obowiązek zapłaty kary, o której mowa w ust. 1, powstaje w przypadku nałożenia przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Gdańsku na zamawiającego kary z tytułu nieosiągnięcia przez Gminę Miasta Gdyni wymaganych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych. Powyższe zasady bezpośrednio wskazują, iż zamawiający (gmina) w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za realizację obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku, tj. obowiązku, który został nałożony na gminę ustawo oraz został powiązany system kar nakładanych na gminę, w przypadku braku realizacji tego obowiązku. Co do zasady celem zamówień publicznych nie jest przenoszenie przez zamawiających (będących jednostkami sektora finansów publicznych) na wykonawców swoich obowiązków ustawowych, w tym ryzyk z nimi związanych. W szczególności, iż obowiązek osiągnięcia określonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odnosi się, jak również jest obliczany do całej masy odpadów, które pozostają w dyspozycji gminy - wobec powyższego jest to dużo większy zakres niż odbiór odpadów komunalnych objętych przedmiotem niniejszego zamówienia. Wobec powyższego działanie zamawiającego - polegające na przenoszeniu swojego obowiązku ustawowego na wykonawcę - w połączeniu z możliwością nałożenia na wykonawcę z tego tytułu kar umownych- pozostaje w sprzeczności z zasady współżycia społecznego. Tym bardziej, iż sposób sformułowania sposobu wyliczenia kary umownej w tym zakresie nie został przez wykonawcę powiązany z danym sektorem, a jest jednoznacznym odesłaniem do sposobu wyliczenia poziomów i kar umownych dla gmin („na zasadach określonych w art. 9z ust 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z uwzględnieniem ust. 3.8 pkt 3) SOPZ”). Tym samym wykonawca, który realizuje zamówienie tylko w sektorze objętym zamówieniem - w przypadku nieosiągnięcia poziomów przez zamawiającego na terenie całej gminy, co również pozostaje poza wpływem wykonawcy - może zostać obciążony karą umowną obliczoną na zasadach odnoszących się do obowiązku i braku ich realizacji przez gminy (§ 9 ust. 1 i 2 wzoru umowy). W rezultacie, wykonawca zostaje zobowiązany przez zamawiającego do ponoszenia odpowiedzialności za okoliczności, za których zaistnienie nie ma wpływu, tj. ilości odpadów poddane selektywnej zbiórce na terenie całej gminy. Co więcej, dla umożliwienia osiągnięcia poziomów recyklingu na wykonawcę został nałożony

obowiązek zachęcania właścicieli nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia do selektywnego zbierania odpadów. Postanowienia te stanowią rażące naruszenie w szczególności następujących przepisów: art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, §3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14.12.2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, które bezpośrednio wskazują gminę, jako podmiot odpowiedzialny za osiągnięcie poziomów recyklingu, art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowiących, iż realizacja zadań dot. utrzymania czystości i porządku w gminach (a więc również w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu) spoczywa na gminie, art. 9f w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 1 oraz art. 6 ust. 4 w zw. z art. 6 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowiących, iż to na właścicielach nieruchomości (a nie na wykonawcy odbierającym odpady) spoczywa obowiązek dokonywania selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Co więcej, w razie niezrealizowania tego obowiązku, właściciele nieruchomości zobowiązani są do ponoszenia wyższych opłat z tytułu odbioru odpadów komunalnych.

Zarzut numer 35 oraz wniosek 3.32.: Zamawiający w §9 projektu umowy, poprzez kazuistyczne i często niejednoznaczne zapisy, znacznie rozszerza odpowiedzialność wykonawcy w stosunku do wynikającej z kodeksu cywilnego. Przyjmuje bowiem w zasadzie nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy za wykonanie wszelkich czynności (także tych, których wykonanie zależy od woli właściciela nieruchomości) w całkowitym oderwaniu od podstawowej zasady odpowiedzialności kontraktowej - zasady winy. Powoduje to przeniesienie na wykonawcę pełnej odpowiedzialności nie tylko za odbieranie odpadów, ale za całe utrzymanie czystości i porządku w gminie, co - zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - stanowi obowiązek zamawiającego. Powołana ustawa nie pozwala na przekazanie przez zamawiającego tego obowiązku w zamian za wynagrodzenie przedsiębiorcom, ale jedynie pozwala na powierzenie części czynności - w tym odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, przy jednoczesnym obowiązku zamawiającego „tworzenia warunków do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku w gminie”. Objęte zarzutami odwołania postanowienia §9 projektu umowy dotyczące kar umownych stanowią nieuzasadnione, nadmierne i zmierzające do wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawców, obciążenie finansowe. W szczególności, iż zamawiający nie przewidział górnego limitu nakładanych kar, co jest istotne, jeśli uwzględni się bardzo wysoką kwotowo wartość kar i ich ilość - zgodnie z § 9 projektu umowy. Jednocześnie zamawiający wprowadza kary umowne, którymi chce obciążać wykonawcę za niewykonanie lub nienależyte wykonanie postanowień umownych w warunkach całkowitego oderwania od zasady winy, przy braku zapewnienia możliwości

wpływu na właścicieli nieruchomości, od których powinno się wymagać współpracy z wykonawcą w zakresie niezbędnym dla prawidłowego wykonania zamówienia.

Dotyczy zarzutu z punktu a - §9 ust. 3 pkt 2-6 projektu umowy: Zgodnie z §9 ust. 3 pkt 2-6 projektu umowy „Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej: w wysokości 50 zł za każdy przypadek nieodstawienia pojemników do miejsc gromadzenia odpadów lub innych miejsc ich ustawienia po ich opróżnieniu, uwzględniającego ich ustawienie zgodnie z oznaczeniem znajdującym się w miejscu gromadzenia odpadów, o ile ono występuje; kara będzie naliczana, jako iloczyn kwoty 50 zł oraz liczby gospodarstw domowych na nieruchomości, na której nie odstawiono pojemników do miejsc gromadzenia odpadów lub innych miejsc ich ustawienia po ich opróżnieniu, w sposób zgodny z oznaczeniem znajdującym się w miejscu gromadzenia odpadów, o ile ono występuje, w wysokości 10 zł za każdy przypadek niezabezpieczania pojemników przed ich samodzielnym przemieszczaniem się po wykonanym odbiorze odpadów; kara będzie naliczana, jako iloczyn kwoty 10 zł oraz liczby gospodarstw domowych na nieruchomości, na której nie zabezpieczono pojemników przed ich samodzielnym przemieszczaniem się po wykonanym odbiorze odpadów, w wysokości 10 zł za każdy przypadek niezamknięcia furt, bram wjazdowych oraz miejsc gromadzenia odpadów na nieruchomości po wykonanym odbiorze odpadów; kara będzie naliczana, jako iloczyn kwoty 10 zł oraz liczby gospodarstw domowych na nieruchomości, na której nie zamknięto furt, bram wjazdowych oraz miejsc gromadzenia odpadów po wykonanym odbiorze odpadów, w wysokości 50 zł za każdy przypadek nieuprzątnięcia oraz niezabrania z miejsc gromadzenia lub wystawienia wszystkich odpadów umieszczonych w workach lub luzem obok pojemników, w tym worków, odpadów, które uległy wysypaniu oraz odpadów w bezpośrednim sąsiedztwie miejsc gromadzenia odpadów; kara będzie naliczana, jako iloczyn kwoty 50 zł oraz liczby gospodarstw domowych na nieruchomości, na której nie uprzątnięto oraz nie zabierano z miejsc gromadzenia lub wystawienia wszystkich odpadów umieszczonych w workach lub luzem obok pojemników, w tym worków, odpadów, które uległy wysypaniu oraz odpadów w bezpośrednim sąsiedztwie miejsc gromadzenia odpadów, w wysokości 50 zł za każdy przypadek nieopróżnienia pojemnika ustawionego w miejscach gromadzenia odpadów lub wystawionego przed nieruchomością; kara będzie naliczana jako iloczyn kwoty 50 zł oraz liczby gospodarstw domowych na nieruchomości, na której nie opróżniono pojemnika ustawionego w miejscach gromadzenia odpadów lub wystawionego przed nieruchomością. Powyżej sformułowane kary umowne świadczą o nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie wszelkich czynności (także tych, których wykonanie zależy od woli właściciela nieruchomości). Dodatkowo zamawiający w sposób faktyczny przerzuca na wykonawcę ciężar wykazania braku występowania podstaw do naliczania kar umownych za tego rodzaju naruszenia, w szczególności poprzez konieczność kosztownego

dokumentowania procesu odbierania odpadów, tj. videorejestratory, fotografowanie realizacji usług. Tym bardziej, iż naliczenie przedmiotowych kar umownych powiązane zostało z realizacją dodatkowych czynności, które mogą zostać utrudnione lub uniemożliwione przez samych mieszkańców - konieczność wchodzenia na posesję mieszkańców celem realizacji usługi oraz poszukiwania miejsca gromadzenia odpadów. Należy mieć na uwadze, iż może to wywołać sprzeciwy mieszkańców, co do „swobodnego” poruszania się pracowników wykonawcy po nieruchomości. Dodatkowe utrudnienie/ryzyko, za które zamawiający przewiduje możliwość nałożenia dodatkowych kar umownych, jest związane koniecznością uprzątnięcia przez wykonawcę wszystkich odpadów w sąsiedztwie miejsca gromadzenia odpadów, a takie działania związane z dodatkowym ryzykiem po stronie wykonawcy odnośnie ewentualnych wątpliwości, czy dana rzecz jest odpadem. Zamawiający wymaga bowiem, by wykonawca zbierał odpady nie tylko z miejsc ich gromadzenia, lecz również wówczas, gdy: zalegają luzem lub są ustawione obok pojemników, odpady zostały wysypane, ulokowane są w bezpośrednim sąsiedztwie miejsc gromadzenia odpadów.

Jak już zostało wspomniane, powyższe sformułowanie jest nieprecyzyjne oraz powodować będzie powstawanie licznych wątpliwości w toku realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności odnośnie tego, jaka odległość usytuowania odpadu od miejsca gromadzenia odpadów na nieruchomości będzie uznawana przez zamawiającego, jako relewantna dla powstania obowiązku wykonawcy jego zebrania. Jest to zagadnienie na tyle ocenne, że jego kwalifikacja może się diametralnie różnić w zależności od tego, czy jest dokonywana przez zamawiającego albo wykonawcę. Ponadto zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek poszukiwania własnym staraniem odpadów znajdujących się na nieruchomości. Sprzeczność postanowień dotyczy tego, że z jednej strony należy odbierać odpady znajdujące się bezpośrednio przy miejscu gromadzenia odpadów, a z drugiej strony wykonawca powinien ich poszukiwać na nieruchomości. W przypadku ich poszukiwania istnieją takie ryzyka, jak m.in.: zagrożenie życia/zdrowia pracowników wykonawcy wynikające z potencjalnego ataku zwierząt przebywających na nieruchomości (np. psów), obarczanie pracowników wykonawcy odpowiedzialnością za utratę (zgubienie) przez właścicieli nieruchomości rzeczy znajdujących się na nieruchomości (np. bezpodstawne posądzenia o kradzież mienia), nieprawidłowa klasyfikacja rzeczy znajdującej się na nieruchomości, jako odpadu, tj. nałożenie na wykonawcę obowiązku klasyfikacji faktycznie każdej rzeczy ruchomej znajdującej się na nieruchomości, jako potencjalnego odpadu.

Od rodzaju oceny tego, czy dana rzecz powinna być odebrana z nieruchomości (jako odpad) zależeć będzie w szczególności to, ile odpadów zostanie odebranych przez wykonawcę w danym przypadku. Ma to bezpośredni wpływ na koszt realizacji usługi przez wykonawcę. Koszt ten będzie również nieproporcjonalnie zwiększony z uwagi na czasochłonność poszukiwania odpadów na nieruchomości. Rzeczone postanowienia

obarczają więc wykonawcę ryzykiem: nieprawidłowego umieszczania przez mieszkańców odpadów na nieruchomości, tj. poza miejscem ich gromadzenia, zaistnienia dodatkowych, nieprzewidywalnych kosztów realizacji usługi.

W rezultacie, wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia odpowiedzialności za okoliczności nie tylko całkowicie od niego niezależne, lecz również nieprzewidywalne. Wpływa to na brak możliwości prawidłowej kalkulacji ryzyk i ceny oferty. Wykonawca nie powinien być odpowiedzialny za zbieranie odpadów z miejsc znajdujących się poza miejscem do ich gromadzenia. Co więcej, za niezrealizowanie rzeczonych obowiązków wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kar umownych, które w oparciu o powyższe będą faktycznie mogły być nakładane w sposób całkowicie dobrowolny przez zamawiającego.

Dotyczy zarzutu z punktu b - ust. 3.3.1. pkt 14 lit. c SOPZ, §9 ust. 3 pkt 8 projektu umowy: Zamawiający wymaga, by pojemniki utrzymywane były w należytym stanie sanitarnym. Precyzuje, że w razie, gdy mycie „nie przynosi pożądanego efektu”, wówczas wykonawca zobowiązany jest do wymiany pojemnika na czysty. Postanowienie wdraża nieprecyzyjny zakres obowiązku, ponieważ zagadnienie zaistnienia właściwego poziomu czystości pojemnika jest kwestią ocenną, indywidualną. W rezultacie zamawiający dopuszcza możliwość nałożenia kary umownej („w wysokości 50 zł za każdy dzień opóźnienia w umyciu pojemnika w stosunku do terminu określonego w harmonogramie mycia pojemników”) na wykonawcę w zależności od dowolnej oceny zamawiającego co do tego, czy stan czystości pojemnika został osiągnięty. Co więcej, od tego rodzaju oceny zależeć będzie również to, czy na wykonawca spoczywa obowiązek wymiany pojemnika na nowy. Okoliczności te wpływają na brak możliwości oszacowania ryzyk wykonawcy oraz rzetelnej wyceny oferty.

Dotyczy zarzutu z punktu c - ust. 3.4. pkt 3 lit. a SOPZ, §9 ust. 3 pkt 10, 11, 12 projektu umowy: Zamawiający wymaga od wykonawcy, by pozostawiał puste worki w miejscu widocznym, zabezpieczonym przed rozwiewaniem oraz dostępem zwierząt. Postanowienie to przerzuca na wykonawcę ryzyko utraty przez właściciela nieruchomości worków, tj. obarcza wykonawcę odpowiedzialnością za wystąpienie okoliczności całkowicie niezależnych od wykonawcy. Co więcej, nakłada na wykonawcę obowiązek zapłaty kar umownych w razie ich wystąpienia. Niejasne jest ponadto to, jak wykonawca powinien się zachować w przypadku, gdy na nieruchomości brak jest miejsca pozwalającego na umieszczenie worków w sposób wskazany w przedmiotowym postanowieniu. Ewentualne wejście pracowników wykonawcy na teren nieruchomości (poza miejsce gromadzenia odpadów) celem poszukiwania miejsca zabezpieczonego przed rozwianiem i dostępem zwierząt może być uznane za naruszenie prawa.

Dotyczy zarzutu z punktu d - §9 ust. 3 pkt 22 projektu umowy: Zamawiający przewiduje rażąco wygórowaną karą umowną za nieprawidłowe działanie oprogramowania do

monitoringu pracy wykonawcy lub innego sprzętu wykorzystywanego przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia. Kara umowna jest m. in. nakładana przez zamawiającego również wówczas, gdy problemy z działaniem rzeczonych urządzeń wynikają z okoliczności, za których powstanie odpowiedzialności nie ponosi wykonawcy (w tym jako podmiot, który nie ma na nie jakiegokolwiek wpływu). Stanowi to przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za których powstanie nie ponosi winy (m. in. z uwagi na wystąpienie problemów technicznych po stronie dostawcy oprogramowania).

Dotyczy zarzutu z punktu e - §9 ust. 3 pkt 27, 37 projektu umowy, pkt. 3.2.3. pkt 1 lit. b SOPZ: Zamawiający wymaga, by odbiór mebli i innych odpadów wielkogabarytowych nie był realizowany w soboty przed godziną 8:00 oraz po godzinie 17:00. Co więcej, w razie niezachowania rzeczonych wymogów, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej. PSZOK prowadzony przez Eko Dolina sp. z o.o., w soboty jest czynny w godzinach od godziny 8:00 do 15:00. Oznacza to, że wykonawca zbierający w sobotę ww. odpady od godziny 15:00 do 17:00 zostanie faktycznie pozbawiony możliwości ich dostarczenia do PSZOK. W rezultacie, zaistnieje konieczność ich zbierania na terenie bazy wykonawcy. Rezultatem może być nie tylko pożar odpadów na terenie bazy wykonawcy (z uwagi na ich łatwopalność), lecz również utrata przez wykonawcę uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej. Co więcej, w razie zaistnienia tego rodzaju okoliczności, wykonawca będzie zmuszony do zapłaty rażąco wysokich kar umownych.

Dotyczy zarzutu z punktu f - §9 ust. 3 pkt 30, 32 projektu umowy: Zamawiający wymaga, by wyposażanie nieruchomości w pojemniki odbywało się w porozumieniu z właścicielem nieruchomości. W rezultacie, z jednej strony zamawiający uzależnia ilość oraz rodzaj pojemników znajdujących się na nieruchomości od decyzji właścicieli nieruchomości, a z drugiej nakłada na wykonawcę kary umowne za nieprawidłową optymalizację ich ilości i pojemności. Postanowienia nakładają więc na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, na których zaistnienie wykonawca nie ma wpływu. Powyższe stanowi rażące naruszenie w szczególności art. 4 ust. 2 pkt 2 lit. a i b w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którymi to na zamawiającym spoczywa obowiązek ustanowienia zasad dot. ustalania m. in. ilości, pojemności oraz rodzaju pojemników znajdujących się na nieruchomościach. Wdrożenie tych zasad spoczywa natomiast na właścicielach nieruchomości, a nie na wykonawcy. Co więcej, niejasne jest to, w jaki sposób wykonawca miałby weryfikować to, czy osoba przebywająca na nieruchomości jest jej właścicielem. W tym zakresie istnieje ryzyko przekazania pracownikom wykonawcy informacji o pojemnikach np. przez osobę trzecią. Brak jest podstawy prawnej dla możliwości legitymowania przez pracowników wykonawcy osób znajdujących się na nieruchomości pod kątem tego, czy są jej właścicielami. Zamawiający nie zamieścił w dokumentacji postępowania wykazu właścicieli poszczególnych



nieruchomości, z których mają być odbierane odpady komunalne. Przedmiotowe postanowienia dokumentacji postępowania uniemożliwiają również oszacowanie ceny oferty. Wobec powyższego wnosimy o wykreślenie obowiązku wykonawcy ustalania z właścicielem nieruchomości zasad wyposażania jej w pojemniki oraz nałożenie tego rodzaju obowiązku konsultacji na zamawiającego - z jednoczesnym przekazaniem przez zamawiającego do wykonawców całościowej informacji o pojemnikach w sposób umożliwiający rzetelne ustalenie ceny oferty.

Dodatkowo zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek korzystania z pojemników, które zostały udostępnione przez właścicieli nieruchomości. Postanowienie to w sposób całkowicie nieuzasadniony oraz nieuprawniony obliuguje wykonawcę do korzystania z pojemników, których właściwości mogą nie spełniać podstawowych norm jakościowych. Profesjonalni przedsiębiorcy korzystają bowiem z renomowanych pojemników spełniających co najmniej normę EN840. W rezultacie, korzystanie przez pracowników wykonawcy z pojemników niespełniających tego typu wymagań narażać będzie zasady BHP, a niektórych przypadkach również zdrowie. Należy zauważyć, że wszelkie odstępstwa w zakresie realizacji ww. obowiązków mogą stanowić podstawę do nakładania na wykonawcę kar umownych (tj. w okolicznościach, za których powstanie wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu). Ponadto niejasnym jest to, czy w razie uszkodzenia tego typu pojemnika (wynikającego również z jego naturalnego zużycia) wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia kosztów zakupu nowego pojemnika.

Dotyczy zarzutu z punktu g - §9 ust. 3 pkt 34, 35 projektu umowy, pkt 3.2.1 ppkt 4, 5, pkt 3.2.4 SOPZ: Zamawiający wymaga od wykonawcy, by w każdym przypadku odbioru odpadów weryfikował zawartość pojemników/worków pod kątem tego, czy są one właściwie posegregowane. Co więcej, w przypadku stwierdzenia, że właściciel nieruchomości nie dokonał segregacji w prawidłowy sposób, zamawiający przerzuca (z właścicieli nieruchomości) na wykonawcę obowiązek dokonania ich prawidłowej segregacji w miejscu ich odbioru. Postanowienia te stanowią rażące naruszenie w szczególności następujących przepisów: art. 9f w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 1 oraz art. 6 ust. 4 w zw. z art. 6 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowiących, iż to na właścicielach nieruchomości (a nie na wykonawcy odbierającym odpady) spoczywa obowiązek dokonywania selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Co więcej, w razie niezrealizowania tego obowiązku, właściciele nieruchomości zobowiązani są do ponoszenia wyższych opłat z tytułu odbioru odpadów komunalnych, art. 207 §1 i §2 pkt 1 i 2 ustawy Kodeks pracy oraz §39 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26.09.1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy stanowiących m.in., że na wykonawcy (jako pracodawcy) spoczywa obowiązek organizacji pracy w taki sposób, który w sposób maksymalny ogranicza jakiegokolwiek zagrożenia dla

zdrowia lub życia pracowników. Postanowienia dokumentacji postępowania narzucają konieczność przeglądania odpadów (sprawdzania zawartości worków, pojemników), dokonywania ich selekcji - co wiąże się z ogromnym zagrożeniem dla życia lub zdrowia ludzkiego. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy w workach/pojemnikach znajdują się odpady medyczne, niebezpieczne. Wykonawca nie ma wpływu na to, jaka jest zawartość worków/ pojemników na odpady. W razie niezrealizowania przez wykonawcę obowiązków wynikających z rzeczonych postanowień dokumentacji postępowania, wykonawca będzie zmuszony do zapłaty rażąco wysokich kar umownych.

Dotyczy zarzutu z punktu h - §9 ust. 3 pkt 41, 42 projektu umowy, pkt 3.6 ppkt 2 lit. d, pkt 3.7.1, pkt 3.7.3 SOPZ: Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek cyfrowej rejestracji obrazu w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. Obowiązek ten zarówno jest nieproporcjonalny oraz niecelowy dla możliwości weryfikacji prawidłowości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, jak i wiąże się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę dodatkowych, nieuzasadnionych kosztów (wpływających na zwiększenie ceny oferty). Co więcej, w razie niezrealizowania rzeczonych obowiązków, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty rażąco wysokich kar umownych.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, uznając wszystkie zarzuty za bezzasadne.

Zarzut nr 1. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 7d ustawy Pzp, „Zamieszczenie ogłoszeń w sposób, określony w ust. 5, w zakresie ogłoszeń podlegających obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, oraz ogłoszeń, o których mowa w ust. 7c, nie może nastąpić przed ich publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej albo upływem 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej.”. Dlatego też zasadne jest stanowisko zamawiającego, który wskazał, iż opublikował dokumentację postępowania w dniu 31 sierpnia 2019 r., a ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 2 września 2019 r. Zamawiający skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 11 ust. 7d ustawy Pzp i opublikował ogłoszenie, jak i całą dokumentację postępowania po upływie czasu wskazanego w przepisie od przekazania ogłoszenia do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Czynność wysłania i odbioru projektu ogłoszenia miały miejsce w dniu 28 sierpnia 2019 r., co wprost wynika z ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w portalu zakupowym. Dlatego też czynność zamawiającego należało uznać za prawidłową.

Zarzut nr 2. Zgodnie z art. 6c ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zaistnienie możliwości odbioru lub zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, uzależnione jest od wydania przez radę gminy uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego. Podnieść należy, że taka uchwała, o której

mowa ww. przepisie została przez Radę Miasta Gdyni podjęta. W kwestionowanym ustępie SOPZ zamawiający wskazał, że odbiór odpadów z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a które w części wykorzystywane są na cele niemieszkalne następuje zgodnie z treścią uchwały nr XXVIII/595/13 Rady Miasta Gdyni z dnia 27 lutego 2013 r. w sprawie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Ww. uchwała została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Wojewody. Co więcej, odwołującemu ww. uchwała jest doskonale znana, z racji wykonywanej działalności gospodarczej, a opis przedmiotu zamówienia odwołuje się do nieruchomości, które jedynie w części wykorzystywane są na cele niemieszkalne.

Zarzut nr 3. Izba wskazuje, iż zamawiający wysłał ogłoszenie do publikacji w dniu 28 sierpnia 2019 r., a termin składania ofert wynosił 15 dni. Mając zatem na uwadze art. 38 ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, wnioski, na które zamawiający miał ustawowy obowiązek udzielenia wyjaśnień, obejmowały okres do 5 września 2019 r. Na pytanie, które wpłynęły w następnych dniach, zamawiający mając na uwadze art. 38 ust. 1a ustawy Pzp, nie musiał już odpowiadać. Jednakże, na dzień orzekania, stwierdzić należało, iż termin składania ofert został przedłużony do dnia 30 września 2019 roku, a zamawiający w dniach 6 i 13 września 2019 roku, odpowiedział na zadane przez wykonawców pytania.

Zarzut nr 4. W ocenie Izby, podanie aktualnego numeru Dziennika Ustaw, który dotyczy tekstu jednolitego nie powoduje wprowadzenia nowej i nieznanej ustawie Pzp podstawy prawnej wykluczenia. Co więcej, treści przepisu wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jak w kwestionowanych postanowieniach s.i.w.z. są takie same, nie uległy one zmianie. Brzmienie aktualne, zaskarżone, nie ma wpływu na wynik postępowania, albowiem logicznym jest, że implementuje do s.i.w.z. normę z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 5. Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, iż powyższa regulacja utrudnia lub może mu utrudniać złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, a ponadto wskazać należy, że żądanie przedłożenia dowodu wpłacenia wadium przelewem ma charakter techniczny, instrukcyjny i w żaden sposób nie utrudnia złożenia oferty. Zamawiający nie określił sankcji za niedopełnienie tego zalecenia.

Zarzut nr 6. Izba wskazuje, że punkt 10.11 s.i.w.z. stanowi, iż wykonawca może złożyć wadium w jednej z dwóch form:

- dokumentu elektronicznego z podpisem elektronicznym kwalifikowanym, co oznacza, że każdy dokument w postaci elektronicznej podpisany przez uprawnione ze strony banku lub poręczyciela osoby będzie oryginałem,
- dokumentu w formie pisemnej, tj. z odręcznym podpisem uprawnionych osób; w tym wypadku ze względów oczywistych nie jest możliwe przekazanie dokumentu w sposób inny niż do siedziby zamawiającego.

Ponadto zdaniem Izby zauważyć należy, że takie ukształtowanie postanowień o wadium, w żaden sposób nie dyskryminuje lub nie utrudnia dostępu do zamówienia odwołującemu. Może on złożyć wadium, jako dokument elektroniczny z podpisem elektronicznym kwalifikowanym. Tym samym odwołujący nie wykazał nawet potencjalnej szkody, jaka grozi mu w przypadku tak ukształtowanych postanowień s.i.w.z.

Zarzut nr 7. Jak słusznie wskazał zamawiający, określił on sposób oceny ofert podając narzędzie, jakie będzie wykorzystane przy mierzeniu odległości. Aplikacja „Google Maps” posłuży zamawiającemu, jak to wskazano w treści pkt 14.5 s.i.w.z., wyłącznie do zmierzenia odległości odpowiadającej najkrótszej, dopuszczalnej trasie przejazdu pojazdu odbierającego odpady między lokalizacją wskazaną, jako środek danego sektora do lokalizacji (adresu) instalacji podanej w ofercie. Narzędzie to nie zostanie wykorzystane do samej czynności wyznaczenia tej trasy, którą to zamawiający wyznaczy samodzielnie w oparciu o obowiązujące przepisy prawne (w tym przepisy dotyczące ruchu drogowego) oraz sposób organizacji ruchu drogowego w danym sektorze. Najkrótsza dopuszczalna trasa opiera się też na trasie po drogach publicznych. Nie ma zatem jakiegokolwiek dowolności przy ocenie spełnienia tego kryterium. Co więcej, każdy może dokonać samodzielnie tej oceny, jak też możliwa jest weryfikacja oceny przez zamawiającego.

Zarzut nr 8. Izba wskazuje, że wymóg posiadania ubezpieczenia OC nie jest warunkiem udziału w postępowaniu i nie jest weryfikowany na etapie badania i oceny ofert, ani też na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawców. Wymóg ubezpieczenia OC uregulowano w ust. 3.10. pkt 1) (Dodatkowe obowiązki Wykonawcy) SOPZ i w 4 ust. 9 projektu umowy i dotyczy realizacji zamówienia. Wymóg ubezpieczenia OC w konkretnej wysokości dotyczy odpowiedzialności za szkody spowodowane przez wykonawcę przy realizacji zamówienia. Nie jest to zależne od ilości odbieranych śmieci. Odwołujący nie wykazał również, aby przedmiot zamówienia nie określał jakichkolwiek wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Podnieść również należy, że wymagane ubezpieczenie dotyczy ogólnie prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, nie musi to być ubezpieczenie dedykowane dla tego konkretnego kontraktu. W związku z tym twierdzenia, że wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bo określa sumę ubezpieczeniową jednolicie dla wszystkich części zamówienia, nie sposób uznać za uzasadnione. Ponadto, szkody wynikające z wadliwości wykonanej usługi stanowią ryzyko podstawowe, związane z potencjalnymi szkodami na osobach, jak również szkodami na mieniu, czy nawet szerzej, na środowisku, które mogą powstać od zawarcia umowy do jej zakończenia. Nie ma więc podstaw do stwierdzenia, że taki zakres ubezpieczenia nie ma oparcia w uzasadnionych potrzebach zamawiającego.

Zarzut nr 9. Izba wskazuje, iż zamawiający w Tabeli 1 SOPZ podał rodzaj odpadów, jakie wchodziły w przedmiot zamówienia, co prawda opisując je w sposób dość ogólny podając np.

odpady komunalne. Okoliczność nie podania kodów odpadów nie może stanowić o zasadności stawianego zarzutu, albowiem żaden przepis obowiązującego prawa nie nakłada na zamawiającego podawania kodów odpadów. Wykonawca odbierając odpady może samodzielnie przyporządkować je do danych kodów.

Zarzut nr 10. Zdaniem Izby, sposób pobierania opłat przez zamawiającego nie wpływa na koszty wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. wykonawca nie odpowiada za pobór opłat od mieszkańców - pobór ten jest zadaniem gminy. W tabelach 2.1-8.4 SOPZ podane zostały ilości odpadów w podziale na sektory oraz w podziale na odpady zmieszane, szkło, papier i opakowania wielomateriałowe, tworzywa sztuczne i metale, odpady zielone i drzewka świąteczne, meble i inne odpady wielkogabarytowe oraz zużyte opony, popiół z domowych palenisk, w latach 2016, 2017, 2018 i 6 miesięcy 2019 r. (w podziale na poszczególne miesiące), co daje możliwość ustalenia ilości wytwarzanych odpadów oraz ewentualnych tendencji. Ponadto w oddzielnie przygotowanych dla każdego sektora załącznikach (charakterystyki poszczególnych sektorów), znajdują się informacje o liczbie mieszkańców, liczbie nieruchomości do 4 lokali i powyżej 4 lokali, liczbie gospodarstw domowych w zabudowie do 4 lokali i powyżej 4 lokali. Informacje te, w ocenie Izby, pozwalają na oszacowanie zakresu zamówienia.

Zarzut nr 11. Izba wskazuje, iż w dniu 28 sierpnia 2019 r. Rada Gminy Gdyni przyjęła następujące uchwały: Uchwała nr XI/345/19 Rady Miasta Gdyni z dnia 28.08.2019 r., w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz Uchwała nr XI/344/19 Rady Miasta Gdyni z dnia 28.08.2019 r., w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni. Załącznik nr 5.VIII do s.i.w.z. zawiera dokładnie tę samą treść, która została przyjęta ww. uchwałami. Uchwały te zostały również zamieszczone pod pozycjami 266 i 267 na stronie zamawiającego, co oznacza, że nie ma rozbieżności, co do treści s.i.w.z., a w postępowaniu nie występują niedające się ustalić ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co oznacza, że dokumentacja postępowania umożliwi odwołującemu rzetelne przygotowanie oferty.

Zarzut nr 12. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gmina nie może wyłączyć obowiązku odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Zamawiający ogłaszając przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów nie może pominąć takich nieruchomości. Skoro istnieje ustawowy obowiązek odbioru, to zamawiający wszczynając postępowanie nie może pominąć nieruchomości bez bezpośredniego dojazdu lub też takich, gdzie jest większe nachylenie terenu. Każdy wykonawca przystępując do postępowania

może opracować własny sposób odbioru odpadów. Jeżeli zdaniem wykonawcy nie jest możliwe zobowiązanie pracowników do przesuwania pojemników może on np. opracować inny niż ręczny sposób ich przemieszczania.

Zarzut nr 13. Izba wskazuje, że zamawiający zobowiązał wykonawcę do zamykania pokryw pojemników po wykonanym odbiorze odpadów z wyjątkiem pojemników usytuowanych w miejscu zadaszonym, które na żądanie zamawiającego należy pozostawiać odkryte. Powyższe oznacza, iż obowiązek ten odnosi się wyłącznie do konkretnych pojemników na odpady wskazywanych na bieżąco wykonawcy przez zamawiającego w toku obowiązywania umowy. Samo pozostawienie odkrytej pokrywy pojemnika nie wpływa ani na wydłużenie czasu wykonywanej usługi odbioru odpadów (zważywszy na to, iż pojemnik na odpady po jego opróżnieniu przy zastosowaniu grzebieniowego systemu załadowniczego zwykle pozostaje otwarty) ani na nakład pracy związany z jej wykonaniem. Pozostawienie otwartego pojemnika na odpady nie generuje żadnych ryzyk z tym związanych, tak samo jak pozostawienie zamkniętej pokrywy nie ogranicza wystąpienia żadnych hipotetycznych ryzyk związanych z pozostawianiem pojemnika w pozycji otwartej (nie jest bowiem wykluczone, iż zamknięcie pojemnika przez wykonawcę spowoduje, iż nie otworzy go nikt inny).

Zarzut nr 14. Izba wskazuje, że zgodnie z SOPZ wymagane jest odebranie odpadów z miejsc ich gromadzenia lub wystawienia, w tym znajdujących się w bezpośrednim sąsiedztwie miejsc gromadzenia odpadów. Obowiązek ten nie dotyczy więc „poszukiwania odpadów”. Odbiorowi podlegają wyłącznie odpady określone w tabeli 1 SOPZ. Bezpośredniość sąsiedztwa odpadów z miejscem ich gromadzenia należy interpretować zgodnie ze znaczeniem tego określenia przyjętym w języku powszechnym, jako „znajdujący się bardzo blisko, niczym nieprzydzielony”, co oznacza, iż obowiązek ten dotyczy odpadów znajdujących się tuż przy miejscu gromadzenia odpadów, a które z jakichkolwiek przyczyn się w tym miejscu nie znalazły.

Zarzut nr 15. Izba wskazuje, iż zarzut dotyczy wyjątkowej sytuacji, gdy właściciel nieruchomości, z której mają być odebrane odpady nie zapewni dostępu do miejsca, w którym stoją pojemniki. W przypadku braku nawiązania kontaktu z domownikami wykonawca sporządza notatkę zgodnie z zasadami określonymi w Tabeli 11 SOPZ oraz nie dokonuje odbioru odpadów. Za prawidłową gospodarkę odpadową odpowiadają też właściciele nieruchomości. Oczywistym jest, że za niezawinione działanie wykonawcy zamawiający, w tym zakresie, nie może pociągać do odpowiedzialności wykonawcy świadczącego usługę. Co więcej, sporządzane notatki oraz nagrania z rejestratorów w sposób należyty zabezpieczają i taką sytuację.

Zarzut nr 16. Izba wskazuje, że za organizację pracy wykonawcy odpowiada ten wykonawca, a nie zamawiający. Zamawiający w SOPZ określił zakres godziny odbioru do godziny 17:00. Jednakże, o której porze wykonawca w godzinach od 8:00 do 17:00 dokona

odbioru, to zależy jedynie od wykonawcy. Zamawiający nie narzucił wykonawcom odbiorów w godzinach 15:00-17:00, ale umożliwia to. Skoro wykonawcom znane są godziny pracy wybranej przez wykonawców instalacji, to mogą oni dostosować swoje działania do tych godzin.

Zarzut nr 17. Jak zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na analogiczne do zarzutu pytanie zadane przez odwołującego, obowiązek odbioru odpadów innych niż meble i inne odpady wielkogabarytowe wskazany w ww. postanowieniach należy odczytywać w kontekście zakresu przedmiotu zamówienia wskazanego w Tabeli 1 SOPZ. Zatem, nie obejmuje on odpadów innych niż wyszczególnione w Tabeli 1 SOPZ (str. 1). Nie można zatem twierdzić, że wykonawca ma obowiązek odbioru odpadów innych, niż te wskazane w SOPZ, np. niebezpiecznych.

Zarzut nr 18. Izba wskazuje, że w postanowieniach SOPZ zamawiający nie nakłada na wykonawcę obowiązku zastrzeżonego dla właścicieli nieruchomości. Wykonawca jedynie odbiera odpady już zebrane przez właścicieli nieruchomości i ma obowiązek czynić to w sposób selektywny, zgodnie z §3 ust. 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni. Wykonawca, nawet bez tych postanowień, posiada interes w dokładaniu starań do selektywnego odbioru odpadów, bowiem ciężar na nim obowiązki związane z zagospodarowaniem odpadów w sposób zapewniający osiągnięcie określonych w prawie powszechnie obowiązującym, poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło w wysokości, co najmniej 50% wagowo. Obowiązki określone w pkt 3.2.4. SOPZ nie mają charakteru bezwzględnych, a zamawiający oczekuje ich realizacji pod warunkiem, iż jest to możliwe bezzwłocznie, bez większego nakładu pracy oraz ryzyka uszczerbku na zdrowiu oraz nie zobowiązuje do ich wykonywania wbrew obowiązującym przepisom prawa mogącym mieć wpływ na zakres tych obowiązków.

Zarzut nr 19. Izba wskazuje, że kwestionowane postanowienie dotyczy wyłącznie obowiązku nawiązania przez wykonawcę kontaktu z właścicielem nieruchomości w celu ustalenia terminu, w którym możliwe będzie dostarczenie do danej nieruchomości pojemników na odpady. Ustawodawca nie przyznał organom gminy jakiegokolwiek narzędzia prawnego, za pomocą którego mógłby w sposób władczy przymusić właściciela nieruchomości do przyjęcia pojemników w określonym terminie. Nie ma innej możliwości prawnej przekazania pojemników na odpady właścicielowi niż poprzez nawiązanie z nim współdziałania w tym zakresie.

Zarzut nr 20. Zdaniem Izby, zgodnie z postanowieniami ust. 3.3.1 pkt 1 SOPZ wykonawca odpowiada za wyposażenie wszystkich nieruchomości w pojemniki na odpady komunalne. Zgodnie z §6 ust. 3 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni (załącznik nr 5.VIII do s.i.w.z.): pojemniki, o których mowa w ust. 1 pkt 3 i 4 (metalowe lub

wykonane z tworzywa sztucznego), powinny posiadać konstrukcję umożliwiającą ich opróżnianie grzebieniowym, widłowym lub hakowym mechanizmem załadowniczym pojazdów przeznaczonych do odbioru odpadów. Wymagania w zakresie pojemników wynikają też z rozporządzenia Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów. Wymagania te dotyczą pojemników niezależnie od tego czy pochodzą od wykonawcy, czy od właściciela. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym. Obowiązki te przejmie gmina, jako część usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zamian za uiszczoną przez właściciela opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Wykonawca nie jest więc obowiązany do odbioru odpadów z pojemników, które nie spełniają wymagań określonych w Regulaminie i nie ponosi wówczas winy za brak odbioru tych odpadów. Jednocześnie jego obowiązkiem jest wyposażenie wszystkich nieruchomości w pojemniki na odpady komunalne o odpowiednich parametrach.

Zarzut nr 21. Izba wskazuje, iż z treści kwestionowanego postanowienia wynika, że pojemniki mają być utrzymane w należyтым stanie sanitarnym, innymi słowy, w skutek wykonania czynności umycia powinny być czyste. Pojemnik po zakończeniu procesu mycia ma być czysty, tj. wolny od wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń. W opisanu obowiązku posłużono się zwrotem odnoszącym się do rezultatu czynności, czym zamawiający wypełnił przesłanki do prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 22. Izba wskazuje, że zamawiający w ust. 3.4. pkt 2 SOPZ precyzyjnie podał wymiary worków oraz inne wymagania, co do worków na odpady. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby podanie wymiarów worków było niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. To, że wymiary te nie są preferowanymi przez odwołującego nie oznacza, że zostały złamane jakiegokolwiek przepisy prawa.

Zarzut nr 23. W związku z wycofaniem tego zarzutu przez odwołującego, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut nr 24. Izba wskazuje, iż rodzaj pojemników przeznaczonych do gromadzenia odpadów ulegających biodegradacji określa §54 ust. 5 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, do którego odsyła w tym zakresie §3 ust. 1 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni (załącznik nr 5.VIII do s.i.w.z.). Kwestie dotyczące rodzaju tych pojemników, a nieuregulowane w ww. rozporządzeniu, obejmujące m.in. minimalną pojemność pojemnika; materiał, z którego ma być wykonany



pojemnik; konstrukcję pojemnika, reguluje wprost sam regulamin (§6 ust. 1 pkt 3 i 4, ust. 3 i 7). Wskazując zatem na §14 ust. 2 pkt 1 lit. b oraz ust. 3 pkt 1 lit. a uchwały w sprawie standardu wykonywanych usług, wszystkie nieruchomości objęte przedmiotem zamówienia zostaną wyposażone w pojemniki na odpady ulegające biodegradacji inne niż odpady zielone w ilości i pojemności, co najmniej spełniających wymogi określone w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Gdyni.

Zarzut nr 25. Izba wskazuje, iż z treści kwestionowanego postanowienia jasno wynika, w jaki sposób wykonawca ma pozostawić na danej nieruchomości puste worki. Nie ma tutaj sytuacji, w której wykonawca zostałby obciążony bliżej nieokreślonym ryzykiem. Na wykonawcy nie jest nałożone ryzyko utraty worków, jeśli ten ww. obowiązek należycie wykona. Co więcej, rejestracja cyfrowa umożliwia potwierdzenie realizacji tego zobowiązania.

Zarzut nr 26. W związku z wycofaniem tego zarzutu przez odwołującego, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut nr 27. Na rozprawie odwołujący nie przedstawił elektronicznej wersji pobranych materiałów, natomiast zamawiający wskazał, że SOPZ znajdujący się na platformie internetowej, na której jest zamieszczona dokumentacja postępowania, nie zawiera przekreśleń. Izba stwierdziła, że wersja elektroniczna dokumentacji przekazanej przez zamawiającego nie zawiera jakichkolwiek przekreśleń, co oznacza, że nie występują w sprawie niedające się ustalić ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia publicznego, co uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty.

Zarzut nr 28. Izba wskazuje, że zgodnie z §12 ust. 3 pkt 1 umowy, zmiana wynagrodzenia umownego jest możliwa w przypadku zmiany stawek opłat za przyjęcie odpadów w instalacji komunalnej. §12 projektu umowy reguluje kwestie związane z ewentualną zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego na zasadzie wynikającej z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający określił precyzyjne warunki zmiany umowy (w tym przewidując możliwość zmiany w przypadku zmian stawek opłat w instalacji).

Zarzut nr 29. Izba wskazuje, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poza postanowieniami art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, nie nakładają obowiązku zmian wynagrodzenia wykonawcy. Regulując w §12 projektu umowy kwestie dotyczące zmian umowy zamawiający korzysta z możliwości wskazanej w art. 144 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Możliwa jest zmiana umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, co jednak następuje zależnie od oceny spełnienia się konkretnych przesłanek w tych postanowieniach wskazanych. Nie można zatem nakazywać zamawiającemu obligatoryjnego zawierania aneksów do umowy. Każdy przypadek z ww. postanowień będzie rozpatrywany indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie obiektywne czynniki wpływające na zmianę.

Zarzut nr 30. W związku z wycofaniem tego zarzutu przez odwołującego, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut nr 31. Izba wskazuje, iż zmiana umowy odbywa się za zgodą obu stron. Postanowienia §12 ust. 4 projektu umowy nie naruszają więc żadnych praw wykonawców, nie stwarzają żadnego ryzyka, niejasności czy wątpliwości. Co więcej, postanowienie to nie nakłada na wykonawcę żadnego obowiązku.

Zarzut nr 32. Izba wskazuje, iż nie występuje sprzeczność między §8 ust. 10 projektu umowy, a §12 ust. 7 projektu umowy. W §8 ust. 10 projektu zawarte są warunki dotyczące przesłanek ustawowych do zmiany umowy na podstawie art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei postanowienie §12 ust. 7 w zw. z ust. 5 projektu umowy dotyczy innych okoliczności zmian umowy. Z treści §12 ust. 5 projektu umowy wynika zakres zmian umowy spowodowanych m.in. zmianami prawnymi wpływającymi na sposób realizacji zamówienia. Siłą rzeczy zatem nie dotyczy to regulacji prawnych, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, a tym samym w §8 ust. 10 projektu umowy. Dodać należy, że zmiany umowy z §8 ust. 10 projektu umowy nie dotyczą sposobu spełnienia świadczenia.

Zarzut nr 33. Izba wskazuje, iż postanowienie dotyczące skutków odstąpienia (§11 ust. 4 projektu umowy) nie wskazuje, że dotyczy jedynie zamawiającego. Postanowienie to dotyczy również odstąpienia przez wykonawcę z ust. 5.

Zarzut nr 34. Zdaniem Izby wskazać należy, iż profesjonalny obrót na rynku wymaga od profesjonalistów określonego profesjonalnego zachowania. Dlatego też wykonawca, decydujący się na udział w danym zamówieniu, konkretnej procedurze udzielenia zamówienia publicznego zmuszony jest do zdecydowania, czy „podoła” realizacji tego zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymaga od wykonawców osiągnięcia określonych poziomów recyklingu, co zostało wymuszone na zamawiającym przepisami obowiązującego prawa. Gmina, na którą został nałożony taki obowiązek w ramach zadań publiczno-prawnych ma możliwość osiągnięcia danych poziomów poprzez ich dalsze zlecenie podmiotom wykonującym bezpośrednio zakres zadań związanych z gospodarką odpadami, albowiem gmina sama w sobie nie wykonuje czynności odbioru odpadów i ich segregacji. Wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu ma natomiast możliwości techniczno-organizacyjne, które pozwolą mu na osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu, chociażby przez dokonanie wstępnego posortowania odbieranych odpadów. Taka wstępna czynność może być dokonywana już na etapie odbioru odpadów bezpośrednio od mieszkańców, co zamawiający przewidział w s.i.w.z., jak i na późniejszym etapie. Kwestia wykonywania takich czynności wymaga z pewnością podjęcia określonych działań, jednakże zwrócić należy uwagę na okoliczność, iż to wykonawca jest jedynym i wyłącznym dysponentem organizacji własnej pracy. Dlatego też, w ocenie Izby, możliwe jest takie skoordynowanie prac własnych wykonawcy, np. poprzez dodatkowe

zatrudnienie osób, aby wykonawca wywiązał się z obowiązków nałożonych na niego przez zamawiającego. Konsekwencją powyższego, z pewnością może być podwyższenie ceny ofertowej do poziomu, który będzie obejmował wycenę tych dodatkowych czynności.

Zdaniem Izby, poziom kar umownych, ustalonych przez zamawiającego, odpowiada celom, jakie musi osiągnąć zamawiający, działający przez wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie. Izba nie zgadza się z odwołującym, że wskazane przez zamawiającego wysokości kar umownych naruszają zasady współżycia społecznego i nie gwarantują równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, albowiem na tym etapie prowadzonego postępowania, w sposób jednakowy odnoszą się do wszystkich potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego. W ocenie Izby, sprawnie działający wykonawca, przy prawidłowej organizacji pracy, jest w stanie osiągać wymagane minimum, co jak się okazuje ma miejsce, albowiem zamawiający wskazał, iż odwołujący już w tym roku osiągnął wyższe, niż zakładane na przyszły rok, poziomy recyklingu.

Zarzut nr 35. Zdaniem Izby, przy prawidłowo wykonującym zamówienie wykonawcy nie ma obaw o to, że wykonawca zobligowany będzie do zapłaty ww. kar umownych. Charakter wskazanych kar należy ocenić, jako dyscyplinujące działanie zamawiającego, mające wywołać skutek w postaci prawidłowego, rzetelnego, a co najważniejsze terminowego wykonania zamówienia. Za zasadne należy przyjąć twierdzenia zamawiającego, poparte dowodami, iż ww kary *de facto* nie mają zastosowania przy „dobrym” wykonawcy, albowiem w latach poprzednich, przy realizacji obecnie obowiązującej umowy, występowała tożsamość zakresowa kar, a odwołującemu zostały naliczone kary, które w 99 % dotyczyły jedynie nieterminowego odbierania odpadów.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 marca 2011 roku, sygn. akt: KIO 475/11 „Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353<sup>1</sup> k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.”. Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 roku, sygn. akt: KIO/UZP 843/09). Nadto Izba zwraca uwagę, że ustanowienie przez zamawiającego możliwości naliczania wysokich kar umownych nie ogranicza prawa wykonawcy do zwrócenia się do sądu powszechnego o dokonanie oceny czy naliczona kara umowna będzie rażąco wygórowana.”.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2012 roku, sygn. akt KIO 1019/12 wskazać należy, że poddając analizie kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (składającego się na nią wzoru umowy) dostrzeżenia

wymaga, iż zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacom, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nieuregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego - on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353<sup>1</sup> kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ograniczenie stosowania wskazanych zasad prawa cywilnego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest przy tym podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyroki z dnia 4 października 2010 r. w spr. KIO 2036/10, z dnia 28 lutego 2012r. w spr. KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12). Także nie można uznać, by naruszony został przepis art. 484 § 1 KC, zgodnie z którym 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. Niewątpliwie, wskazany przepis ma charakter dyspozytywnego, pozostającego w sferze woli stron. W powyższej mierze inicjatywa w zakresie ukształtowania warunków umowy należy do zamawiającego, nie

sposób zatem stawiać zarzutu naruszenia w tej mierze Należy także pamiętać o dalszych regulacjach dotyczących kary umownej, to jest art. 483 1 KC, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna), przy czym dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej. Zgodnie zaś z treścią § 2 art. 484 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przez pryzmat powyższych przepisów a także ryzyk obciążających zamawiającego oraz wykonawcę należy rozważać kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: "Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy". Podobne wnioski płyną z treści wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: "Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając

ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.” (vide: wyrok z dnia 6 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1570/12).

Izba wskazuje również, za Sądem Okręgowym w Szczecinie, iż „W orzecznictwie wskazuje się, że kara umowna pełni funkcję stymulacyjną, represyjną i kompensacyjną. (...). Kara umowna może być "rażąco wygórowana" od samego początku, jak i taką może się stać skutkiem późniejszych okoliczności. Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej, jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia (wynagrodzenia dłużnika), jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac. Przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary, a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego. Miarkowanie powinno zawsze opierać się na rozważeniu celu, dla którego kara została zastrzeżona i interesu, jaki miała zabezpieczać.” (wyrok z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt VIII Ga 277/16).

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut z litery h, z uwagi na wycofanie tego zarzutu przez odwołującego.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych zgłoszonych na rozprawie przez odwołującego, albowiem przedstawiają one zdjęcia (dowód nr 1) bliżej nieokreślonych odpadów, które mogą dotyczyć na równi innych lokalizacji czy innych realizacji umów, dowody niewiarygodne. Izba oddaliła również dowód nr 2 zgłoszony przez odwołującego, który prezentuje w sposób tabelaryczny procenty masowe odpadów poddawanych finalnie recyklingowi (źródło: Eko-Dolina sp. z o.o.), albowiem nie odnosi się on do sytuacji odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu na rozprawę.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....