

Sygn. akt: KIO 537/20, KIO 540/20

**WYROK**

**z dnia 19 czerwca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Luiza Łamejko**

**Członkowie:** **Emil Kuriata**

**Jan Kuzawiński**

**Protokolant:** **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 marca 2020 r. przez wykonawcę **FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich** (sygn. akt: KIO 537/20),

B. w dniu 13 marca 2020 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt: KIO 540/20),

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

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 537/20 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. W sprawie o sygn. akt: KIO 537/20:

1.1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego oraz zarzutów wycofanych przez odwołującego.

1.2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 8 lit. c petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień rozdziału XV pkt 5 SWU przez wskazanie, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów

jest Zamawiający, a w konsekwencji, dokonanie modyfikacji treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych przez dodanie rodzaju powierzonych danych osobowych w postaci wizerunku osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów.

1.3. W pozostałym zakresie odwołanie uznaje za niezasadne.

1.4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w części 1/2 i:

1.4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

1.4.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

2. W sprawie o sygn. akt: KIO 540/20:

2.1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego oraz zarzutów wycofanych przez Odwołującego.

2.2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 10 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez wykreślenie z rozdziału XV SWU oraz Załącznika nr 24 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”).

2.3. W pozostałym zakresie odwołanie uznaje za niezasadne.

2.4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/9 oraz Odwołującego w części 8/9 i:

2.4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1 133 zł 33 gr (słownie: jeden tysiąc sto trzydzieści trzy złote trzydzieści trzy grosze).

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Wrocław w obrębie sektora IV – Psie Pole”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2020 r. pod pozycją 2020/S 044-104364.

### **Sprawa o sygn. akt: KIO 537/20**

W dniu 13 marca 2020 r. wykonawca FBSerwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej: „Odwołujący 1” lub „FBSerwis”) wniósł odwołanie wobec postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> i art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i niemożliwy do wykonania (przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie świadczy usługę odbioru odpadów w zakresie odpowiadającym zakresowi zamówienia udzielanego w Postępowaniu), tj. przez wymaganie w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 Szczegółowych Warunków Umowy (dalej: „SWU”) obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki przeznaczone do gromadzenia niesegregowanych odpadów komunalnych oraz w pojemniki do selektywnego gromadzenia odpadów najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 4 ust. 3 Projektu Umowy, że przedmiot umowy będzie realizowany nie wcześniej, niż od dnia wskazanego przez Zamawiającego w dniu zawarcia umowy, przy czym termin rozpoczęcia realizacji usługi rozpocznie się nie wcześniej, niż 30 dni od dnia zawarcia umowy, co oznacza, że Wykonawca może być zobligowany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w ciągu zaledwie 30 dni i to w sytuacji, gdy wykonawca dotychczas realizujący usługę odbioru odpadów nie zabierze własnych pojemników z nieruchomości, co w praktyce

będzie niemożliwe do wykonania, przy czym takie naruszenie prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania jednego z wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (tj. tego, który aktualnie świadczy usługę odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Sektora I) przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców;

2. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. przez wskazanie w Rozdziale XIII pkt 3 SWU możliwości dostarczenia przez Zamawiającego oprogramowania monitorującego pracę wagi Wykonawcy nie ingerującego w system wykonawcy i monitorujące wyłącznie ważenia pojazdów realizujących przedmiot Umowy przy jednoczesnym ustaleniu w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o Projekcie Umowy kary umownej za uniemożliwienie Zamawiającemu dostarczenia i zainstalowania oprogramowania monitorującego pracę wagi Wykonawcy, w wysokości 5 000 zł za każdy dzień i za każdą wagę, bez jakiegokolwiek doprecyzowania założeń technicznych takiego systemu oraz bez przewidzenia sposobu bądź procedury kontroli przez Wykonawcę działania takiego systemu i nie wyrażenia zgody na jego zaimplementowanie w przypadku, gdyby ww. system mógł monitorować dane innych kontrahentów Wykonawcy lub ingerować w system wagowy, w sytuacji, gdy brak tego rodzaju zapisów naraża Wykonawcę na ryzyko odpowiedzialności wobec innych klientów, utraty istotnych z punktu widzenia prowadzonej działalności informacji stanowiących ścisłą tajemnicę przedsiębiorstwa oraz poniesienia z tego tytułu wymiernych strat;

3. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, który jednocześnie charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego dostawcę, co może prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego dostawcy i wyeliminowania innych dostawców, tj. przez wskazanie w rozdziale XVII pkt 1 ppkt 1 SWU wymogu wyposażenia wszystkich pojazdów bezpylnych realizujących odbiór odpadów oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym oraz nagrywkę cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer spełniający wymagania określone w Załączniku nr 28 do SWU, który to system aktualnie jest oferowany tylko przez jednego dostawcę na rynku, a przy tym jego wymaganie nie zapewnia Zamawiającemu realnych korzyści w stosunku do rozwiązań oferowanych przez innych dostawców, co tym samym oznacza, że wymaganie Zamawiającego nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego;

4. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp

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

5. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 § 1 w zw. z art. 556 i art. 638 k.c. oraz w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przy tym pozostający w sprzeczności z przepisami ustawy Kodeks cywilny o rękojmi i tym samym ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeczny z jego naturą, tj. przez ustalenie w § 18 Projektu Umowy, że Wykonawca udziela na przedmiot Umowy rękojmi na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia realizacji umowy, podczas gdy przedmiotem Umowy jest co do zasady świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, do której zgodnie z art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu, które to świadczenie nie obejmuje wytworzenia rezultatu, który byłby zdalny do poddania się sprawdzianowi na istnienie wad, których dotyczy odpowiedzialność z tytułu rękojmi;

6. art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

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

i. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek niedostarczenia Harmonogramu (lub jego aktualizacji po uprzednim zaakceptowaniu przez Zamawiającego) w formie papierowej przedstawicielowi punktu aptecznego, za każdy Harmonogram, za każdy dzień następujący po upływie terminu,

ii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za każdy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu oświadczenia potwierdzającego wypełnienie obowiązku dostarczenia Harmonogramu na teren nieruchomości o charakterze jednorodzinny;

iii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 1 000 zł w przypadku niedostarczenia i/lub nieudostępnienia Zamawiającemu w tym na Wirtualnym Dysku, któregośkolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub Miesięcznych Kart

Bilansu Odpadów Komunalnych określonych w SWU, rozdział XVIII, w terminie do 14 kalendarzowego następnego miesiąca za miesiąc poprzedni, za każdy dzień następujący po upływie terminu, za każdy element,

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

v. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie unikalnych numerów seryjnych (ID) do MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 5, ppkt 1) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień następujący po upływie terminu;

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

vii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie numerów Transponderów zamontowanych na pojemnikach, do adresów MGO, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 5, ppkt 2) i ppkt 4), za każde MGO, za każdy dzień po upływie terminu;

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

ix. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 100 zł za nieprzypisanie do wykazu adresów nieruchomości przekazanych przez Zamawiającego, informacji o MGO, do którego należą poszczególne nieruchomości, zgodnie z terminami i/lub wymogami określonymi w SWU, rozdział XIII, pkt 5, ppkt 3) i ppkt 4), za każdy adres nieruchomości, za każdy dzień następujący po upływie terminu;

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

xi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2 000

zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z SWU, rozdział XIX, pkt 3, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu;

xii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 150 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności mniejszej niż 1,1 m<sup>3</sup> przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika;

xiii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 600 zł za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności 1,1 m<sup>3</sup> i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika;

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

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

xvi. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. t) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 400 zł za każdorazowe niewykonanie obowiązku opróżniania, pojemników do gromadzenia przeterminowanych leków, z częstotliwością gwarantującą niedopuszczenie do wypełnienia pojemników odpadami powyżej 90% ich całkowitej pojemności;

xvii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. z) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 10 000 zł za brak oznakowania pojazdu SZOP zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. nr 17 do SIWZ w terminie do pierwszego dnia drugiego miesiąca realizacji usługi, za każdy dzień



następujący po upływie terminu;

xviii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za niezapewnienie Zamawiającemu (w jego siedzibie) w terminie, dostępu do danych z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, o którym mowa w SWU rozdział XV pkt 2 wraz z funkcjonalnościami, opisanymi w SWU rozdział XV pkt 3-8 i 10, za każdy dzień następujący po upływie terminu;

xix. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 5 000 zł za niezapewnienie Zamawiającemu w ramach dostępu do danych z systemu wizyjnego monitorowania pojazdów, jakiejkolwiek funkcjonalności i/lub danych, o których mowa w SWU rozdział XV pkt 2-8 za każdy przypadek, za każdy dzień;

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

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

xxii. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązku dotyczącego wyposażenia pojazdów realizujących odbiór odpadów w system, o którym mowa w SWU rozdział XV, pkt 16, za każdą niezgodność w stosunku do wymagań określonych w SWU, za każdy dzień, za każdy pojazd;

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

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

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

w takiej wysokości, w taki sposób, że w przypadku częściowej ich kumulacji i wystąpienia okoliczności uzasadniających ich nałożenie w dłuższym okresie czasu (np. przez kilka

miesiący) sumaryczna ich wartość może przekroczyć wartość całej umowy (wynagrodzenia wykonawcy), co powoduje, że wszystkie te kary mogą być uznane za kary rażąco wygórowane,

b. lit. o) - r) oraz t) Projektu Umowy kar umownych naliczanych w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego zapelnienia się pojemników na odpady komunalne w określonej proporcji (odpowiednio 80% i 90%), co należy uznać za działanie sprzeczne z naturą świadczenia polegającego na odbiorze odpadów komunalnych i co wiąże się z obciążeniem Wykonawcy niemożliwym do uniknięcia ryzykiem ponoszenia kosztów kar umownych, bowiem przepełnianie się pojemników jest okolicznością, która często jest niemożliwa do przewidzenia i zapobieżenia, mimo zapewnienia przez Wykonawcę odpowiedniej częstotliwości odbioru odpadów i należytej staranności, co oznacza, że obciążanie wykonawcy taką karą winno być uznane za niezgodne z zasadami współżycia społecznego,

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

7. art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie w § 15 ust. 2 Projektu Umowy kar umownych naliczanych za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu zobowiązań bądź za każdy dzień trwania określonej sytuacji, bez jednoczesnego określenia końcowego terminu naliczania kar umownych ani kwoty maksymalnej, do poziomu której będą one naliczane, co prowadzi do możliwości obciążenia wykonawcy świadczeniem z tytułu zapłaty kary umownej niekreślonym w czasie (tworząc zobowiązanie wieczne) i tym samym nie spełnia istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego, a nadto skutkuje tym, że wszystkie takie kary winny być uznane za rażąco wygórowane (bowiem ich ostateczna wysokość, w przypadku trwania opóźnień bądź naruszeń w dłuższym okresie czasu, może się okazać niezmiernie wysoka i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego),

8. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 k.c. przez:

a. zobowiązanie Wykonawcy do zawarcia Umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, w ramach której Zamawiający powierzy Wykonawcy nadmiarową ilość danych

osobowych - co jest niezgodne z art. 5 ust. 1 lit c. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), „RODO”, podczas gdy do prawidłowej realizacji umowy, wystarczające jest powierzenie danych osobowych obejmujących: imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/za strzeżenie, dane kontaktowe oraz kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii,

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

c. wskazanie w rozdziale XV pkt 5 Szczegółowych Warunków Umowy, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Wykonawca, podczas gdy - zgodnie z art. 4 pkt 7 RODO - administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający.

Odwołujący 1 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu modyfikacji w rozdziale II pkt 2 ppkt 1 i 2 SWU poprzez określenie zmodyfikowanie zasad i terminów wyposażenia nieruchomości w pojemniki w taki sposób, że Wykonawca:

a. będzie miał zapewniony okres minimum 90 dni od dnia zawarcia Umowy na wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady oraz

b. przy zawarciu Umowy Wykonawca otrzyma harmonogram usuwania z nieruchomości pojemników przez Wykonawcę dotychczas realizującego usługę odbioru odpadów z terenu Sektora I oraz

c. termin wyposażenia poszczególnych nieruchomości w pojemniki na odpady w żadnym wypadku nie będzie krótszy niż 2 dni robocze od przewidzianego w ww. harmonogramie terminu usunięcia pojemników przez wykonawcę dotychczas realizującego usługę lub od faktycznego usunięcia tych pojemników - w przypadku, gdy faktyczne ich usunięcie nastąpi później,

3. nakazanie Zmawiającemu zmiany pkt 5 ppkt 4 w rozdziale XIII SWU poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„4) Wykonawca wyniki inwentaryzacji prześle Zamawiającemu nie później niż w terminie 8

tygodni od dnia zawarcia umowy, w formie tabelarycznej (MS Excel), zgodnie z załącznikami nr 21, 22 oraz 23, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodów) Transponderów sparowanych z MGO zgodnie z załącznikiem nr 22 Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 10 tygodni od dnia zawarcia umowy”

4. nakazanie Zmawiającemu zmiany pkt 5 ppkt 6 w rozdziale XIII SWU poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„6) Wykonawca w ciągu 7 dni kalendarzowych od otrzymania wyników weryfikacji inwentaryzacji udostępni dane Zamawiającemu w systemie monitoringu pojazdów i identyfikacji pojemników poprzez portal internetowy o którym mowa w pkt 2, z zastrzeżeniem, że dane w zakresie unikalnych numerów seryjnych (kodów) Transponderów sparowanych z MGO Wykonawca uzupełni niezwłocznie po zamontowaniu Transponderów na pojemnikach, jednakże nie później niż 10 tygodni od dnia zawarcia umowy”,

5. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z treści rozdziału XVII SWU oraz Załącznika nr 24 do SWU wymogu, aby system monitorowania wizyjnego pojazdów generował widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360°) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym;

6. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pkt 5 z rozdziału XV SWU,

7. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie § 18 z treści Projektu Umowy oraz nadanie postanowieniu § 17 ust. 5 Projektu Umowy następującego brzmienia:

„5. 100 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający zwróci w terminie 30 dni od dnia wykonania przez Wykonawcę całości przedmiotu umowy i uznania go przez Zamawiającego za należyte wykonane”;

8. obniżenia kar przewidzianych w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) i f), § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a), c) i e), § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) i b), § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) - s) oraz lit. bb, § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) i r), § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g), k), o) i p) Projektu Umowy do wysokości odpowiednio dla kary:

- a. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) Projektu Umowy - do wysokości 100 zł,
- b. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. f) Projektu Umowy - do wysokości 100 zł,
- c. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy do wysokości 50 zł,
- d. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy do wysokości 1 000 zł,
- e. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy do wysokości 10 zł,
- f. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. c) Projektu Umowy do wysokości 1 000 zł;

- g. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy do wysokości 10 zł,
- h. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy do wysokości 5 000 zł;
- i. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy do wysokości 10 zł,
- j. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy do wysokości 500 zł;
- k. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 200 zł;
- l. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. z) Projektu Umowy do wysokości 1 000 zł;
- m. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
- n. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. p) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
- o. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 500 zł;
- p. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł;
- q. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. s) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł.
- r. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 50 zł,
- s. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. j) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2 000 zł,
- t. przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy kary umownej w wysokości 2 000 zł;

9. wykreślenia kar umownych przewidzianych w:

- a. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o) Projektu Umowy;
- b. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. p) Projektu Umowy;
- c. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. q) Projektu Umowy;
- d. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. r) Projektu Umowy,
- e. § 15 ust. 2 pkt 11 lit. t) Projektu Umowy,
- f. § 15 ust. 2 pkt 14 lit. k) Projektu Umowy,
- g. § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy,
- h. § 15 ust. 2 pkt 14 lit. p) Projektu Umowy

względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 2 powyżej

10. nakazanie Zamawiającemu obniżenia wysokości kar pkt 7 powyżej do 20% ich pierwotnej wysokości,

11. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany polegającej na dookreśleniu, że każda z kar określonych w § 15 ust. 2 Umowy jako iloczyn określonej kwoty i liczby dni będzie naliczana za okres nie dłuższy niż 30 dni lub do oznaczonej sumy (np. 30 000 zł) oraz o określenie maksymalnego limitu wszystkich kar za nienależyte wykonanie umowy na poziomie odpowiadającym karze za jej niewykonanie, tj. na poziomie kary za odstąpienie od umowy (10% wynagrodzenia wykonawcy netto),

12. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez usunięcie obecnego rodzaju danych osobowych i zastąpienie go poniższym: imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/zastrzeżenie, dane kontaktowe oraz kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii, oraz zamiana w treści dokumentacji przetargowej w której znajdują się odwołania do rodzaju powierzonych danych osobowych.

13. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści projektu umowy powierzenia przetwarzania danych poprzez wykreślenie zobowiązania określonego w § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia przetwarzania danych, a także wykreślenie odwołań w treści projektu umowy powierzenia do § 8 ust. 2

14. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści rozdziału XV pkt 5 SWU poprzez wskazanie, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest Zamawiający, a w konsekwencji zamiana treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych poprzez dodanie rodzaju powierzonych danych osobowych w postaci wizerunku osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

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

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący 1 podniósł co następuje.

#### Zarzut dotyczący zbyt krótkiego terminu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki

Odwołujący 1 podniósł, że jednym z najistotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia jest oznaczenie przez podmiot zamawiający terminów na realizację obowiązków wykonawcy. Odwołujący 1 przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 2967/13. Odwołujący 1 stwierdził, że ustanowienie przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji

zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki jego przedmiotu oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może bezpośrednio prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym prowadzić do naruszenia powyższej normy prawnej. Takie działanie narusza również, zdaniem Odwołującego 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem stanowi przejaw opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Jak wynika z treści § 4 ust. 3 Projektu Umowy, przedmiot umowy w zakresie określonym w SWU (z zastrzeżeniem części obowiązków dotyczących monitorowania pojazdów i sprawozdawczości) będzie świadczony od dnia wskazanego przez Zamawiającego, przy czym termin ten (zgodnie z przypisem 1 do wskazanego postanowienia) rozpocznie się nie wcześniej, niż 30 dni od dnia zawarcia umowy. Stosownie zaś do § 4 ust. 2 Projektu Umowy, z dniem zawarcia Umowy wykonawca zobowiązany będzie podjąć działania niezbędne do prawidłowego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem II pkt 2 ppk 1 i 2 SWU (strona 6 SWU) Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów niesegregowanych (zmieszanych) oraz pojemniki do gromadzenia odpadów zbieranych selektywnie.

Z powyższego wynika, że Zamawiający gwarantuje wykonawcy jedynie 30 dni „okresu przygotowawczego”, w ramach którego Wykonawca będzie zobowiązany podjąć wszystkie czynności związane z zakupem wielu tysięcy pojemników (przewidywaną liczbę pojemników określa Załącznik nr 4 do SWU), dostosowaniem ich do wymagań Zamawiającego (w tym odpowiedniego ich oznakowania oraz rozmieszczenia ich na nieruchomościach zlokalizowanych na obszarze Sektora IV (Psie Pole).

Co więcej, zgodnie z pkt 5 ppkt 4 w rozdziale XIII SWU wykonawca jest zobligowany do dokonania inwentaryzacji pojemników (tych już rozstawionych na nieruchomościach) w terminie zaledwie 3 tygodni od dnia zawarcia umowy, co w praktyce skraca termin wyposażenia nieruchomości w pojemniki do tego czasu.

W ocenie Odwołującego 1, tak krótki termin na wyposażenie nieruchomości w pojemniki przez wykonawców innych niż ten, który aktualnie realizuje przedmiot umowy, jest nawet nie tyle trudne, co wręcz niemożliwe do wykonania. W tym zakresie świadczenie wykonawcy wynikające z umowy winno być uznane za świadczenie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.

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

z podmiotów działających na rynku.

Prawidłowa realizacja obowiązku wyposażenia nieruchomości w pojemniki (kilkadziesiąt tysięcy takich pojemników) wymaga przeznaczenia istotnych nakładów pracy oraz poświęcenia czasu znacząco przekraczającego przyjęte przez Zamawiającego terminy. Ponadto, wiąże się z poniesieniem istotnych kosztów przez danego wykonawcę, przez co zasadniczo może być wykonana dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z informacjami posiadanymi przez Wykonawcę, dostawa wymaganej liczby pojemników (zakładając brak utrudnień związanych z wystąpieniem stanu wyjątkowego spowodowanego pandemią koronawirusa SARS-CoV-2) przez podmioty oferujące je na rynku wymaga co najmniej 6 pełnych tygodni, a więc czasu dwukrotnie dłuższego, niż zapewniony przez Zamawiającego.

Rozmieszczenie pojemników na odpady na nieruchomościach jest długotrwałym i skomplikowanym logistycznie procesem. Pojemniki w pierwszej kolejności muszą zostać zakupione w ilościach i rodzajach dostosowanych do specyfiki zamówienia oraz wymagań zamawiającego wynikających obowiązującego we Wrocławiu systemu gospodarowania odpadami, w tym co do ich odpowiedniego oznaczenia.

Samo rozmieszczanie pojemników musi być dokonywane w ściśle usystematyzowany sposób - właściwe pojemniki (różniące się od siebie co do rodzaju, koloru i pojemności) muszą być dostarczone w odpowiednie miejsca docelowe). Operacja ta musi zostać poprzedzona inwentaryzacją oraz aktualizacją danych o Miejscach Gromadzenia Odpadów (MGO) w oparciu o dane, które dopiero zostaną przekazane przez Zamawiającego po zawarciu umowy (zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale XIII SWU). Ponadto, zgodnie z postanowieniami rozdziału II pkt 1 ppkt 1 SWU przed rozstawieniem pojemników wykonawca jest zobligowany do przeprowadzenia konsultacji z właścicielami nieruchomości, co samo w sobie również będzie procesem długotrwałym i może spowodować wydłużenie procesu rozstawiania pojemników.

Operacja wyposażenia nieruchomości w pojemniki na terenie sektora IV, zdaniem Odwołującego 1, wymaga co najmniej 90 dni.

Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że operacja rozstawiania pojemników w takich lokalizacjach przez „nowego” (wyłonionego w Postępowaniu wykonawcę) powinna być realizowana we współpracy z wykonawcą, który swoje pojemniki usuwa. Z uwagi na fakt, iż ów drugi wykonawca nie jest w żaden sposób ww. współpracą ekonomicznie zainteresowany (musiałby bowiem pomagać swojemu konkurentowi), celem jest podjęcie działań koordynujących przez samego Zamawiającego. Przejawem takiego działania mogłoby być przykładowo przygotowanie i udostępnienie wybranemu w Postępowaniu wykonawcy



harmonogramu usuwania pojemników przez dotychczasowego usługodawcę i zapewnienie „nowemu” wykonawcy czasu na podstawienie pojemników w wymierza co najmniej 14 dni od usunięcia pojemników zgodnie z tym harmonogramem. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 4 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2411/13, KIO 2434/13.

Odwołujący 1 zaznaczył, że w stanie faktycznym sprawy jedynie wykonawca aktualnie świadczący usługę odbioru odpadów z obszaru Psiego Pola ma zapewnioną możliwość dotrzymania terminu przyjętego przez Zamawiającego. Wspomniany wykonawca dysponuje już bowiem pojemnikami na odpady znajdującymi się na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia, co oznacza, iż nie będzie on już musiał - w przeciwieństwie do Odwołującego 1 i innych wykonawców - wyposażać nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów ani ryzykować zapłaty wysokich kar umownych w przypadku, gdy obowiązek ten w jakimkolwiek zakresie nie zostałby terminowo wykonany.

Celowe jest zatem, zdaniem Odwołującego 1, zniwelowanie ww. uprzywilejowania w stopniu umożliwiającym innym wykonawcom złożenie oferty w Postępowaniu - poprzez wydłużenie czasu na wyposażenie nieruchomości w pojemniki do co najmniej 90 dni oraz zapewnienie współpracy z wykonawcą usuwającym pojemniki - w szczególności poprzez dostarczenie „nowemu” Wykonawcy harmonogramu usuwania pojemników i zagwarantowania minimalnego terminu na dostarczenie pojemników liczonego od terminów wskazanych w tym harmonogramie (lub od dnia faktycznego usunięcia pojemników - w przypadku, gdyby takie usunięcie nastąpiło z przekroczeniem terminów wskazanych w harmonogramie).

#### Zarzuty dotyczące systemu monitoringu wizyjnego pojazdów

W rozdziale XVII pkt 1 ppkt 1 SWU Zamawiający wskazał na obowiązek wyposażenia pojazdów realizujących przedmiot umowy (pojazdy bezpylne oraz myjki) w system monitorowania bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez stref martwych (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie rzeczywistym, oraz nagrywarkę cyfrową do zapisu materiału video z wszystkich kamer zgodnie z załącznikiem nr 28 - Wymagania dotyczące systemu wizyjnego monitorowania pojazdów:

- a. widok bez martwych stref (360 stopni) - cztery szerokokątne kamery rejestrujące obraz z każdej strony pojazdu (w tym ze stref martwego pola),
- b. widok „z lotu ptaka” - dostępny dla kierowcy w czasie rzeczywistym na ekranie znajdującym się w kabinie widok z każdej kamery osobno oraz w formie widoku z lotu ptaka.

System ten musi spełniać wymagania szczegółowo określone w rozdziale XVII SWU oraz w Załączniku nr 28 do SWU.

Odwołujący 1 podniósł, że tak opisany przez Zamawiającego system jest oferowany tylko przez jednego dostawcę systemu monitorowania, tj. BRIGADE ELECTRONICS - spółki z siedzibą w Wielkiej Brytanii, producenta systemu Backeye 360 (dalej: „BACKEYE 360”). Tylko ww. dostawca posiada w swojej ofercie system wykorzystujący kamery działające w trybie 360° oraz zapewniające tzw. „widok z lotu ptaka”.

Odwołujący 1 stwierdził, że opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na system tego dostawcy pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a nadto utrudnia uczciwą konkurencję w Postępowaniu bowiem:

- w uprzywilejowanej sytuacji stawia podmioty korzystające z systemu BACKEYE 360 lub posiadające z ww. podmiotem lepsze kontakty gospodarcze,
- uzależnia wykonawców od dostawcy systemu BACKEYE 360, który mając w istocie monopol na dostarczenie systemu opisanego w SIWZ może od wykonawców żądać wynagrodzenia znacząco przekraczającego wartość przedmiotowego systemu, a także może potencjalnie odmówić dostarczenia i zainstalowania tego systemu w terminach określonych w SIWZ, eliminując *de facto* wykonawcę z możliwości prawidłowej realizacji Zamówienia.

Odwołujący 1 podał też, że wskazane funkcjonalności, dostępne jedynie w systemie BACKEYE 360 nie zapewniają Zamawiającemu realnych korzyści. W szczególności, nie gwarantuje on zapewnienia odpowiednio szczegółowego obrazu z każdej strefy. Zastosowanie w tym systemie obiektywów ultra szerokokątnych (tzw. „rybie oko”) sprawia, że przekazywany z kamer obraz jest rozciągnięty, zagięty i mało wyraźny. Ponadto, materiał video na łączeniach obrazu z kamer - w przypadku, gdy pojawi się tam jakiś obiekt - staje się zaburzony (pojawiający się obiekt zostaje rozciągnięty na materiał video z dwóch kamer), a tym samym nieczytelny. Ponadto taki model zapisu video wiąże się ze znacznym zwiększeniem jego objętości (blisko czterokrotnym) co znacznie podwyższa koszty obsługi systemu.

Zdaniem Odwołującego 1, bardziej czytelny byłby obraz rejestrowany przez standardowy system monitoringu, oparty o 4 kamery, które byłyby zamontowane z przodu, tyłu oraz na obu bokach pojazdu. Dzięki wykorzystaniu takiego systemu uzyskiwany jest czytelny materiał video z każdej części pojazdu - i taki materiał może stanowić realny materiał dowodowy na potrzeby kontroli świadczenia i jego zastosowanie pozwoli uniknąć utrudnienia konkurencji w postępowaniu.

Dodatkowo, Odwołujący 1 podniósł, że aktualnie nie jest możliwe zaoferowanie systemu spełniającego wymóg określony w rozdziale XVII pkt 5 SWU, dotyczący umożliwienia przez system anonimizacji zarejestrowanych w materiale video osób i pojazdów. Aktualnie nie istnieje na rynku system, który by zapewniał taką anonimizację. Anonimizacja obrazu udostępnianego w trybie rzeczywistym (rozdział XVII pkt 2 SWU) wiązałaby się

z koniecznością zapewnienia specjalistycznego oprogramowania oraz sprzętu komputerowego dysponującego ogromną mocą obliczeniową - a żaden z dostawców systemów monitorowania takimi zasobami nie dysponuje.

Ewentualna anonimizacja obrazu mogłaby być dokonywana - zgodnie z informacją uzyskana od dostawców systemów monitorujących - już po zarejestrowaniu materiału w trybie doraźnego jego przetworzenia w oznaczonym przez użytkownika zakresie. Tego rodzaju przetwarzanie obrazu nie zapewniałoby jednak pełnej anonimizacji nagrania przed jego udostępnieniem Zamawiającemu, a nadto wiązałoby się z ingerencją w zapisany obraz - co zgodnie z treścią pkt 10 w rozdziale XVII SWU jest niedopuszczalne.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego 1, celowe jest nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 10 z rozdziału XVII SWU.

#### Zarzut dotyczący zapisów o rękojmi

Odwołujący 1 stwierdził, że za niezgodne z prawem winno zostać uznać zawarte w § 18 Projektu Umowy postanowienie, zgodnie z którym wykonawca zawierający Umowę miałby udzielić Zamawiającemu rękojmi na jej przedmiot na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia jej realizacji.

Jak wskazał Odwołujący 1, świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia jest usługą, do której zastosowanie będą miały przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu (art. 750 k.c.). Przepisy k.c. nie przewidują stosowania rękojmi przy umowie zlecenia - co jest uzasadnione przede wszystkim specyfiką stosunku zlecenia.

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

Jednocześnie w orzecznictwie sądowym eksponuje się, jako jeden z najbardziej skutecznych sposobów na odróżnienie od siebie umów o dzieło i zlecenia, tzw. test rękojmi. Polega on na możliwości poddania dzieła testowi na istnienie wad. Jeżeli taki test można przeprowadzić, oznacza to, że analizowana umowa ma charakter umowy o dzieło. W przypadku natomiast, gdy test rękojmi nie jest możliwy do wykonania, umowa ta ma

charakter umowy zlecenia. Stosowanie tego argumentu potwierdził m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 maja 2013 r. sygn. akt III AUa 987/12.

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

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

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

#### Zarzuty dotyczące kar umownych

Odwołujący 1 przywołał aprobowane w orzecznictwie stanowisko, w myśl którego co do zasady Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania

postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

Na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający przewidział niezwykle szeroki katalog okoliczności skutkujących możliwością naliczenia kar umownych wobec Zamawiającego. Katalog ten składa się w sumie aż ze 180 przesłanek, których znaczna część swym zakresem obejmuje cały szereg okoliczności faktycznych, w wielu przypadkach określonych nieprecyzyjnie. W praktyce każde naruszenie przez wykonawcę któregokolwiek z postanowień umowy w sprawie zamówienia oraz każde naruszenie zapisów SWU stwarzać będzie po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia wysokich kosztów kar umownych.

Nie kwestionując - co do zasady - uprawnienia Zamawiającego do określenia tak szerokiego katalogu kar umownych naliczanych wobec wykonawcy (przy jednoczesnym braku przewidzenia chociażby jednego przypadku, w którym karę umowną mógłby naliczyć Wykonawca) Odwołujący 1 wskazał, że w okolicznościach niniejszego Postępowania ów katalog kar umownych został określony w taki sposób, że obciąża wykonawcę ogromnym ryzykiem (niewspółmiernym do charakteru prowadzonego postępowania), którego rzeczywisty zakres oraz rozmiar jest na etapie sporządzania oferty niemożliwy do przewidzenia. Powyższe

wynika co najmniej z trzech powodów:

- po pierwsze, z określenia wysokości kar umownych na poziomie rażąco wygórowanym, niewspółmiernym do potencjalnej szkody Zamawiającego oraz wartości świadczeń, za których niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególne kary mogą zostać naliczone, co przy jednoczesnym określeniu niezwykle szerokiego ich katalogu stwarza po stronie Wykonawcy ryzyko poniesienia straty niewspółmiernej do ewentualnych uchybień w realizacji Umowy oraz szkody, która mogłaby być przez Zamawiającego poniesiona,
- po wtóre, z przewidzenia kar umownych naliczanych w przypadkach, które mogą zaistnieć pomimo dołożenia przez Wykonawcę należytej staranności,
- po trzecie, z braku oznaczenia maksymalnej wysokości, w jakiej kary mogą zostać na Wykonawcę nałożone.

W ocenie Odwołującego 1, wobec takiego ukształtowania treści umowy potencjalna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający jest uprawniony obciążyć Wykonawcę, może przekroczyć wysokość całego wynagrodzenia wypłacanego Wykonawcy i to nawet w przypadku, jeśli świadczenie wykonawcy w znacznej części zostanie wykonane należycie.

➤ Ustanowienie kar umownych rażąco wygórowanych

Odwołujący 1 zwrócił uwagę na pogląd wyrażony w piśmiennictwie, zgodnie z którym kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiegokolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada.

Jak podał Odwołujący 1, kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dlatego mówi się o funkcji represyjnej kary umownej, która szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz gdy strony ustalają karę

umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej. Element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 § 1 zd. 1 k.c. - wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 roku, III CKN 122/01, LEX nr 141400).

Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (wyr. SA w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., sygn. akt I ACa 368/05). Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyr. SN z dnia 17 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 122/01) /za wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 18.05.2017 r., sygn. akt X GC 56/14/.

Odwołujący 1 zaznaczył, że powyższy prymat funkcji kompensacyjnej jest uzasadniony chociażby treścią art. 483 k.c., który to przepis wprost stanowi, że kara umowna jest instrumentem służącym naprawieniu szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zaś jakimkolwiek „motywowaniu” dłużnika do dołożenia wyższej, aniżeli wymagana w normalnych warunkach (tj. w przypadku braku zastrzeżenia kary) staranności przy wykonywaniu zobowiązań umownych.

Kara umowna nie służy dodatkowemu finansowaniu wierzyciela (wzbogacaniu go), lecz ma na celu ułatwienie dochodzenia rekompensaty (wyrównania) szkody poniesionej w wyniku niewłaściwego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Jak słusznie w tym zakresie zauważył Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 września 2018 r., sygn. akt I AGa 139/18, względy aksjologiczne przemawiają za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Odwołujący 1 przywołał także opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z 2018 r. oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18.

Z powyższych względów wysokość zastrzeganej w umowie kary umownej nie może być kształtowana dowolnie (w szczególności na dowolnie wskazanym wysokim poziomie). Kara umowna nie może być ustalona na poziomie rażąco wygórowanym, co wprost wynika z treści art. 484 § 2 k.c.

Odwołujący 1 wskazał ponadto, że podstawowym kryterium stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych

poniesionych przez wierzyciela (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 13.2.2014 r., sygn. akt V CSK 45/13). Przyjęcie rażącego wygórowania kary umownej może być uzasadnione również, jeżeli dłużnik wykazał, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze (por. wyr. SN z 11.12.2008 r., sygn. akt II CSK 364/08), lub w porównaniu z odszkodowaniem na zasadach ogólnych (por. wyr. SN z 11.10.2007 r., sygn. akt IV CSK 181/07), w porównaniu z wartością całego zobowiązania głównego (por. wyr. SN z 19.4.2006 r., sygn. akt V CSK 34/06 ), lub z wartością spełnionego z opóźnieniem świadczenia (por. wyr. SN z 20.5.1980 r., sygn. akt I CR 229/80). W przypadkach, w których dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania ponosi odpowiedzialność na zasadzie winy, kryterium, do którego sąd może się w określonym wypadku odwołać przy dokonywaniu miarkowania, jest niski stopień winy dłużnika. Wierzyciel nie powinien bowiem mieć możliwości dochodzenia kary umownej w pełnej wysokości niezależnie od stopnia naruszenia przez dłużnika stosunku zobowiązaniowego (por. wyr. SN z 22.1.2015 r., sygn. akt I CSK 690/13). W doktrynie wskazuje się, że przy ocenie potencjalnego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy, jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, a także wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela, a także zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych w przyszłości.

W tym zakresie słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt I ACa 70/17: „ustawa nie przewiduje kryteriów oceny wysokości kary umownej jako rażąco wygórowanej Pierwszym z kryteriów stwierdzenia rażącego wygórowania kary umownej jest uwzględnianie jej stosunku do szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Szkodę tę należy rozumieć szeroko, jako całość uszczerbków majątkowych i niemajątkowych poniesionych przez wierzyciela. Po drugie, wskazuje się, że miarkowanie odszkodowania w oparciu o przesłankę rażącego wygórowania może być łączone z porównaniem wartości kary umownej do wartości zobowiązania przy uwzględnieniu słusznego interesu wierzyciela.”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Odwołujący 1 wskazał, że w świetle przedstawionego kryterium, kary zapisane przez Zamawiającego w postanowieniach

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



- f) § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy,
- g) § 15 ust. 2 pkt 11 lit. z) Projektu Umowy,
- h) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. n) Projektu Umowy,
- i) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. o - s) Projektu Umowy
- j) § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy
- k) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. g) Projektu Umowy,
- l) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. j) Projektu Umowy,
- m) § 15 ust. 2 pkt 14 lit. o) Projektu Umowy.

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

I tak:

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 3 lit. e) i f) Projektu Umowy dotyczy przypadku niedostarczenia oświadczenia potwierdzającego wypełnienie obowiązku dostarczenia harmonogramów na teren nieruchomości jednorodzinnych, za każdy przypadek i za każdy dzień - co oznacza, biorąc pod uwagę dużą liczbę nieruchomości, do których harmonogramy muszą zostać doręczone, że potencjalna kara w przypadku opóźnienia w przekazaniu harmonogramu wynoszącego zaledwie jeden dzień może być bardzo wysoka - niewspółmiernie wyższa od potencjalnej szkody, jaką może ponieść w tym przypadku Zamawiający (w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że możliwa jest sytuacja, w której wykonawca przekaże harmonogram do nieruchomości, a jedynie nie dostarczy oświadczenia Zamawiającemu (dostarczy go z opóźnieniem),
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 4 lit. c) Projektu Umowy w wysokości 1 000 zł w przypadku niedostarczenia i/lub nieudostępnienia Zamawiającemu w tym na Wirtualnym Dysku, któregośkolwiek z elementów sprawozdania miesięcznego i/lub Miesięcznych Kart Bilansu Odpadów Komunalnych określonych w SWU, za każdy element i za każdy dzień - kara ta potencjalnie, w zależności od liczby nieprzekazanych dokumentów bądź niezawartych elementów, może kumulować się do ogromnej wysokości (biorąc pod uwagę liczbę elementów zwartych w rozdziale XX SWU), zupełnie nieproporcjonalnej do poniesionej przez Zamawiającego szkody,
- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów ID do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 10 000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką) a jednocześnie jest

opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy - co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery ID nie zostały przypisane do MGO,

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. b) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów ID do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 100 zł za każdy dzień opóźnienia za każde MGO co przy liczbie MGO ok. 9 300 powoduje, że nawet krótkie opóźnienie w czynności wprowadzenia numerów ID dla wszystkich MGO (co może być związane z opóźnieniem we wdrożeniu systemu) będzie się wiązało z obowiązkiem zapłaty niebotycznie wysokiej kary sięgającej 930 000 zł za każdy dzień opóźnienia a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy - co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery ID nie zostały przypisane do MGO,

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

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. d) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania unikalnych numerów Transponderów zamontowanych w pojemnikach do MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 100 zł za każdy dzień opóźnienia za każde MGO co przy liczbie MGO ok. 9 300 powoduje, że nawet krótkie opóźnienie w czynności wprowadzenia numerów ID dla wszystkich MGO (co może być związane z opóźnieniem we wdrożeniu systemu) będzie się wiązało z obowiązkiem zapłaty niebotycznie wysokiej kary sięgającej 930 000 zł za każdy dzień opóźnienia a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. c) Projektu Umowy - co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że unikalne numery ID nie zostały przypisane do MGO,

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania do wykazu adresów nieruchomości informacji o MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 30 000 zł za każdy dzień opóźnienia (co jest wartością bardzo wysoką), a jednocześnie jest opisana w sposób identyczny, jak kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. f) Projektu Umowy - co stwarza ryzyko podwójnego naliczania tejże kary w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że do wykazu adresów nieruchomości nie zostały przypisane

informacje o MGO,

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. e) Projektu Umowy dotycząca nieprzypisania do wykazu adresów nieruchomości informacji o MGO w systemie identyfikacji pojemników ustalona została na poziomie 100 zł za każdy adres, co powoduje, że nawet krótkie opóźnienie w czynności dla wszystkich adresów (przy liczbie adresów przekraczającej liczbę MGO) będzie się wiązało z ryzykiem zapłaty kary przekraczającej 1 mkn. dziennie),
- sumarycznie kary przewidziane w § 15 ust. 2 pkt 5 lit. a - f) - w przypadku opóźnienia w przypisaniu w systemie danych dotyczących zarówno numerów ID MGO, Transponderów i adresów nieruchomości (co często może być powiązane) mogą wynieść kilka milionów złotych za każdy dzień opóźnienia, co w przypadku trwania opóźnienia w okresie jednego miesiąca może skutkować naliczeniem kary na poziomie wartości całego zamówienia. Tak wysoką karę trudno uznać za uzasadnioną możliwością wystąpienia jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego (w szczególności w przypadku, gdy pomimo zaistnienia tego rodzaju opóźnienia usługa odbioru odpadów będzie realizowana należycie; a jedynym powodem opóźnień będą względy techniczne, leżące przykładowo po stronie dostawcy systemu);
- przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 6 lit. a) Projektu Umowy kara za niedostarczenie wyliczeń chociażby w jednej z form przewidzianych przez Zamawiającego jest karą bardzo wysoką (5 000,00 zł) i całkowicie oderwaną od potencjalnej szkody Zamawiającego - Zamawiający nie poniesie żadnej szkody w przypadku niewielkiego opóźnienia w przekazaniu ww. wyliczeń, a naliczona kara będzie prowadziła wyłącznie do jego wzbogacenia; jak wynika z literalnego brzmienia kwestionowanego zapisu kara ta - co Odwołujący podkreślił - może być naliczona nawet wówczas, gdy Wykonawca przedstawi wyliczenia, ale tylko w jednej formie (elektronicznej albo pisemnej) - a wówczas trudno będzie mówić o powstaniu jakiegokolwiek uszczerbku po stronie Zamawiającego,
- analogiczne względy przemawiają za uznaniem za rażąco wygórowaną kary umownej określonej w § 15 ust, 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy (2 000 zł za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z rozdziałem XXI pkt 3 SWU) - dodatkowo należy zwrócić uwagę, że nie jest jasne, do jakich dokumentów referuje przedmiotowe postanowienie - bowiem pkt 3 w rozdziale XXI wspomina o sprawozdaniach oraz „dokumentach dotyczących poziomów ograniczania masy odpadów, poziomów recyklingu przygotowania do ponownego użycia i odzysku” - bez jednoznacznego precyzowania (w tym punkcie), jakie są to dokumenty, co biorąc pod uwagę naliczanie kary „za każdy przypadek” otwiera pole do interpretacji zapisu, narażając wykonawcę na zwielokrotnienie ww. kary w zależności od tego, ile dokumentów w danym przypadku wykonawca przekaże z opóźnieniem);

- kara określona w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. z) Projektu Umowy ustalona została w oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego - trudno bowiem mówić o szkodzie wynikającej z tego, że dany pojazd nie został oznaczony dokładnie tak, jak tego w danym przypadku wymagał Zamawiający; w szczególności należy mieć na uwadze fakt, że ewentualne niezgodności w oznakowaniu takiego pojazdu, jeśli będą trwały przez okres jednego miesiąca, będą uprawniały do naliczenia przez Zamawiającego kary na poziomie 300 000 zł - a więc potencjalnie nawet więcej, niż wynosi wartość takiego pojazdu,

- kara umowna przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. q) Projektu Umowy dotyczy nie przywrócenia dostępu do systemu wizyjnego monitorowania pojazdów i wynosi 5 000,00 zł za każdy przypadek i za każdy dzień - co daje podstawę przypuszczać, że w przypadku odmiennych jakościowo awarii tego systemu, w szczególności awarii w różnych pojazdach kara ta będzie zwielokrotniana i potencjalnie może być okazać się bardzo wysoka; nadto kara ta pozostaje w całkowitym oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego (trudno jest stwierdzić, aby taka szkoda po stronie Zamawiającego w związku z czasowym brakiem dostępu do sygnału wizyjnego z jednego pojazdu odbierającego odpady zbliżyła się choć trochę do poziomu 5 000,00 zł dziennie; podkreślenia również wymaga, że zupełnie niezrozumiała jest sytuacja, w której Zamawiający z jednej strony wymaga dostarczenia konkretnego systemu monitoringu BACKEYE 360 (nie dając wykonawcy nawet możliwości wyboru dostawcy), z drugiej strony za błędy w jego działaniu obciąża wykonawcę i to w wysokości tak wysokiej, jak przewidział to Zamawiający,

- kary przewidziane § 15 ust. 2 pkt 12 lit. n), o), p) i q) Projektu Umowy za nienależyte wykonanie obowiązków związanych z systemem monitoringu wizyjnego (5 000 zł za każdy przypadek, za każdy dzień) lub za nieprzywrócenie - kara ta również pozostają w całkowitym oderwaniu od potencjalnej szkody Zamawiającego (trudno jest stwierdzić, aby taka szkoda po stronie Zamawiającego w związku z czasowym brakiem dostępu do sygnału wizyjnego z jednego pojazdu odbierającego odpady zbliżyła się choć trochę do poziomu 5 000,00 zł dziennie; podkreślenia również wymaga, że zupełnie niezrozumiała jest sytuacja, w której Zamawiający z jednej strony wymaga dostarczenia konkretnego systemu monitoringu BACKEYE 360 (nie dając wykonawcy nawet możliwości wyboru dostawcy), z drugiej strony za błędy w jego działaniu obciąża wykonawcę i to w wysokości tak wysokiej, jak przewidział to Zamawiający, dodatkowo kary te mogą w wielu przypadkach wynikać z tożsamyh okoliczności (awarii, braków wyposażenia), co może prowadzić do ich zwielokrotniania lub kumulowania,

- przewidziana w § 15 ust. 2 pkt 12 lit. r) Projektu Umowy kara umowna za każdy przypadek braku czytelności zapisu (500 zł) może być naliczana za każdą kamerę i za każdy dzień, co oznacza, że brak czytelności zapisu z jednego pojazdu wiąże się z potencjalną karą

w wysokości 2 500 zł (5 kamer); kara podobnie jak uprzednio wymienione, abstrahuje od wysokości szkody Zamawiającego, ponadto, zdaniem Odwołującego, obraz z systemu wymaganego przez Zamawiającego (BACKEYE) co do zasady może być nieczytelny (jak zostało wskazane we wcześniejszej części odwołania), co stwarza ryzyko częstego naliczania tego rodzaju kary przez Zamawiającego,

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

Odwołujący 1 stwierdził, mając powyższe na uwadze, że przedmiotowe kary winny zostać obniżone - zgodnie z wnioskiem Odwołującego 1 zawartym w petitum odwołania.

- Ustalenie kar naliczanych za przepełnienie pojemników oraz za brak ponowienia usługi w przypadku niewystawienia pojemnika przez właściciela

Sprzeczne z naturą stosunku prawnego i obciążające wykonawcę nadmiernym oraz niemożliwym do skalkulowania ryzykiem są kary umowne przewidziane za dopuszczenie do przepełnienia się pojemników.

Wskazać bowiem należy, że usługa odbioru odpadów jest umową starannego działania, w której wykonawca jest zobowiązany dołożyć należytej staranności i odbierać odpady zgodnie z wcześniej ustalonym harmonogramem. Świadczenie wykonawcy nie polega na stałym monitorowaniu każdego z tysięcy pojemników na odpady (technicznie nie byłoby to wykonalne) oraz wysyłaniu pojazdu odbierającego odpady w przypadku jego zapelnienia w określonym stosunku, lecz regularny odbiór odpadów (połączony oczywiście z możliwością stosownego zwiększenia częstotliwości odbioru w sytuacji, gdy pojemniki regularnie się przepełniają).

Wykonawca nie jest w stanie w wielu przypadkach przewidzieć zapelnienia się pojemników, bowiem owo zapelnianie często następuje w sposób nieliniowy i nie dający się przewidzieć (i tym samym nie dający podstawy do zaplanowania przez wykonawcę z odpowiednim wyprzedzeniem dodatkowego kursu pojazdu odbierającego odpady). Często zdarzają się sytuacje, w której mieszkańcy (np. w związku z remontem, wymianą mebli bądź urządzeń bądź otrzymaniem dostawy wyposażenia mieszkania) jednorazowo wyrzucają większą ilość odpadów do jednego pojemnika, co może prowadzić do jego szybkiego zapelnienia.

Bardzo często przepełniany jest tylko jeden z wielu pojemników (np. ten położony najbliżej wejścia), podczas gdy inne pozostają puste - bowiem mieszkańcom najłatwiej jest pozostawiać odpady w tym właśnie pojemniku.

Karanie wykonawcy za wystąpienie takiej sytuacji musi być uznane za sprzeczne z naturą zobowiązania wykonawcy oraz z zasadami współżycia społecznego, bowiem taka sytuacja może nastąpić nawet pomimo dochowania przez wykonawcę należytej staranności (w tym staranności najwyższej).

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego 1, celowe jest nakazanie Zamawiającemu wykreślenie ww. kar z Projektu Umowy.

Za nieuzasadnione Odwołujący 1 uznał również karanie wykonawcy za niedokonanie ponownego odbioru w przypadku np. niewystawienia pojemnika przez właściciela lub zarządcę nieruchomości. Sytuacje tego rodzaju nie są możliwe do przewidzenia i oznaczają obciążenie wykonawcy kosztami dodatkowego odbioru i przeorganizowania sposobu świadczenia usługi (często przez wysłanie dodatkowego pojazdu bądź zmianę tras odbioru odpadów).

Z tej przyczyny zasadne będzie, zdaniem Odwołującego 1, nakazanie Zamawiającemu wykreślenie również kary przewidzianej w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. ee Projektu Umowy.

- Brak określenia maksymalnego poziomu, do jakiego mogą być naliczane kary ustalone kumulatywnie za każdy dzień trwania naruszenia

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

Tymczasem zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego i sądów powszechnych „nie określenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 KC wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy

wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości” (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 października 2015 r., sygn. akt IV CSK 687/14; Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. akt IV CSK 511/16; wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 5 października 2017 r., sygn. akt I ACa 411/17; wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt I ACa 872/17).

Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące zasad formułowania kar umownych udziela dokładnych wytycznych co do kształtowania wysokości kar umownych. Sąd Najwyższy stoi w tym zakresie na stanowisku, że „sformułowanie art. 483 § 1 KC dopuszczające zastrzeżenie kary umownej w „określonej sumie” w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że kara ta powinna być w chwili zastrzegania wyrażona kwotowo. Dopuszczalne byłoby posłużenie się innymi miernikami wysokości, np. ułamkiem wartości rzeczy, albo ułamkiem innej sumy (wartości kontraktu) jeżeli ustalenie kwoty byłoby tylko czynnością arytmetyczną, natomiast przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalenie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 KC i stanowiłoby inną czynność prawną” (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2007 r., sygn. akt I CSK 420/06), a „określenie kary umownej może nastąpić przez wskazanie kryteriów, dzięki zastosowaniu których, możliwe będzie wskazanie sumy, jaką dłużnik zobowiązany będzie zapłacić wierzycielowi.” (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 428/07). Tezę tę rozwinął Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt XVIII C 773/17. Podobnie wypowiedział się też Sąd Okręgowy w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 lutego 2017 r., sygn. akt XIII Ga 748/16.

Dostrzeżenia w tym zakresie wymaga, że w przypadku naliczania przedmiotowych kar umownych w dłuższym okresie czasu znaczna ich część może w konsekwencji okazać się karami rażąco wygórowanymi. W sytuacji np. braku zwrócenia przez Zamawiającego uwagi Wykonawcy na określone uchybienia (np. wyposażeniu pojazdów odbierających odpady czy w działaniu systemów bądź oznakowaniu pojemników lub pojazdów), które istniały od początku realizacji zamówienia, Zamawiający mógłby po upływie np. kilkunastu miesięcy naliczyć kary sięgające kilku milionów złotych.

W konsekwencji, w stanie faktycznym sprawy, brak oznaczenia przez Zamawiającego kwoty bądź terminu, do których przewidziane w § 15 ust 2 Projektu Umowy kary umowne naliczane jako iloczyn określonej kwoty i jednostki czasu (liczby dni) miałyby być naliczane, musi być uznany za sprzeczne z art. 483 k.c. (z uwagi na brak wskazania „określonej sumy”), a nadto jako naruszający zasady współżycia społecznego oraz sprzeczny z naturą zobowiązania.

## Zarzuty dotyczące ochrony danych osobowych

- Zarzut dotyczący powierzenia do przetwarzania nadmierowej ilości danych

Projekt umowy powierzenia przetwarzania zakłada powierzenie wykonawcy przetwarzania danych osobowych osób zgłaszających reklamacje/wnioski/uwagi/zastrzeżenia obejmujących następujący rodzaj danych osobowych: imię i nazwisko, adres poczty elektronicznej (e-mail), numer telefonu, adres korespondencyjny, adres zamieszkania, kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu, fotografii.

W ocenie Odwołującego 1, do prawidłowej realizacji umowy, w tym odpowiadania na reklamacje/wnioski/uwagi/zastrzeżenia mieszkańców wystarczające jest imię, nazwisko, adres nieruchomości której dotyczy reklamacja/wniosek/uwaga/zastrzeżenie, dane kontaktowe oraz kontent o potencjalnej i prawdopodobnej zawartości danych osobowych w postaci wiadomości tekstowej, dokumentu, obrazu fotografii.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. c RODO dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane - przekazanie zatem Odwołującemu nadmiarowych danych, które nie są mu niezbędne do rozpoznania reklamacji/wniosków/uwag/zastrzeżeń będzie stanowiło naruszenie ww. przepisu.

- Zarzut dotyczący nałożenia na Wykonawcę nadmiernego wymogu w umowie powierzenia przetwarzania danych osobowych

W ocenie Odwołującego 1, przepis § 8 ust. 2 projektu umowy powierzenia wprowadza zbędny i nadmierny wymóg zgodnie z którym Przetwarzający, na żądanie Powierzającego lub administratora danych, udostępni niezwłocznie pełną dokumentację dotyczącą zasad bezpieczeństwa oraz technicznych i organizacyjnych środków mających na celu ochronę danych osobowych w poszczególnych CPDO - jest zbędne i nadmierowe.

Odwołujący 1 argumentował, że opracował oraz wdrożył w swojej organizacji dokumentację związaną z ochroną danych osobowych. Ponadto - zgodnie z art. 32 RODO – Odwołujący 1 wdrożył odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, aby zapewnić odpowiedni stopień bezpieczeństwa i ochrony danych osobowych. Dokumentacja ta jest jednak dokumentacją wewnętrzną Odwołującego, zawierającą także *know how* dotyczące zasad przetwarzania danych osobowych. Dodatkowo postanowienia projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych zobowiązują Wykonawcę do spełnienia wymagań określonych w art. 32 RODO. Wobec powyższego, nałożenie na Wykonawcę obowiązku określonego w § 8 ust. 2 jest zbędne i nadmierowe. Odwołujący podziela stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, w którym wskazano, że „(...) „Polityka bezpieczeństwa” służy wskazaniu środków bezpieczeństwa i procedur



bezpiecznego przetwarzania informacji, w tym danych osobowych. Jest opracowywany w związku z koniecznością wypełnienia obowiązku w zakresie udokumentowania stosowanych przez administratora danych osobowych środków technicznych i organizacyjnych, mających na celu zapewnienie ochrony przetwarzanym danym przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabranieniem przez osobę nieuprawnioną, przetwarzaniem z naruszeniem ustawy oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem. Zgodnie z przepisami wykonawczymi do ustawy o ochronie danych osobowych, w Polityce bezpieczeństwa należy zamieścić m.in. wykaz zabezpieczeń fizycznych i technicznych, miejsc, gdzie dane są przetwarzane oraz programów zastosowanych do przetwarzania danych osobowych. Udostępnianie na zewnątrz takich informacji może osłabić ich skuteczność przez co zagraża właściwej ochronie danych osobowych. Zapoznanie osób trzecich ze szczegółami rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa danych i architekturą systemów zastosowanych do ich przetwarzania może ułatwić przestępcom komputerowym ingerencję w te systemy (np. zatrzymania pracy lub niekontrolowaną modyfikację systemu, przejęcie, zniekształcenie lub usunięcie danych w nim zawartych) poprzez ominięcie zastosowanych zabezpieczeń lub ich „złamanie”. Polityka bezpieczeństwa powinna być zatem dokumentem o charakterze wewnętrznym, a osoby, które dysponują wiedzą dotyczącą sposobów zabezpieczenia danych, są zobowiązane te informacje zachować w tajemnicy - zgodnie z art. 39 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych (...).

Powyższe stanowisko - pomimo że wydane na gruncie poprzednich przepisów - w ocenie Odwołującego wciąż zachowuje aktualność <https://archiwum.giodo.gov.pl/pl/222/9906>.

- Zarzut dotyczący błędnego oznaczenia Wykonawcy jako administratora danych osobowych przetwarzanych w systemie monitoringu wizyjnego

Zamawiający błędnie i niezgodnie z definicją administratora danych osobowych określoną w art. 4 pkt 7 RODO wskazuje, że administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest wykonawca.

Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że samo faktyczne posiadanie danych przez wykonawcę w postaci nagrań z monitoringu nie przesądza o jego tożsamości jako administratora.

W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 stycznia 2002 r. w sprawie o sygn. akt II SA 1098/01 wskazano, iż administratorem danych osobowych nie jest każdy dysponent tych danych, a tylko ten, kto decyduje o celach i środkach ich przetwarzania.

Wymóg wprowadzenia systemu monitoringu pojazdów wynika wprost z dokumentacji przetargowej. Intencją Odwołującego 1 nie jest samodzielne wprowadzenie systemu monitoringu - gdyby nie wymogi narzucane przez Zamawiającego, to Odwołujący 1 nie

realizowałby w ogóle takiego procesu.

Konkludując, Odwołujący 1 stwierdził, że to Zamawiający decyduje o celach (weryfikacja sposobu i prawidłowości realizacji umowy przez Odwołującego 1) i środkach (przykładowo ilość i rozmieszczenie kamer) przetwarzania danych, narzucając na Wykonawcę obowiązek wprowadzenia monitoringu wizyjnego, a co za tym idzie, to Zamawiający jest administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów.

Efektom zmiany w dokumentacji przetargowej i przyjęcia, że to Zamawiający jest administratorem danych osobowych osób zarejestrowanych przy wykorzystaniu systemu wizyjnego monitorowania pojazdów jest konieczność powierzenia ww. danych osobowych Wykonawcy, a co za tym idzie, zmiana treści Załącznika nr 1 do projektu umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego 1 zgłosiła Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.

W dniu 15 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, w zakresie zarzutów nr 2, 5, 7 w części, 8 w części. Zamawiający poinformował, że wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów, poprzez dokonanie zmian w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia pismem z dnia 15 czerwca 2020 r. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

### **Sprawa o sygn. akt: KIO 540/20**

W dniu 13 marca 2020 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący 2” lub „ALBA”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na sporządzeniu dokumentacji postępowania - ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wraz z załącznikami z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 41 pkt 6 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji

zamówienia.

2. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, tj. uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. oraz w sposób nieuwzględniający konieczności dostosowania obowiązującego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia do przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która powinna nastąpić na początkowym etapie realizacji zamówienia, tj. do dnia 6 września 2020 r., a więc w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

3. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 k.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współżycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu w sytuacji, gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Jednocześnie działanie takie narusza art. 7 ustawy Pzp, gdyż utrudnia konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

4. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp poprzez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wysortu odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań tworzyw sztucznych.

5. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należyłą wycenę usługi.

6. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, zakładających realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że częstotliwość odbioru odpadów dostosowana ma zostać do wymogu niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników na odpady komunalne powyżej 80% ich całkowitej pojemności oraz wprowadzenie obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 80% całkowitej pojemności i zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za naruszenie tego obowiązku.

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

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

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

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

11. Naruszenie przepisu art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c., art. 487 § 2 k.c. oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie do wzoru umowy zapisów dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, poprzez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą łączącego je stosunku. Jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

12. Naruszenie art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców poprzez przyjęcie w projekcie umowy, że możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 projektu umowy aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

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

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

gromadzonych w workach w systemie.

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

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

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

18. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 list. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów w sposób nieproporcjonalny.

19. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń.

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

21. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego.

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

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia poprzez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy zgodnie z propozycją Odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów projektu umowy i szczegółowych warunków umowy w sposób, który pozwoli na oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wejściem w życie nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia i należyte skalkulowanie oferty, względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia;
- nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust 2 pkt 1 ustawy Pzp względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący 2 podniósł co następuje.

Zarzut nr 1

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 41 pkt 6 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w ogłoszeniu o zamówieniu terminu realizacji zamówienia, wobec niewskazania terminu początku realizacji zamówienia.

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

W ocenie Odwołującego 2, obiektywnie niemożliwym jest rozpoczęcie realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia z dniem podpisania umowy. Rozpoczęcie realizacji usługi wymaga podjęcia przez wykonawcę szeregu prac organizacyjnych i przygotowawczych umożliwiających mu realizację świadczenia. Przykładowo, zgodnie z rozdziałem II pkt 2 SWU wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia obsługiwanych nieruchomości w pojemniki i worki najpóźniej do dnia rozpoczęcia realizacji usługi. Interpretacja pojęcia terminu realizacji zamówienia zgodnie z informacją podaną w rozdziale III pkt 4 SIWZ oznaczałaby, jak zauważył Odwołujący 2, że Zamawiający wymaga, by wykonawca podstawiał pojemniki jeszcze przed podpisaniem umowy kreującej zobowiązanie stron. Ponadto, w myśl rozdziału II pkt 1 SWU Zamawiający wymaga od wykonawcy przeprowadzenia konsultacji z właścicielami nieruchomości w celu pozyskania informacji dotyczących miejsc ustawienia pojemników i gromadzenia odpadów, niezbędnych liczb pojemników i worków, częstotliwości odbioru odpadów, rodzajów pojemników i worków, pojemności pojemników. Przeprowadzenie tych konsultacji również wymaga czasu. W rozdziale III pkt 6 ppkt 1 lit. a SWU Zamawiający wskazuje z kolei, że obowiązkiem wykonawcy związanym z harmonogramem opróżnień pojemników i odbioru worków jest opracowanie i przedłożenie Zamawiającemu, w terminie do 30 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy, jednakże nie później niż do dnia rozpoczęcia realizacji usługi rocznego Harmonogramu opróżnień pojemników i odbioru worków od właścicieli nieruchomości zgodnie z załącznikiem nr 7.

Odwołujący 2 wniósł o precyzyjne określenie przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia, w szczególności terminu rozpoczęcia realizacji usługi w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Jak podkreślił Odwołujący 2, informacja w tym zakresie jest niezwykle istotna dla wykonawców, którzy muszą dysponować w określonych ramach czasowych zasobami ludzkimi i technicznymi umożliwiającymi realizację zamówienia. Odwołujący 2 zaznaczył, że z treści dokumentacji przetargowej nie sposób jednoznacznie wywnioskować, na jaki okres Zamawiający zamierza udzielić zamówienia, nie wskazano w niej bowiem ani liczby miesięcy, na jaką planuje się udzielić zamówienia, ani szacunkowej daty podpisania umowy. Nie jest jasne, czy Zamawiający będzie dysponował, a jeżeli tak, to jakim czasem na podjęcie szeregu



niezbędnych czynności organizacyjno-technicznych, które muszą być podjęte przed dniem rozpoczęcia świadczenia usługi. Niewskazanie początkowego okresu realizacji zamówienia uniemożliwia wykonawcom oszacowanie oferty i jej przygotowanie. Odwołujący 2 wskazał, że znajomość dokładnych terminów realizacji zamówienia jest kluczowa dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego przy podejmowaniu decyzji, czy w ogóle przystępować do danego postępowania. Zdaniem Odwołującego 2, takie działanie Zamawiającego, uniemożliwiające przygotowanie się do realizacji zamówienia z należyтым wyprzedzeniem, godzi w zasadę uczciwej konkurencji.

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

#### Zarzut nr 2

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, tj. uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. oraz w sposób nieuwzględniający konieczności dostosowania obowiązującego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia do przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która powinna nastąpić na początkowym etapie realizacji zamówienia, tj. do dnia 6 września 2020 r., a więc w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 projektu umowy, ilekroć w treści umowy i SWU używa się określenia Regulamin należy przez to rozumieć obowiązujący w czasie wykonywania umowy Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Obecnie w Gminie Wrocław obowiązuje regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia przyjęty uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. Z uwagi na nowelizację przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: u.c.p.g.) na mocy ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, tj. na podstawie art. 9 ust. 1

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

Zgodnie z § 8 ust. 1 projektu umowy obowiązkiem wykonawcy jest wykonywanie prac objętych przedmiotem umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym prawa miejscowego. Przedmiotowe zamówienie ma być realizowane na przestrzeni kilku lat, a mianowicie do dnia 28.02.2023 r. Z tego względu zasadnym jest, by Zamawiający określił w SIWZ, w jakim zakresie planuje wprowadzić zmiany w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Informacja w tym przedmiocie ma istotne znaczenie dla należytej kalkulacji oferty wykonawcy. Zmiany są bowiem nieuniknione, a ich wprowadzenie stanowi realizację ustawowego obowiązku spoczywającego na Zamawiającym. O ile część zmian postanowień Regulaminu będzie miała charakter obligatoryjny (np. poszerzenie kategorii odpadów zbieranych w Punktach Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych) i wykonawca jest w stanie w tym zakresie należycie skalkulować cenę, opierając się na obowiązujących już przepisach ustawowych, o tyle możliwość wprowadzenia szeregu rozwiązań mających istotny wpływ na realizację przedmiotu umowy i treść świadczenia strony ustawodawca pozostawił w wyłącznej gestii poszczególnych gmin. W sytuacji, gdy jest wiadome, że zasady świadczenia usługi zostaną zmienione w początkowej fazie realizacji zamówienia, konieczne jest, by Zamawiający wskazał w SIWZ najistotniejsze kwestie związane z wprowadzeniem nowego Regulaminu.

Odwolujący 2 wniósł o to, by Zamawiający określił czy w związku z koniecznością wprowadzenia zmian w obowiązującym Regulaminie:

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

- planowane są zmiany w zakresie innych postanowień Regulaminu mających wpływ na zakres lub sposób realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem.

Wprawdzie w § 19 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w sytuacji zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia stron, to jednak dla wykonawcy nie jest jasne, na jakich zasadach zmiany te będą przeprowadzane. W szczególności wątpliwości wykonawcy rodzi problematyka dopuszczalności zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku z wprowadzeniem zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia strony, w tym wprowadzenia zmian w Regulaminie. Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 8 SIWZ Zamawiający przewiduje możliwości zmian ceny ofertowej brutto w sytuacjach wymienionych w § 19 projektu umowy, przy czym wprost przewidziano w nim możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 jedynie w przypadkach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp i to wyłącznie po uprzednio przeprowadzonych negocjacjach (zob. § 19 ust. 3 projektu umowy). Wykonawca chciałby mieć jasność, że określenie „zmiana zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” oraz „sposób wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany” odnoszą się także do zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. W innym przypadku bowiem w cenie ofertowej wykonawca - wobec niepewności związanej z zakresem zmian w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia - obowiązany jest skalkulować ryzyko związane z uchwaleniem nowego Regulaminu w sposób zakładający pokrycie wszelkich możliwych kosztów realizacji usługi zgodnie z nowym - nieznanym jeszcze stanem prawnym, co w znaczący sposób zawyży cenę ofertową w stosunku do sytuacji, gdyby ryzyka związane z realizacją zamówienia wynikające z uchwalenia nowego Regulaminu były znane wykonawcy na etapie składania ofert. Jest to działanie stanowiące przejaw arbitralnego traktowania wykonawców przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszające zasadę uczciwej konkurencji. Nie jest bowiem dopuszczalne, by Zamawiający kształtował postanowienia przyszłej umowy w sposób, który narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia praw podmiotowych przysługujących Zamawiającemu.

Odwołujący 2 podniósł ponadto, że Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z obowiązującym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, tj. uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. w sytuacji, gdy zgodnie z § 1 ust 2 projektu umowy przedmiot umowy obejmuje świadczenie usługi polegającej na odbiorze, zbieraniu, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, a w myśl

§ 8 ust. 1 projektu umowy do obowiązków wykonawcy należy wykonanie prac objętych przedmiotem umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca nie ma pewności, czy te różnice wynikają z tego, że Zamawiający uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia planowane zmiany Regulaminu, czy też wynikają one z braku należytej staranności Zamawiającego podczas dokonywania opisu przedmiotu zamówienia.

Sprzeczności te przedstawiają się następująco:

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

Zgodnie z postanowieniami rozdziału II pkt 5 ppkt 1 SWU worki przeznaczone do gromadzenia odpadów mają zawierać nazwę zbieranej frakcji odpadów zgodnie z obowiązującym Regulaminem, opis zbieranych odpadów z określeniem tego, co należy, a czego nie należy gromadzić w poszczególnych rodzajach worków oraz nazwę, adres, logo Wykonawcy, telefon kontaktowy i adres mailowy do BOK Wykonawcy, a także adres strony internetowej, z zastrzeżeniem, że w przypadku bioodpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy ma zawierać nazwę „Bio-Zielone”. Wymóg ten stoi w sprzeczności z przepisami Regulaminu, który w § 6 pkt 4 posługuje się określeniem „odpady zielone” a nie „Bio-Zielone”. Tym samym, również zapis w rozdziale III pkt 1 ppkt 5 SWU przewidujący, że odpadami wymagającymi odbierania, transportu i zagospodarowania są bioodpady, jest niezgodny z obowiązującym Regulaminem, zgodnie z którym nie zbiera się bioodpadów, lecz odpady zielone. W tym względzie spodziewana jest nowelizacja Regulaminu, wynikająca z konieczności dostosowania Regulaminu do nowego brzmienia przepisów u.c.p.g. Prace nad nowym regulaminem są w toku i, jak wynika z informacji uzyskanych z Wydziału Środowiska i Rolnictwa Urzędu Miasta Wrocławia, zostanie on uchwalony w ustawowym terminie, tj. do dnia 6 września 2020 r.

W ocenie Odwołującego 2, okoliczność ta w żadnym stopniu nie umniejsza uchybienia Zamawiającego, który w żadnym punkcie SIWZ nie określił, jakie bioodpady i w jaki sposób mają być zbierane. Istotnym naruszeniem Zamawiającego jest brak określenia w SIWZ rodzaju bioodpadów, które stanowią przedmiot zamówienia. Jako że bioodpady stanowią drugi co do wielkości strumień odpadów komunalnych, precyzyjna i jednoznaczna informacja w tym zakresie jest niezbędna, by wykonawca mógł w należyty sposób przygotować ofertę.

Jak stwierdził Odwołujący 2, postanowienia SIWZ rodzą wątpliwości wykonawcy co do tego, jakiego rodzaju odpady mają być zbierane przez mieszkańców w workach, które mają zostać oznakowane jako „Bio-Zielone”, a jakie w pojemnikach koloru brązowego na bioodpady, które w myśl postanowienia zawartego w rozdziale II pkt 5 ppkt 2 lit. b SWU oznakowane mają zostać poprzez wskazanie nazwy zbieranej frakcji odpadów zgodnie z Regulaminem. Wątpliwości wykonawcy w tym zakresie wynikają z przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012

r. o odpadach oraz ustawy z dnia 13 września. 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz interpretacji Ministerstwa Środowiska z dnia 28 września 2017 r. W przepisach powszechnie obowiązujących nie zostało zdefiniowane pojęcie „odpadów bio-zielonych”, którym posługuje się Zamawiający. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach przez pojęcie bioodpadów rozumie się ulegające biodegradacji odpady z ogrodów i parków, odpady spożywcze i kuchenne z gospodarstw domowych, gastronomii, zakładów zbiorowego żywienia, jednostek handlu detalicznego, a także porównywalne odpady z zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust 1 pkt 12 ustawy o odpadach przez pojęcie odpadów zielonych rozumie się odpady komunalne stanowiące części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy, a także z targowisk, z wyłączeniem odpadów z czyszczenia ulic i placów. Najszerszą grupą, zawierającą w sobie bioodpady, w tym odpady kuchenne i odpady zielone, jest kategoria odpadów ulegających biodegradacji, którymi w świetle art. 3 ust. 1 pkt 10 ustawy o odpadach są odpady, które ulegają rozkładowi tlenowemu lub beztlenowemu przy udziale mikroorganizmów.

W świetle art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a u.c.p.g. obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych obejmuje co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady. Zgodnie zaś z art. 4 ust. 2a pkt 1, 2 i 5 u.c.p.g. Rada gminy może w regulaminie:

1) wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w ust 2 pkt. 1 lit. a i b oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów;

2) postanowić o zbieraniu odpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy odrębnie od innych bioodpadów stanowiących odpady komunalne;

(...)

5) określić warunki uznania, że odpady, o których mowa w pkt 1 oraz w ust 2 pkt 1 lit a i b, są zbierane w sposób selektywny.

Oznaczenie brązowych pojemników i worków w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ uzasadnia interpretację, że Zamawiający przewiduje zbieranie w workach wyłącznie odpadów z ogrodów, parków i cmentarzy (liście, drobne gałęzie, skoszona trawa, kwiaty) i nie dopuszcza zbierania w nich odpadów kuchennych, podczas gdy przewiduje łączne zbieranie tych kategorii odpadów w pojemnikach. Sugeruje to także wzór ulotki zawierającej informacje kierowane do mieszkańców w zakresie rocznego harmonogramu odbioru odpadów, gdyż ulotka ta określa także sposób zbierania odpadów

(zob. załącznik nr 8). Określony przez Zamawiającego w SIWZ sposób odbioru bioodpadów jest niezgodny z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Stosownie do dyspozycji przepisu art. 4 ust. 2a pkt 2 u.c.p.g. gmina ma ustanowić zbieranie odpadów stanowiących części roślin pochodzących z pielęgnacji terenów zielonych, ogrodów, parków i cmentarzy odrębnie od innych bioodpadów stanowiących odpady komunalne albo łączne ich zbieranie. W takim rozumieniu funkcjonują 2 systemy odbioru bioodpadów równocześnie w jednym gospodarstwie domowym, ponieważ powstają 2 frakcje bioodpadów - bioodpady zmieszane i bioodpady tylko zielone. Wykonawca nie może odbierać łącznie tych dwóch kategorii odpadów ze względu na zakaz mieszania selektywnie zebranych odpadów. Równocześnie, ze względu na specyfikę obszaru objętego zamówieniem, część właścicieli nieruchomości zamieszkująca w zabudowie wielorodzinnej nie będzie generować odpadów zielonych (z uwagi brak terenów zielonych, ogródków, itp.), więc w pojemnikach na odpady będą gromadzone z bardzo dużym prawdopodobieństwem tylko odpady kuchenne. Tym samym powstaje 3 frakcja bioodpadów - odpady kuchenne. Taki system, tj. odbiór 3 frakcji odpadów w ramach „bioodpadów” (tj. odpadów zielonych, kuchennych i „zmieszanych bioodpadów”, czyli zbieranych łącznie kuchennych i zielonych) jest nie tylko bardzo trudny do prawidłowej obsługi, lecz równocześnie bardzo drogi i nieprzejrzysty dla mieszkańców. Jednakże Odwołujący po wnikliwej lekturze opisu przedmiotu zamówienia nie ma pewności co do tego, czy jego interpretacja opisu przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu prowadzenia zbiórki bioodpadów pokrywa się z wymogami rzeczywiście stawianymi przez Zamawiającego.

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

osiągnąć w poszczególnych latach, które zostały określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji.

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

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

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

## 2) rozdział II pkt 8 ppkt 1 SWU

W rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU Zamawiający stawia wymóg w zakresie utrzymania pojemników przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym (z wyłączeniem pojemników stanowiących własność właściciela nieruchomości). „Wykonawca zobowiązany jest do: mycia i dezynfekcji pojemników wewnątrz i na zewnątrz ciepłą wodą, zgodnie z wymaganiami określonymi w Regulaminie oraz

zgodnie z Harmonogramem mycia i dezynfekcji pojemników. Zamawiający dopuszcza również możliwość zlecenia dodatkowego wykonania przedmiotowych prac poza terminami wynikającymi z Harmonogramów mycia i dezynfekcji pojemników. Termin i miejsce realizacji Zleceń określi Zamawiający. Wykonawca zobowiązany jest do mycia i dezynfekcji pojemników przeznaczonych do zbierania bioodpadów 4 razy w roku, w określonych miesiącach, tj. w kwietniu, w czerwcu, w sierpniu i w październiku.”. W obowiązującym obecnie Regulaminie brak jest jakichkolwiek wymagań dotyczących sposobu mycia i dezynfekcji pojemników, oprócz wskazania, że powinno ono następować nie rzadziej niż raz na 6 miesięcy (§11 Regulaminu). Informacja podana przez Zamawiającego w SIWZ co do częstotliwości mycia i dezynfekcji pojemników odnosi się wyłącznie do pojemników na bioodpady i nie określa, w jaki sposób odbywać ma się mycie i dezynfekcja pojemników. Odwołujący podniósł, że sformułowanie użyte w rozdziale II pkt 8 ppkt 1 SWU uzasadnia twierdzenie, że w znowelizowanym regulaminie znajdują się zapisy dotyczące mycia i dezynfekcji pojemników (np. co do środków chemicznych, które mogą być wykorzystywane w tym celu), które obecnie pozostają wykonawcom nieznane, co utrudnia należyte skalkulowanie oferty. Z tego względu

Odwołujący wniósł o doprecyzowanie SIWZ w tym zakresie.

3) rozdział m pkt 4 pkt 3 SWU

W rozdziale III pkt 4 pkt 3 SWU Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek kontrolowania zawartości pojemników i worków do zbiórki odpadów komunalnych co do zgodności zbieranych w nich odpadów komunalnych względem zapisów Regulaminu. Odwołujący wskazał, że w obecnie obowiązującym Regulaminie nie zostały określone wymagania dotyczące sposobu kontrolowania zawartości pojemników i worków co do zgodności zbieranych w nich odpadów. W tym zakresie wykonawca nie jest więc w stanie należycie skalkulować oferty, gdyż nie wie, jakich czynności w zakresie tej kontroli będzie wymagał Zamawiający. Wykonawca nie jest w stanie oszacować czasu, jaki pracownikom wykonawcy zajmie kontrola zawartości pojemników i worków w jednym MGO w sytuacji, gdy przez Zamawiającego nie zostały określone żadne kryteria, według których kontrola ta ma się odbywać. Przede wszystkim Odwołujący nie wie, czy tylko frakcje odpadów zbierane selektywnie będą podlegały kontroli, czy też obejmie ona także odpady zmieszane.

Z tego względu Odwołujący wniósł o doprecyzowanie SIWZ w tym zakresie.

4) rozdział III pkt 4 ppkt 4 SWU

W rozdziale III pkt 4 pkt 4 SWU Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek weryfikacji, czy właściciel nieruchomości wywiązał się z obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych, zgodnie z Regulaminem. Odwołujący podniósł, że w obecnie obowiązującym Regulaminie brak regulacji pozwalających na uznanie, kiedy obowiązek



selektywnego zbierania odpadów uważa się za spełniony, a kiedy nie. Postanowienia SIWZ w tym zakresie są niejasne, nieprecyzyjne i nie pozwalają na właściwe skalkulowanie oferty. Istotne znaczenie dla osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu ma jednak brak odpadów opakowaniowych i bioodpadów (zebranych u źródła) w odpadach zmieszanych.

Z tego względu Odwołujący wniósł o doprecyzowanie SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

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

#### 5) rozdział III pkt 2 SWU

Odwołujący 2 stwierdził, że wymagane przez Zamawiającego w III pkt 2 ppkt 1 lit c i d SWU częstotliwości odbioru szkła są niezgodne z aktualnie obowiązującym Regulaminem. Jak zauważył Odwołujący 2, w SWU Zamawiający wymaga, by odpady ze szkła odbierane były co najmniej jeden raz w miesiącu, podczas gdy zgodnie z § 12 ust. 1 Regulaminu odpady komunalne przeznaczone do odbierania z terenu nieruchomości przekazuje się podmiotowi odbierającemu odpady komunalne w sposób i w czasie umożliwiającym ich odbiór z terenu

i nieruchomości z częstotliwością nie mniejszą niż: „ (...)

5) szkło - co najmniej 1 raz na 2 tygodnie.”

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia tych rozbieżności i jednoznaczne określenie częstotliwości odbioru odpadów komunalnych ww. frakcji. Jednocześnie Odwołujący wniósł o wskazanie, czy Zamawiający w związku z koniecznością wprowadzenia zmian w Regulaminie utrzymania porządku i czystości na terenie Wrocławia planuje wprowadzenie zmian w zakresie częstotliwości odbierania odpadów komunalnych poszczególnych frakcji, co ma niezwykle istotne znaczenie dla należytej kalkulacji oferty wykonawcy.

6) rozdział X SWU - SZOP

W rozdziale X SWU Zamawiający określił przedmiot zamówienia w zakresie usługi SZOP, czyli obowiązku zorganizowania na terenie Sektora IV mobilnej zbiórki odpadów problemowych, która będzie odbywała się przy użyciu pojazdu dostawczego o masie nieprzekraczającej 3,5 t. Usługa ta obejmować ma odbiór odpadów komunalnych, w tym odpadów niebezpiecznych, takich jak: mały ZSEiE, rozpuszczalniki, środki ochrony roślin, lampy fluorescencyjne, świetlówki, lampy energooszczędne, termometry rtęciowe, oleje i tłuszcze jadalne, przepracowane lub przeterminowane oleje silników samochodowych, farby, opakowania po farbach, tusze, tonery do drukarek, kleje, opakowania po klejach, lepiszcze i żywice, detergenty, baterie, akumulatory, przeterminowane leki.

W rozdziale X pkt 8 ppkt 5 SWU Zamawiający zobowiązał wykonawcę do sporządzenia regulaminu korzystania z SZOP zawierającego co najmniej takie informacje jak: rodzaje odbieranych odpadów, warunki dotyczące przyjmowanych odpadów, przypadki, w których wykonawca może odmówić przyjęcia odpadów. Wymaganie to stoi w sprzeczności z przepisami u.c.p.g., gdyż wszelkie regulacje dotyczące odbioru odpadów komunalnych, w tym odpadów niebezpiecznych, powinny być zawarte w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Regulacje te powinny mieć charakter powszechnie obowiązującego prawa. Odwołujący 2 wskazał, że warunki postępowania z odpadami powinny być jednakowe na terenie całej gminy. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że taki opis sposobu zamówienia jest wadliwy z uwagi na przerzucanie ryzyka kontraktowego, w tym ryzyka związanego ze zmianą przepisów Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, na wykonawcę. Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że w myśl regulacji ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach – art. 4 ust. 2 i 2a u.c.p.g., to regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy określa wymagania w zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych i frakcji objętych selektywną zbiórką. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 4 ust. 2a pkt 1 u.c.p.g. Rada gminy może w regulaminie

wprowadzić obowiązek selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych innych niż wymienione w ust. 2 pkt 1 lit. a i b oraz określić wymagania w zakresie selektywnego zbierania tych odpadów. Niemożliwym jest sporządzenie regulaminu usługi SZOP, gdy zasady te nie są znane.

Skoro zgodnie z § 3 ust 1 pkt 3 projektu umowy ilekroć w treści umowy i SWU używa się określenia Regulamin należy przez to rozumieć obowiązujący w czasie wykonywania umowy Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, być może nieścisłości między SIWZ a obowiązującymi przepisami prawa miejscowego wynikają z planowanych przez Zamawiającego zmian w obowiązującym Regulaminie, o których wykonawca nie ma jeszcze wiedzy. Niemniej jednak Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający obowiązany jest do sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Z tego względu, Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian w SIWZ, w szczególności w zapisach projektu umowy i szczegółowych warunków umowy, które likwidowałyby wszelkie sprzeczności i nieścisłości między SIWZ a powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz uchwały nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia, w sposób, który pozwoli na oszacowanie ryzyka związanego ze zmianą zasad realizacji przedmiotu zamówienia w związku z wprowadzeniem zmian do Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia i należyte skalkulowanie oferty względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert na termin po uchwaleniu nowego regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Wrocławia. To drugie rozwiązanie pozwoliłoby na uniknięcie konieczności wprowadzania szeregu niezwykle istotnych i obszernych zmian w umowie w przedmiocie zamówienia publicznego i realizację usługi w zgodzie z ustawowymi wymaganiami.

### Zarzut nr 3

Naruszenie przepisu art. 29. ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3b u.c.p.g. poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 k.c. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego oraz równowagę stron umowy oraz zakładających nadmiernie obciążenie wykonawców ryzykiem kontraktowym w zakresie kar umownych za nieosiągnięcie

wymaganych poziomów recyklingu w sytuacji, gdy osiągnięcie poziomów recyklingu wedle wzoru określonego przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Jednocześnie działanie takie narusza art. 7 ustawy Pzp, gdyż utrudnia konkurencję i tworzy po stronie wykonawców stan niepewności, który może skutkować złożeniem nieporównywalnych ofert.

W § 2 ust. 1 pkt 10 projektu umowy Zamawiający przewidział, że w ramach realizacji przedmiotu umowy wykonawca jest zobowiązany do: „osiągnięcia rocznych poziomów:

- a) masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania,
- b) recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów, budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne,
- c) recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.”.

Szczegółowe regulacje dotyczące osiągnięcia rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa określone zostały przez Zamawiającego w rozdziale XIX SWU.

W § 15 ust. 2 pkt. 6 projektu umowy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane kary umowne w zakresie dokumentacji potwierdzającej osiągnięcie rocznych poziomów recyklingu:

- a) w wysokości 5 000,00 zł - za każdy przypadek niedostarczenia wycień określonych w SWU rozdział XIX, pkt 2, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku, za każdy dzień po upływie terminu,
- b) w wysokości 2 000,00 zł, - za każdy przypadek niedostarczenia dokumentów sporządzonych zgodnie z SWU, rozdział XIX, pkt 3, w wersji papierowej i/lub elektronicznej na Wirtualnym Dysku za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu,
- c) w wysokości 1 000,00 zł - za każdorazowe niedostarczenie dokumentów określonych w SWU, rozdział XIX, pkt 4, za każdy dokument, za każdy dzień po upływie terminu.

natomiast w § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q, r, s projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość nałożenia na wykonawcę rażąco wygórowanych kar za:

- r) „za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX, pkt 1, ppkt 1), w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo

ochrony środowiska (Dz. U z 2019 r. poz. 1396 ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg wymaganej do osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazanych do składowania, o którym mowa w SWU rozdział XIX, pkt 1, ppkt 1) (obliczonej zgodnie z SWU rozdział XIX pkt 5 ppkt 1),

s) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX, pkt 1, ppkt 2, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U z 2019 r. poz. 1396ze zm.) i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 2) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 5, ppkt 2),

t) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę poziomu, o którym mowa w SWU, rozdział XIX, pkt 1 ppkt 3, w wysokości obliczonej jako iloczyn stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U z 2019 r. poz. 1396 ze zm.) i brakującej masy innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia poziomu, o którym mowa w SWU rozdział XIX pkt 1 ppkt 3) (obliczonej zgodnie z SWU, rozdział XIX pkt 5, ppkt 3).”.

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

odpadów, czy odpadów wielkogabarytowych.

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

Wskazanie przez Zamawiającego wzoru obliczania poziomów recyklingu odpadów niezgodnego z obowiązującym rozporządzeniem z 2016 r. przy równoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku złożenia sprawozdania z realizacji poziomów recyklingu zgodnie ze wzorem określonym w rozdziale XXI SWU, jest niemożliwe do pogodzenia z obowiązkiem wykonywania prac objętych przedmiotem umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (§ 8 ust 1 projektu umowy). Sam Zamawiający zdawałoby się wymaga, jak wynika chociażby z tytułu XIX rozdziału SWU - Osiąganie rocznych poziomów wymaganych przepisami prawa, czy wprost z zapisu rozdziału XIX pkt 2 SWU, postępowania zgodnego z powszechnie obowiązującymi przepisami w tym zakresie, dlatego też co najmniej dziwi sprzeczność wzoru wskazanego w SWU przez Zamawiającego z wzorem określonym w obowiązującym rozporządzeniu. W związku z przywoływanymi już istotnymi zmianami stanu prawnego dotyczącego gospodarowania odpadami komunalnymi planowane jest także wejście w życie nowego rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz poziom recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Niemniej jednak okoliczność procedowania zmian w powszechnie obowiązujących przepisach nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z aktualnie obowiązującymi regulacjami prawnymi w tym zakresie. Odwołujący 2 podniósł, że w odniesieniu do kwestii wymaganych poziomów recyklingu, opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wynikającego z art. 29 ust 1 ustawy Pzp wymogu jednoznaczności i nie pozwala na określenie, jak w tym zakresie kształtują się obowiązki wykonawcy, co nie pozwala na rzetelne skalkulowanie oferty, gdyż oczekiwania Zamawiającego są obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

Odwołujący podał, że opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy również ze względu na brak w nim jakichkolwiek postanowień odnoszących się do działań Zamawiającego mających na celu osiągnięcie poziomów recyklingu. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający, mimo że nakłada na wykonawcę obowiązek prowadzenia kontroli, czy odpady są zbierane w sposób selektywny, to nie wskazał w SIWZ warunków uznania, że obowiązek ten został przez mieszkańców spełniony. Nie zostały one także określone w obecnie obowiązującym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia. Odwołujący podkreśla, że osiągnięcie przez gminy zakreślonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy wynikającego z art. 3b ust. 1 u.c.p.g. To Zamawiający ma odpowiednie instrumenty, którymi może oddziaływać na zachowania mieszkańców w zakresie selektywnej zbiórki odpadów. Takich narzędzi nie posiada natomiast wykonawca. Zachowania mieszkańców w zakresie spełniania obowiązku selektywnej zbiórki odpadów w istotny sposób odbiegają od zachowań pożądaných przez Zamawiającego i ustawodawcę. W uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych ustaw (druk sejmowy nr 3495) wskazano, że „niedopełnienie obowiązku selektywnego zbierania odpadów dotyczy tych właścicieli nieruchomości, którzy nie chcą selektywnie zbierać odpadów i np. notorycznie w pojemnikach na odpady zmieszane umieszczają odpady, które powinny być gromadzone selektywnie w pojemnikach na papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło oraz odpady ulegające biodegradacji. Nie dotyczy to natomiast sytuacji, kiedy w wyniku pomyłki o charakterze incydentalnym dany odpad zostanie zdeponowany do nieodpowiedniego pojemnika”. Konieczne jest więc określenie skali dopuszczalnych „pomyłek” poprzez określenie przez Zamawiającego szczegółowych warunków dokonywania oceny, że odpady są zbierane w sposób selektywny. Kontroli powinna być poddawana w szczególności frakcja odpadów zmieszanych. Tymczasem z zapisów SWU wynika, że wykonawca ma kontrolować wyłącznie zawartość pojemników na odpady gromadzone selektywnie, a w razie kiedy właściciel nieruchomości nie dopełnił obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych (ma to stwierdzić wykonawca wg subiektywnej oceny, bo w opisie przedmiotu zamówienia ani Regulaminie nie ma na ten temat żadnych informacji) odebrać przedmiotowe odpady jako zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne oraz postępować z nimi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (zobacz rozdział III pkt 4 ppkt 3 i 4 lit. c SWU). Dodatkowo wykonawca ma pozostawić naklejkę według wzoru określonego w załączniku do SIWZ z informacją dla właściciela nieruchomości, że nie dopełnił on obowiązku selektywnej zbiórki, pomimo że brak jest zapisów w SIWZ dotyczących tego, kiedy taki obowiązek należy uznać za spełniony. Treść informacji zwrotnej dla mieszkańca nie wskazuje jakie błędy popełnił, wręcz odwrotnie zachęca do wrzucania odpadów surowcowych do odpadów zmieszanych, niepodlegających kontroli. Taki opis przedmiotu zamówienia jest nieadekwatny

do rzeczywistych wymagań w tym zakresie.

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

Naliczenie przez Zamawiającego kar umownych za każdą brakującą, według określonego przez Zamawiającego wzoru, tonę odpadów niepoddaną recyklingowi spowoduje naliczenie kary w wysokości kilkunastu milionów złotych, nawet wówczas, gdy Gmina Wrocław osiągnie wymagane poziomy recyklingu, a więc w sytuacji gdy nie poniesie ona szkody. Wskazać należy, że gmina rozlicza się z poziomów recyklingu jako całość, bez podziału na sektory i ujmuje w swoim rozliczeniu również ilości odpadów poddane recyklingowi przez inne podmioty niż wykonawcy odbierający odpady komunalne, takie jak np. punkty skupu surowców np. papieru, złomu. W świetle obowiązujących zapisów SIWZ również w przypadku wejścia w życie systemu kaucyjnego Gmina będzie upoważniona do uwzględnienia tych ilości odpadów. Kary przewidziane przez Zamawiającego są więc rażąco wygórowane, zwłaszcza w sytuacji, gdy przewidziane są za niespełnienie obowiązku, który obiektywnie jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawcę. Taka postawa Zamawiającego doprowadzi do całkowicie nieuzasadnionego drastycznego zawyżenia wysokości składanych ofert, a w konsekwencji do nadmiernego obciążenia właścicieli nieruchomości zawyżonymi opłatami (ok. 100 zł na jednego mieszkańca/miesiąc w trakcie trwania umowy).

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

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

Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający jest w posiadaniu zleconego przez siebie w drodze zamówienia publicznego opracowania pn. „Badania ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenu gminy Wrocław”, na podstawie którego



dysponuje wystarczającym materiałem do obiektywnego i realnego wskazania możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji odpadów. Jednocześnie Odwołujący wnioskuję o nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów projektu umowy poprzez obniżenie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w zakresie kar umownych naliczanych na podstawie § 15 ust. 2 pkt. 6 oraz § 15 ust. 2 pkt 14 lit. q-s co najmniej o połowę ich wysokości.

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

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

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

#### Zarzut nr 4

Naruszenie przepisu art. 29. ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp poprzez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku wysortu odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań tworzyw sztucznych

W rozdziale XVIII pkt 1 ppkt 2 SWU wykonawca zobowiązany jest do opracowania i przedstawienia Zamawiającemu masy odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych odebranych selektywnie od właścicieli nieruchomości obsługiwanych wraz z Miesięczną Kartą Bilansu Odpadów Komunalnych sporządzoną zgodnie z pkt 2, wraz z wyselekcjonowaną masą odpadów metali, opakowań wielomateriałowych i opakowań z tworzyw sztucznych. Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu Zamówienia jest niejasny i nieprecyzyjny, gdyż w SWU ani w umowie nie postawiono względem wykonawcy obowiązku wyselekcjonowania masy odpadów metali, odpadów tworzyw sztucznych oraz odpadów opakowaniowych wielomateriałowych odebranych selektywnie od właścicieli nieruchomości obsługiwanych. Skoro więc istnieje obowiązek prowadzenia sprawozdawczości w tym zakresie, to Odwołujący 2 wniósł o sprecyzowanie zapisów dokumentacji przetargowej przez wprowadzenie takiego obowiązku wprost dla wykonawcy w rozdziale XI pkt 5 ppkt 1 SWU.

## Zarzut 5

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5r art. 353<sup>1</sup> i art. 487 § 2 k.c. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, naruszający równowagę stron i obciążający nadmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, zakładający realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany wobec objęcia przedmiotem zamówienia obowiązku wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej niezidentyfikowanych odpadów o kodach niewskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia wykonawcy należyłą wycenę usługi.

W rozdziale I pkt 3 SWU Zamawiający przewiduje, że wykonawca zobowiązany będzie w ramach wynagrodzenia do wykonania usługi odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych frakcji, których kody nie zostały wskazane w rozdziale I pkt 1 i 2 SWU. Taki opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż nie jest wiadome, jak w takiej sytuacji kształtować się będzie stosunek zobowiązaniowy stron. Odwołujący 2 podniósł, że z dokumentacji przetargowej powinno jasno wynikać, do odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania których frakcji odpadów wykonawca będzie zobowiązany podczas realizacji zamówienia. W sytuacji, gdy określone w SIWZ kody odpadów nie odpowiadają zakresowi usługi, brak jest możliwości poprawnej wyceny oferty i ewentualnego podjęcia czynności przygotowawczych związanych z pozyskaniem stosownych decyzji administracyjnych na transport, zbieranie lub przetwarzanie odpadów o kodach wskazanych w SIWZ. Odwołujący 2 podkreśla, że w świetle przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach nie ma prawnej możliwości zbierania odpadów bez stosownego zezwolenia. Co więcej, zgodnie z przepisem art. 194 ust. 4 ustawy o odpadach, za zbieranie odpadów lub przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia, o którym mowa w art. 41, wymierza się administracyjną karę pieniężną. Kara wynosi nie mniej niż 10 000 zł i nie może przekroczyć 1 000 000 zł. Odwołujący 2 nie może więc brać na siebie ryzyka związanego z koniecznością realizacji świadczenia, którego faktyczny zakres nie został opisany w opisie przedmiotu zamówienia, jeżeli na etapie realizacji usługi zaistnieje potrzeba odbioru odpadów, o kodach które nie zostały przewidziane w SIWZ. Nie ma bowiem możliwości starania się z odpowiednim wyprzedzeniem o pozyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych umożliwiających mu zgodną z prawem realizację przedmiotu zamówienia. Skoro opis przedmiotu zamówienia został dokonany tak dalece nieprecyzyjnie, że zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę jest całkowicie niewiadomy, odwołujący nie ma możliwości skalkulowania oferty. Odwołujący

2 nie wyklucza jednak możliwości odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania tego rodzaju odpadów, o ile wykonawca będzie miał prawną i faktyczną możliwość realizacji tej usługi, gdy zaktualizuje się taka potrzeba.

Z tego względu Odwołujący 2 wniósł o zmianę zapisu rozdziału I pkt 3 SWU w następujący sposób:

„Oprócz wskazanych wyżej kodów odpadów Zamawiający nie wyklucza możliwości pojawienia się na terenie Sektora w trakcie realizacji zamówienia innych frakcji odpadów komunalnych wymagających odebrania, zbierania transportu i zagospodarowania. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi również w stosunku do tych odpadów, przy czym rozliczenie za tę usługę nastąpi jak w przypadku realizacji prac interwencyjnych, z zastrzeżeniem możliwości odmowy realizacji tej usługi.”.

#### Zarzut nr 6

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, zakładających realizację obowiązków, których rozmiar i zakres na etapie składania oferty nie może być przewidziany i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję, polegający na przyjęciu, że częstotliwość odbioru odpadów dostosowana ma zostać do wymogu niedopuszczenia do wypełnienia poszczególnych pojemników na odpady komunalne powyżej 80% ich całkowitej pojemności oraz wprowadzenie obowiązku systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 80% całkowitej pojemności i zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych za naruszenie tego obowiązku.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 2 SWU częstotliwość odbioru odpadów komunalnych ma gwarantować niedopuszczanie do wypełnienia poszczególnych pojemników powyżej 80% ich całkowitej pojemności, zaś wykonawca obowiązany jest do systematycznego przeprowadzania własnej kontroli stopnia napełnienia poszczególnych pojemników, w celu niedopuszczenia ich do napełnienia odpadami powyżej 80% całkowitej pojemności. Co więcej - jak wynika § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o, p i q projektu umowy - należyta realizacja tego obowiązku

została przez Zamawiającego obwarowana obowiązkiem zapłaty kary umownej: w wysokości 150,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników o pojemności mniejszej niż 1,1 m<sup>3</sup> przeznaczonych do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika, w wysokości 600,00 zł-za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego przepełnienia któregośkolwiek z pojemników, o pojemności 1,1 m<sup>3</sup> i większej do zbiórki odpadów komunalnych bezpośrednio z terenów nieruchomości zamieszkałych i mieszanych, za każdy pojemnik; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika, w wysokości 500,00 zł - za każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego, przepełnienia któregośkolwiek z pojemników do zbiórki niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z tworzyw sztucznych, metali oraz opakowań wielomateriałowych, odpadów z papieru, odpadów ze szkła oraz bioodpadów bezpośrednio z terenów nieruchomości niezamieszkałych; za przepełnienie pojemnika uważa się jego wypełnienie odpadami powyżej poziomu 80% całkowitej pojemności danego pojemnika.

W przekonaniu Odwołującego 2, taki opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy i rodzi ogromne ryzyko obciążenia wykonawcy nadmiernymi obowiązkami w trakcie realizacji zamówienia oraz naliczania wykonawcy wygórowanych kar umownych. Wymóg stawiany przez Zamawiającego jest nieuzasadniony charakterem zamówienia, nieadekwatny i nieproporcjonalny. W konsekwencji jego utrzymania cena oferty musiałaby być w sposób rażąco wysoka, nieadekwatna do rzeczywistej wartości usług. W praktyce należyte wywiązywanie się z tego obowiązku skutkowałoby koniecznością zwielokrotnienia częstotliwości kursów na trasach odbioru odpadów w sposób niemożliwy do przewidzenia na etapie składania oferty i nieuzasadniony faktyczną potrzebą. Odwołujący wskazał, że często tylko jeden z kilku pojemników służących do gromadzenia odpadów tej samej frakcji w danym MGO jest przepełniony, a reszta jest pusta, bo mieszkańcy wrzucają odpady do pojemnika położonego najbliżej wejścia do altany czy pomieszczenia, w którym gromadzone są odpady.

Kara za przepełnienie pojemników dla nieruchomości niezamieszkałych, w przypadku kiedy przepełnienie nie wynika z nierealizowanego harmonogramu nie jest zasadne, gdyż to właściciel nieruchomości decyduje o częstotliwości odbioru i pojemności i ilości pojemników.

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

zmian w § 15 ust. 2 pkt 11 lit. o, p i q projektu umowy poprzez obniżenie kar umownych o połowę ich wysokości. Odwołujący wniósł o usunięcie kar w zakresie pojemników dla nieruchomości niezamieszkałych.

#### Zarzut 7

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

Zgodnie z rozdziałem XI punkt 3 SWU Zamawiający zastrzegł możliwość dostarczenia bliżej nieokreślonego oprogramowania monitorującego pracę wagi wykonawcy, które będzie monitorować ważenia pojazdów wykonujących realizację umowy. Taki wymóg jest zupełnie nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, ponieważ Zamawiający nie przedstawia żadnych szczegółów dotyczących tego oprogramowania, w szczególności możliwości jego wyłączenia lub dezaktywacji na czas wykonywania ważeń lub przejazdów na rzecz innego podmiotu niż Zamawiający, parametrów technicznych, jakie muszą spełniać pojazdy lub waga, by możliwe było funkcjonowanie tego oprogramowania, kosztów, jakie musiałby ponieść wykonawca w związku z instalacją takiego oprogramowania, czy kwestii serwisowania tego oprogramowania.

Instalacja oprogramowania umożliwiającego monitorowanie ważeń pojazdów wykonawcy może służyć nieuprawnionemu pozyskiwaniu tajemnic handlowych wykonawcy, w szczególności kontroli ciężarów, jakie przewożą pojazdy, ilości pojazdów i częstotliwości ich przejazdów, itp. Wymóg instalacji oprogramowania jest bardzo niedookreślony, nie podano żadnych parametrów tego oprogramowania, danych, które będą w nim gromadzone, osób uprawnionych do odczytu danych, możliwości usuwania lub modyfikowania tych danych przez wykonawcę lub Zamawiającego, jak również nie podano celu, w jakim oprogramowanie to ma być wykorzystywane, czy dla oceny częstotliwości ważeń, dokładności ważeń, czasu wykonywania ważeń, uniemożliwiania pomijania ważeń, czy innych powodów, które nie są znane Wykonawcy składającemu ofertę. Nie wskazano również, gdzie takie oprogramowanie ma zostać zainstalowane i gdzie będzie prowadzona stacja monitorowania danych pochodzących z tego oprogramowania. Taki wymóg stawiany przez Zamawiającego

nadmiernie obciąża Wykonawcę, w szczególności, że służy nieuzasadnionemu kontrolowaniu floty Wykonawcy i niesie za sobą ryzyko ujawnienia tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy, w szczególności w zakresie przyjętej techniki odbioru i transportu odpadów - czasu obsługi poszczególnych transportów, ważeń wykonywanych na rzecz innych zleceniodawców, itp. Niewskazanie szczegółów dotyczących oprogramowania stanowi więc nieadekwatne do zakresu realizowanego zadania, obciążenie wykonawcy, w szczególności, że wymóg ten jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny.

Z tego względu Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu rozdziału XI pkt 3 SWU.

#### Zarzut nr 8

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

Odwołujący 2 wniósł o zmianę ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia tak, aby uwzględnić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodatkowo jako podstawę wykluczenia z postępowania przepis art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący argumentował, że przedmiot zamówienia jest ściśle związany z problematyką ochrony środowiska. Niewłaściwa gospodarka odpadami w istotnym stopniu wpływa na destrukcję środowiska naturalnego - przyczynia się do niszczenia walorów przyrodniczych siedlisk roślinnych i zwierzęcych, destrukcyjnie wpływa na obszary miejskie, wiejskie, rolne oraz leśne. Możliwość udzielenia zamówienia podmiotowi, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów: prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3 000 złotych, stawia w nierównej pozycji podmioty ściśle przestrzegające wymogi stawiane przepisami prawa. Odwołujący podniósł, że podmiot, na który została nałożona na mocy decyzji administracyjnej kara za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Takie ukształtowanie podstaw wykluczenia w przypadku przetargu na odbiór, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w gminie, która deklaruje szczególną dbałość o politykę ekologiczną i dobrą jakość środowiska, jest niezrozumiałe. Zamawiający przewiduje bowiem możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty dopuszczające się patologii na rynku odpadowym, naruszające przepisy ochrony środowiska.

Odwołujący 2 wskazał na przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej „dyrektywa 2014/24/UE”), w szczególności na treść motywów dyrektywy odnoszących się do aspektów związanych z ochroną środowiska, których celem jest promocja wykonawców przestrzegających prawa w ww. dziedzinach. Motyw 37 dyrektywy 2014/24/UE zakłada, że z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych; jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem, że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym. Z kolei zgodnie z motywem 40 dyrektywy 2014/24/UE, monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno odbywać się na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne. Zamawiający w celu spełnienia wymagań ustawodawcy unijnego jest obowiązany promować wykonawców przestrzegających prawa w dziedzinie ochrony środowiska. Koniecznym jest, by Zamawiający spełnił wymóg nałożony przez unijnego ustawodawcę i zapewnił ochronę przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska. Powyższe będzie możliwe dopiero, gdy zamawiający zastrzeże w SIWZ możliwość fakultatywnego wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający musi mieć bowiem pewność, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia daje gwarancję rzetelnego wykonania danego zamówienia. Działanie takie będzie zgodne również z postulatami Ministerstwa Środowiska o potrzebie podejmowania takich działań, które będą zmierzały do eliminacji patologii w gospodarce odpadami.

#### Zarzut nr 9

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



W świetle zapisu SIWZ rozdział III pkt 9 „Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wymienione w § 8 ust. 7 projektu umowy”. Z kolei § 8 ust. 7 projektu umowy wskazuje, że „Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę osoby wykonujące czynności bezpośrednio związane, z odbiorem, transportem, zagospodarowaniem (jeśli prowadzone jest we własnym zakresie) odpadów komunalnych”.

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

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

Z uwagi na powyższe, Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu

zmodyfikowania zapisu § 8 ust. 7 projektu umowy zgodnie z propozycją przedstawiona poniżej:

„Zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga aby Wykonawca oraz Podwykonawca w czasie realizacji przedmiotu umowy zatrudniali na podstawie umowy o pracę kierowców odbierających odpady, osoby zatrudnione w BOK, osoby koordynujące realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia, wagowi”.

Odwołujący 2 wniósł także o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian zapisu § 8 ust. 8 pkt 4 projektu umowy w sposób dostosowujący go do wymogów RODO, tj. uprawniający Zamawiającego do żądania kopii zanonimizowanych dokumentów potwierdzających fakt zatrudnienia w/w osób na umowie o pracę. Dla Zamawiającego nie jest bowiem istotne, kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę; a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie, co zostało potwierdzone także w opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej art. 29 ust 3a ustawy Pzp. Udostępnienie przez wykonawcę zamawiającemu danych osobowych jego pracowników, zaangażowanych w realizację zamówienia, wymaga uzyskania wykonawcą zgody swoich pracowników na przetwarzanie ich danych osobowych poprzez ich udostępnienie zamawiającemu, zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a RODO.

W zakresie realizacji art. 36 ust. 2 pkt 8a lit b ustawy Pzp (uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust 3a ustawy Pzp) Odwołujący 2 wskazał na kolejne naruszenie; tj. niemożliwe na gruncie tego przepisu żądanie dostarczenia umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników, którzy świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego. W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (wprawdzie wydanej na kanwie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych) „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o 'pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków [wymogów] przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie. (...) W tym kontekście przywołać należy zasadę adekwatności i minimalizmu danych, zgodnie z którą

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

#### Zarzut nr 10

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

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

Wymagania techniczne określone przez Zamawiającego w rozdziale XV SWU oraz w załączniku nr 24 są bardzo szczegółowe: np. bardzo szczegółowo wskazano poziom wymaganego napięcia dla sprzętu: w jednym przypadku 9-32V, w innym przypadku 12-24V, kodowanie obrazu w systemie NTSC, podczas gdy w Europie standardem jest PAL, konkretne wielkości dysków twardych). Odwołujący stoi na stanowisku, że zbędny jest wymóg nagrywania dźwięku w trakcie świadczenia usługi. Nadmiernym, nieproporcjonalnym wymaganiem jest także konieczność wyposażenia pojazdów bezpylnych oraz myjek w system monitorowania pojazdów bazujący na zapisie obrazu z 4 kamer generujących widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”) w czasie

rzeczywistym. Wymóg ten nie wnosi dla Zamawiającego żadnej wartości dodanej, natomiast radykalnie podraża koszt całego systemu. Niezrozumiałym jest wymóg „inteligentnego alarmu cofania” - pojazdy do odbioru odpadów wyposażone są w urządzenia spełniające wszystkie normy i gwarantujący bezpieczeństwo. Kolejnym, nadmiernym wymaganiem, w istotny sposób zawyżającym koszt realizacji usługi, jest konieczność archiwizacji danych przez okres aż 6 miesięcy.

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

Koszt archiwizacji takiej ilości kamer przez okres aż 6 miesięcy w znaczący sposób podnosi koszty - wedle wstępnych obliczeń koszt samych serwerów zdolnych pomieścić taką ilość danych wynosi około 1 miliona złotych. Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie wymóg archiwizacji przez okres 6 miesięcy jest nieadekwatny i wnosi o skrócenie go do 30 dni.

Odwołujący 2 wskazał, że niejasny jest także zapis rozdziału XV pkt 5 SWU w zakresie anonimizacji zarejestrowanych w materiale osób i pojazdów. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uściślenia, komu system ma umożliwić dokonanie anonimizacji - czy wykonawcy czy także Zamawiającemu. Z zapisów SWU nie wynika bowiem, kto będzie dokonywał anonimizacji, czy Zamawiający czy wykonawca na wniosek Zamawiającego. Jeżeli to system wizyjnego monitorowania pojazdów ma posiadać funkcjonalność anonimizacji, to Odwołujący podkreślił, iż w istotny sposób zawyża to koszty tego systemu i jednocześnie ogranicza dostawców systemu monitoringu wizyjnego do jednego dostawcy. Odwołujący wniósł o to, aby Zamawiający zmienił zapisy dokumentacji przetargowej tak, by możliwość dokonywania anonimizacji możliwa była z wykorzystaniem innego oprogramowania niż oprogramowanie dostawcy kamer.

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

„Wszystkie pojazdy służące do odbioru odpadów z MGO powinny być wyposażone

w sprawny system:

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

Obraz z wideorejestracji powinien być rejestrowany w rozdzielczości umożliwiającej swobodny odczyt zapisanego materiału. Wideorejestracja musi być tak skonfigurowana, aby z nagranych materiału można było ustalić w szczególności trasę przejazdu samochodów służących do odbioru odpadów i miejsca ich zagospodarowania. W przypadku ich wystąpienia, zarejestrowane powinny być także stwierdzone przez obsługę nieprawidłowości w postępowaniu z odpadami na nieruchomości, brak współdziałania właściciela nieruchomości.

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

Odwolujący wniósł także o skrócenie czasu archiwizacji danych - maksymalnie do 30 dni.

#### Zarzut nr 11

Naruszenie przepisu art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 2 k.c., art. 487 § 2 k.c. oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie do wzoru umowy zapisów dotyczących kar umownych, które rodzą po stronie wykonawców wątpliwości, w jakich sytuacjach kary umowne będą na nich nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego, poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest. niemożliwe i to także w sytuacjach, gdy do naruszenia obowiązków umownych dojdzie z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, poprzez nałożenie na wykonawcę rażąco wygórowanych i nieadekwatnych kar umownych na wykonawcę, co jednocześnie prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą łączącego je stosunku. Jednocześnie działanie takie stanowi naruszenie przepisu art: 7 ust. 1 ustawy Pzp utrudniając konkurencję i tworząc po stronie wykonawców stan, niepewności, który może skutkować złożeniem

nieporównywalnych ofert.

W § 15 ust 1 i 2 projektu umowy Zamawiający zawarł bardzo obszerny katalog kar umownych. Dalsze postanowienia tego paragrafu dotyczą zasad naliczania kar umownych, zostały jednakże sformułowane w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości Odwołującego co do tego, czy kary umowne mogą zostać naliczone przez Zamawiającego wyłącznie po uprzednim wezwaniu wykonawcy do należytego wykonania danego obowiązku lub usunięcia naruszeń. Dlatego też Odwołujący wniósł o wykreślenie § 15 ust. 3 projektu umowy oraz nadanie § 15 ust. 5 projektu umowy następującego brzmienia:

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

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

Zastrzegane przez Zamawiającego kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie mogą jednak obciążać nadmiernym ryzykiem wykonawcy. Z tego względu Odwołujący wniósł o obniżenie wysokości

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

#### Zarzut 12

Naruszenie art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ułożenie treści stosunku prawnego stron w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmiernie obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców poprzez przyjęcie w projekcie umowy, że możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia wskazanej w § 11 projektu umowy aktualizuje się wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie w zakresie możliwości waloryzacji wynagrodzenia nie gwarantuje wykonawcy, że dodatkowe koszty świadczenia usługi, które mogą się zaktualizować w toku jej realizacji, znajdą pokrycie w zmienionym wynagrodzeniu. Sytuacja ta dotyczy zarówno okoliczności określonych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, co do których Zamawiający przewidział w § 19 ust. 3 projektu umowy możliwość podwyższenia wynagrodzenia, jak i pozostałych okoliczności, co do których Zamawiający takiej możliwości nie przewidział.

W myśl literalnej wykładni zapisów projektu umowy zmiana postanowień umowy w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia dopuszczalna jest wyłącznie w sytuacji

określonej w § 19 ust. 3 ustawy Pzp. Postanowienie umowne w tym zakresie stanowi realizację ustawowego obowiązku spoczywającego na Zamawiającym wynikającego z przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp co do obowiązku zawarcia w umowie o zamówienie publiczne zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Takie ukształtowanie postanowień umownych, w szczególności w sytuacji, gdy z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością na etapie realizacji zamówienia nastąpi więcej niż jedna istotna zmiana przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy lub świadczenia strony.

Z tego względu Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu takiego określenia treści stosunku prawnego łączącego strony, który pozwoli na zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy także w sytuacjach określonych w § 19 ust. 2 projektu umowy.

Odwołujący 2 wniósł o modyfikację § 19 ust. 1 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

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

- 1) dopuszczalnej prawem zmiany Stron umowy lub oznaczenia Stron umowy,
- 2) warunków płatności,
- 3) wysokości cen jednostkowych określonych w ofercie Wykonawcy,
- 4) zmiany którejkolwiek z kwot podanych w § 11 ust. 8 wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 5) terminu świadczenia usługi i/lub terminu realizacji zamówienia sytuacji opisanej w § 4 wraz ze skutkami takiej zmiany,
- 6) zmiany zakresu przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 7) sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany,
- 8) technologii wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia, jeżeli wprowadzenie nowej technologii nie będzie powodować podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy oraz powodować będzie nie pogorszenie dotychczasowych standardów wykonywania zamówienia,
- 9) zmiany zakresu części zamówienia powierzonej Podwykonawcom lub zmiany Podwykonawcy w zakresie niezbędnym do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ, w przypadku zaistnienia okoliczności mających wpływ na dalszą realizację przedmiotu umowy



przez Podwykonawcę,

- 10) zmiany podmiotu trzeciego, na zdolności którego Wykonawca powoływał się składając ofertę, celem wykazania spełniania warunku kwalifikacyjnego dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w § 10 ust. 2,
- 11) zmiany lub wprowadzenia nowej instalacji, do której Wykonawca obowiązany jest przekazać odebrane odpady z terenu Sektora:
- 12) zmiany sposobów wyliczenia, wymaganych przepisami prawa, rocznych poziomów, o których mowa w SWU rozdział XIX, pkt 1:
- 13) usunięcia zapisów, których wykonanie jest niemożliwe ze względu na obowiązujące przepisy prawa - w zakresie, który jest niezbędny do wyeliminowania błędów.”.

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

W celu przywrócenia równowagi stron umowy Odwołujący 2 wniósł także o wprowadzenie do projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej zakładającej możliwość zmiany cen jednostkowych wskazanych w ofercie wykonawcy o wskaźnik rewaloryzacji (wzrost cen towarów i usług) podany w ustawie budżetowej na pisemny wniosek wykonawcy składany nie później niż w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie ustawy budżetowej na dany rok.

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

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

wprowadzenie systemu kaucyjnego w ramach ROP w istotny sposób zmieni morfologię i ilość odbieranych odpadów opakowaniowych. Krajowe przepisy regulujące ROP mają zostać uchwalone do lipca 2020 roku. Zatem założenia zmian są już znane, określone są bowiem przepisami unijnymi. W ramach tych założeń na pierwszy plan wysuwa się kwestia otrzymywania przez Gminę, wynagrodzenie z ROP za każdą przekazaną do recyklingu tonę odpadów wg sprawozdań.

Kolejną okoliczność, która wpływać będzie na zakres i charakter świadczenia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne stanowi zmiana obowiązującego Regulaminu. Zmiana Regulaminu będzie konieczna ze względu na art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, tj. regulację nakładającą na gminę obowiązek dostosowania obecnie obowiązujących regulaminów utrzymania czystości i porządku w gminie. Zgodnie z ww. przepisem, rada gminy jest obowiązana dostosować uchwały wydane przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy na podstawie przepisów ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu dotychczasowym do przepisów ustawy zmienianej w art. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, w terminie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy. Ustawa nowelizująca w życie 6 września 2019 r., więc gmina jest obowiązana dostosować Regulamin do 6 września 2020 r.

Okolicznością wpływającą na zakres i charakter świadczenia zamówienia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne jest nowa regulacja art. 6c ust. 2c u.c.p.g., zgodnie z którą „Przystąpienie właściciela nieruchomości, na której nie zamieszkują mieszkańcy, z wyłączeniem właściciela nieruchomości, o której mowa w art. 6j ust. 3b, do zorganizowanego przez gminę systemu gospodarowania odpadami komunalnymi jest dobrowolne i następuje na podstawie zgody właściciela nieruchomości wyrażonej w formie pisemnej”. Rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Uchwalenie wspomnianej ustawy nowelizującej doprowadziło do sytuacji, w której nowe przepisy dotyczące dobrowolności przystąpienia właścicieli nieruchomości niezamieszkanymi do zorganizowanego przez gminę systemu odbioru odpadów komunalnych weszły w życie 6 września 2019 r. W ustawie nowelizującej brakuje odrębnych - dedykowanych wyłącznie temu zagadnieniu - przepisów przejściowych, zatem gminy mają co do zasady (poza pewnymi wyjątkami wynikającymi wprost z ustawy) 12 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy na dostosowanie dotychczasowych uchwał do znowelizowanych przepisów.

Ponadto Odwołujący 2 wskazał, że istnieje możliwość wyłączenia nieruchomości, w których nie zamieszkują mieszkańcy z systemu zbiórki odpadów komunalnych. Tym samym, w toku realizacji usługi może w istotny sposób zmienić się ilość odpadów odbieranych na

terenie Sektora. Z tego względu za konieczne należy uznać możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy realizującego usługę, gdyż w znaczący sposób zmienić się może zakres świadczenia wynikającego z umowy.

Kolejną okolicznością wpływającą na zmianę zakresu i charakteru świadczenia wynikającego z przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne jest zaawansowany stan prac legislacyjnych nad ustawami i aktami wykonawczymi, które z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością zostaną uchwalone i wejdą w życie w okresie realizacji zamówienia publicznego, m.in. z uwagi na konieczność dostosowania polskiego ustawodawstwa do wymogów unijnych oraz aktualizacji rozporządzeń wykonawczych do wymogów znowelizowanych ustaw o odpadach i u.c.p.g.

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

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

#### Zarzut nr 13

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

Z obecnie obowiązującego opisu przedmiotu Zamówienia wynika, że dopuszczalne jest świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia pojazdami niespełniającymi

jakichkolwiek wymogów w zakresie norm emisji spalin.

Obserwacja podejmowanych w ostatnich latach działań Gminy Wrocław w zakresie szeroko pojętej ochrony środowiska pozwala na stwierdzenie, że gmina ta jest niezwykle proekologiczna. Od 1 lipca 2018 r. zaczęły obowiązywać niektóre zapisy uchwały antysmogowej, którą 30 listopada 2017 r. przyjęli radni Sejmiku Województwa Dolnośląskiego. Uchwała antysmogowa to przepisy przyjęte przez Sejmik Województwa Dolnośląskiego, które pomogą ograniczyć zanieczyszczenie powietrza na obszarze Gminy Miejskiej Wrocław i dolnośląskich uzdrowisk oraz pozostałych miejscowości Dolnego Śląska (art. 96 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska). Uchwała została podjęta dla ograniczenia negatywnego oddziaływania zanieczyszczenia powietrza na zdrowie ludzi lub na środowisko. Jej celem jest ochrona i poprawa jakości powietrza we Wrocławiu.

Zgodnie z ważnymi słowami prezydenta Wrocławia J.S.: „Wrocław jako pierwsze miasto w kraju chce ogłosić alarm klimatyczny. Dziś nie ma dla nikogo usprawiedliwienia, a odpowiedzialność za klimat spoczywa na każdym z nas”.

Powyższa wypowiedź prezydenta Wrocławia koresponduje z nowoczesną, proekologiczną postawą gminy. W październiku 2019 r. nastąpiło uroczyste przekazanie nowych autobusów wrocławskiemu MPK (50 mercedesów citaro 2). Wszystkie te pojazdy są nisko podłogowe, klimatyzowane i spełniają najbardziej wymagające normy emisji spalin EURO 6. Autobusy będą stopniowo włączane do obsługi kolejnych linii. Autobusy kupiono za 97 milionów złotych, z czego 54 mln pochodziły z unijnego dofinansowania dla wrocławskiego projektu.

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

Gmina Wrocław, prezentując swoją proekologiczną postawę, przyjęła również Politykę Zrównoważonej Mobilności, która koresponduje z najwyższymi dostępnymi standardami prowadzenia usług odbioru odpadów komunalnych, tj. wykorzystującymi pojazdy spełniające normy emisji spalin EURO 6.

Obowiązujące przepisy unijne i krajowe umożliwiają wykorzystanie zamówień publicznych między innymi do wspierania celów, takich jak: ochrona środowiska, bardziej efektywne gospodarowanie zasobami, większa efektywność energetyczna i przeciwdziałanie

zmianom klimatu. Co więcej, zalecane jest wykorzystywanie kontraktów publicznych w celach proekologicznych („Zielone zamówienia publiczne”).

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

#### Zarzut nr 14

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

Zapisy rozdziału XIII pkt 1 ppkt 3 lit. c SWU, określające wymogi systemu identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz rejestracji odbioru worków, w który wyposażone mają zostać pojazdy służące do prawidłowej obsługi Sektora zakładają, że „pojazdy odbierające worki w terminale/komputery pokładowe systemu identyfikacji RFID umożliwiające wybranie MGO, na którym realizowana jest usługa oraz przypisanie notatki (wzory notatek przyporządkowane do poszczególnych zdarzeń zawarto w załączniku nr 18, z zastrzeżeniem, że Zamawiający ma możliwość zmiany wzorów notatek lub dodania nowej) do konkretnego MGO, z zastrzeżeniem, że w przypadku braku odpowiedniej notatki na liście system winien umożliwiać dopisanie notatki o dowolnej treści. W przypadku odbioru worków wymaga się ręcznego odnotowania takiego odbioru na terminalu/komputerze pokładowym w Systemie (oznaczenie realizacji MGO na zaimportowanej trasówce). Ręczne odnotowanie odbioru

odpadów ma być wyróżnione w systemie w stosunku do odbioru dokonanego automatycznie poprzez odczyt Transpondera RFID”.

Powyższy zapis oznacza, by wykonawca na etapie odbioru odpadów w workach każdorazowo ręcznie przy każdej nieruchomości/MGO ręcznie zatwierdzał odbiór worka w systemie. Odwołujący wskazuje, że stawiany przez Zamawiającego wymóg każdorazowego ręcznego zatwierdzenia odbioru worka jest wymogiem nadmiernym i nieuzasadnionym potrzebą Zamawiającego.

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania takiej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, która zakładałaby możliwość zbiorczego potwierdzenia ilości odebranych worków poprzez dopuszczenie możliwości odnotowywania na terminalu/komputerze pokładowym realizacji odbioru odpadów z nieruchomości położonych wzdłuż danej ulicy jednorazowo po zakończeniu usługi, a nie przy każdym MGO.

#### Zarzut nr 15

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

Zgodnie z zapisem rozdziału IV pkt 1 SWU wykonawca zobowiązany jest do pełnienia szczególnego nadzoru nad wskazanymi przez Zamawiającego miejscami gromadzenia odpadów. Zamawiający przewiduje zlecenie szczególnego nadzoru nad maksymalnie 100 MGO na terenie Sektora, z zastrzeżeniem, że Zamawiający może zlecić do szczególnego nadzoru minimalnie 15 MGO.

Zamawiający nie przewidział jednakże odrębnej pozycji w formularzu cenowym za świadczenie tego rodzaju usługi. Usługa tego rodzaju jest na tyle specyficzna, że brak odrębnej pozycji w zestawieniu kosztów zadania w znaczący sposób utrudnia kalkulację oferty.

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

Z tego względu Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania

modyfikacji dokumentacji przetargowej, w szczególności załącznika nr II - ZESTAWIENIE KOSZTÓW ZADANIA poprzez uzupełnienie jej o dodatkowa pozycje - cena jednostkowa za nadzór nad jednym MGO/m-c.

#### Zarzut nr 16

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

Opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, gdyż nie wynika z niego jednoznacznie, czy wszystkie pojazdy wymienione w rozdziale IV SIWZ jako pojazdy, którymi dysponować musi wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu muszą zostać wpisane do Planu Obsługi Systemu, o którym mowa w rozdziale XVII ust. 2 pkt 2 lit. a i b SWU. Jeżeli taka konieczność zachodzi to, Odwołujący wskazał, że wymóg ten jest nieadekwatny względem przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego co do pojazdów wymienionych w rozdziale IV SIWZ 1.2.3.2 pkt 4, pkt 5 oraz 8 (pojazdy ciężarowe bramowe, hakowce, myjki). W ocenie Odwołującego<sup>2</sup>, Zamawiający słusznie żąda, aby Wykonawca dysponował większym potencjałem pojazdów, niemniej jednak wskazuje, że dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia wystarczające będą po dwa pojazdy w każdej z tych kategorii i tyle też pojazdów powinno być wymagane jako pojazdy służące do prawidłowej obsługi sektora w Planie Obsługi Systemu.

Odwołujący<sup>2</sup> wskazał, że z dokumentacji przetargowej nie sposób jednoznacznie wywnioskować, czy liczbę pojazdów niezbędnych do obsługi Sektora określa ostatecznie wykonawca czy też Zamawiający. Z jednej strony bowiem Odwołujący<sup>2</sup> ma świadomość, że liczba pojazdów określona w SIWZ 1.2.3.2. pkt 4, 5 i 8 stanowi określenie warunków udziału w postępowaniu i nie można jej utożsamiać z wymogami co do liczby pojazdów na etapie realizacji zamówienia. Niemniej jednak z zapisów dokumentacji przetargowej nie sposób jednoznacznie wywnioskować, ile pojazdów podstawowych i ile pojazdów rezerwowych podlega wpisowi do planu obsługi systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zestawienie zapisów rozdziału XVII pkt 2 ppkt 2 SWU oraz rozdziału XII pkt 7 SWU budzi wątpliwości Odwołującego<sup>2</sup>, który wniósł o precyzyjne określenie wymogów Zamawiającego w tym zakresie.

## Zarzut nr 17

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

Zamawiający opisując zakres przedmiotu zamówienia w rozdz. I pkt 1 SWU wskazuje 38 rodzajów odpadów wymagających odbioru, transportu, zbierania i zagospodarowania, tymczasem na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaga od wykonawców decyzji na zbieranie tylko w odniesieniu do 9 odpadów pomijając pozostałe, w tym nawet 2 podstawowe odpady takie jako 20 03 01 - odpady zmieszane, oraz bioodpady (20 02 01, 20 01 08). Takie działanie, biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego, nie pozwala na należyłą weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Rozdz. I pkt 1 SWU pozostaje w sprzeczności z rozdz. XI SWU między innymi z pkt 4 ppkt 4) i 5), który zobowiązuje wykonawcę do:

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

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

Rozdz. XI SWU pkt 4 ppkt 4) i 5) stoi w sprzeczności z rozdz. XII SWU pkt 1 ppkt 1) lit. b, który wskazuje, iż baza magazynowa: „b) musi być wyposażona w wydzielone boksy, specjalistyczne pojemniki przeznaczone do magazynowania odpadów komunalnych, w przypadku, gdy Wykonawca będzie magazynował odpady przed ich transportem do miejsc recyklingu, odzysku bądź unieszkodliwiania.”.

Zapis ten wprowadza dowolność w zakresie magazynowania, która w rozdz. XI jest obowiązkiem.

Rozdz. XII pkt 2 ppkt 1) lit. k SWU zakłada, że baza magazynowa ma być wyposażona w min 2 kamery zamontowane w miejscach umożliwiających monitorowanie:

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



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

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

Z kolei na podstawie Rozdz. XVIII SWU pkt 2 ppkt 2) SWU Zamawiający wymaga aby:

2) Miesięczne Karty Bilansu Odpadów Komunalnych będą potwierdzane przez Wykonawcę następującymi dokumentami:

a) dowodami ważenia (przesyłanymi zgodnie z Rozdziałem XVI, pkt 4) sporządzonymi i podpisanymi przez osobę obsługującą wagę na wjeździe do bazy magazynowo - transportowej (i na wyjeździe, w przypadku niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych), z legalizowanej wagi zlokalizowanej na terenie bazy magazynowo - transportowej, które mają zawierać następujące informacje: - datę i godzinę I i II ważenia, - nr rejestracyjny pojazdu, - kod odpadów, - masę I ważenia, - masę II ważenia, - masę odpadów netto, - numer dowodu ważenia w formie: numer dowodu/miesiąc/rok. Zamawiający nie dopuszcza uwzględniania zapisanej w systemie tary przy ważeniu. Wykonawca zobowiązany jest do ważenia odpadów poprzez zważenie załadowanego samochodu na wjeździe oraz do powtórnego ważenia po jego rozładowaniu, aby określić właściwą masę odpadów netto.

Wyżej przywołane zapisy opisu przedmiotu zamówienia w zakresie określenia wymaganego postępowania przy ważeniu potwierdzają, że wykonawca musi rozładować samochód po pierwszym ważeniu, a następnie zważyć odpady. Tym samym, odpady muszą zostać zmagazynowane na terenie bazy magazynowo - transportowej. Aby magazynować odpady konieczne jest posiadanie decyzji na zbieranie. Takie postępowanie dotyczy wszystkich odpadów, więc dla każdego odpadu wykonawca powinien posiadać decyzję na zbieranie odpadów, nie tylko dla kilku odpadów przypadkowo wybranych. Sprzeczny więc z procedurą ważenia wymaganą przez Zamawiającego w SWU jest zapis w rozdz. XII pkt 1 ppkt 1) lit b SWU, iż baza „musi być wyposażona w wydzielone boksy, specjalistyczne pojemniki przeznaczone do magazynowania odpadów komunalnych, w przypadku, gdy Wykonawca będzie magazynował odpady przed ich transportem do miejsc recyklingu, 'odzysku bądź unieszkodliwiania.". Przypadek magazynowania będzie zachodził bowiem w każdym przypadku i bez względu na fakt, czy magazynowanie będzie trwało 3 miesiące, czy 2 godziny. Dokładna lektura opisu przedmiotu zamówienia wymaga posiadania decyzji na zbieranie. Zapisy OPZ nie są jasne, gdyż rozdział I SWU w punkcie 1 i 2 różnicuje zakres zamówienia na odpady wymagające odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania (rozdział I pkt 1

SWU) oraz odpady wymagające odbioru, transportu i zagospodarowania (rozdział I pkt 1 SWU).

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

#### Zarzut nr 18

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 487 § 2 k.c. poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego i naruszający równowagę stron umowy oraz zakładający nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym z uwagi na wprowadzenie do projektu umowy oraz szczegółowych warunków umowy zapisów w sposób nieproporcjonalny.

Rozdz. XVIII pkt 2 ppkt 2 lit. c: SWU stanowi; Wykonawca zobowiązany jest do opracowywania i przedkładania Zamawiającemu Miesięcznych' Kart Bilansu Odpadów Komunalnych z zachowaniem poniższych wymagań:

2) Miesięczne Karty Bilansu Odpadów Komunalnych będą potwierdzane przez Wykonawcę następującymi dokumentami:

(...)

c) kserokopiami kart przekazania odpadów (KPO) i wydrukami wygenerowanych kart przekazania odpadów komunalnych (KPOK), wszystkich frakcji przekazanych do instalacji komunalnych, instalacji recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania (wraz z pozostałościami z sortowania lub powstałymi zanieczyszczeniami) - z zastrzeżeniem pkt 5, lub oświadczeniami poszczególnych posiadaczy odpadów, do momentu ostatecznego zagospodarowania, zawierające informacje takie jak:

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

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

Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany wymagań w zakresie dokumentacji na wymóg przekazywania Zamawiającemu KPOK lub KPO lub oświadczeń z pierwszej instalacji przetwarzania odpadów, do których zostały przekazane odpady. Organem kontrolującym z mocy ustawy prawidłowość postępowania z Odpadami przez wykonawcę jest wójt, burmistrz lub prezydent miasta na podstawie m. in. art. 9p u.c.p.g. Składanie tak rozbudowanej dokumentacji w okresach miesięcznych jest nadmierną, podwójną biurokracją i zbędnym formalizmem utrudniającym pracę wykonawcy. Dla zobrazowania ww. zbędnego formalizmu należy przytoczyć przykład: około 2000 dowodów ważenia miesięcznie (drukowanych, podpisywanych i przesyłanych ciągu 30 min na Wirtualny Dysk) + 2000 KPOK drukowanych z elektronicznego systemu bdo (pomimo, że gmina ma dostęp do bdo i wszystkich danych wykonawcy) = 4.000 dokumentów miesięcznie niepotrzebnie wymaganych (8 ryz papieru), ponieważ KPOK funkcjonuje w systemie elektronicznym „bdo” i posiada dokładnie te same informacje, co dowód ważenia. Co prawda Zamawiający dopuszcza zastąpienie KPOK/KPO oświadczeniami instalacji, jednakże w rozdz. XVIII pkt 2 litera b SWU zastrzega możliwość żądania w ciągu 1 dnia roboczego okazania oryginałów dowodów ważenia i wydruków KPOK dotyczących wszystkich odbieranych frakcji w terminie 1 dnia roboczego, bez wskazania, kiedy taka okoliczność może mieć miejsce. Zastrzeżenie to powoduje, iż wykonawca, aby sprostać terminowi, ze względu na ilość dokumentacji, musi mieć przygotowaną dokumentację.

Rozdział XVIII pkt 2 ppkt 2 litera a SWU wskazuje dodatkowo obowiązek przekazania wszystkich dowodów ważeń dla odpadów zmieszanych na wyjeździe z bazy magazynowo - transportowej, co w praktyce oznacza przekazanie Zamawiającemu wszystkich dowodów

ważen dla tych odpadów z całej działalności prowadzonej przez wykonawcę w tym zakresie. Dodatkowo zgodnie z SWU rozdz. XVIII pkt 2 ppkt 3: „Na wszystkich powyższych dokumentach Wykonawca zobowiązany jest umieścić poświadczoną podpisem upoważnionego pracownika Wykonawcy adnotację dotyczącą ilości odpadów pochodzących tylko i wyłącznie z Sektora IV - Psie Pole, w przypadku, gdy na dokumentach wykazane są odpady niepochodzące z tego Sektora”: Oba ww. obowiązki sprawiają, iż wykonawca musi wydrukować dodatkowo oprócz dowodów ważeń pojazdów odbierających odpady (ok. 2000 szt.) pow. 200 dowodów ważeń w miesiącu dla pojazdów wyjeżdżających z odpadami zmieszany z bazy magazynowo-transportowej i na każdym dokumencie umieścić odrębnie informację nt. ilości odpadów odebranych z sektora. Czynność taka jest wymaganiem nadmiernym w kontekście żądania od wykonawcy przedstawienia KPOK potwierdzonego przez instalację komunalną lub oświadczenia tej instalacji wskazującej i potwierdzającej ilość odpadów.

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

#### Zarzut nr 19

Naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego oraz w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz zaburzający wzajemność świadczeń

Obowiązki umowne Zamawiającego określone zostały w § 7 ust. 1 projektu umowy. Odwołujący wskazał, że obowiązki stron zostały określone w sposób nieproporcjonalny. Odwołujący 2 wniósł o dopisanie w § 7 ust. 1 projektu umowy podpunktu 8, zgodnie z którym do obowiązków Zamawiającego należałoby: „8) udzielenie odpowiedzi na zapytania wykonawcy dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 3 dni od przesłania zapytania drogą mailową”.

#### Zarzut nr 20

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

W rozdziale II pkt 4 ppkt 2 SWU Zamawiający określa wymogi, jakie mają spełniać pojemniki służące do gromadzenia odpadów komunalnych przeznaczone do zbiórki bioodpadów mające pojemność 1100l. Odwołujący 2 wniósł o zastąpienie tych pojemników pojemnikami o pojemności 660l. W ocenie Odwołującego, ciężar właściwy bioodpadów zebranych w pojemniku o pojemności 1100l przekracza dopuszczalną wytrzymałość techniczną zarówno samych pojemników, jak i urządzeń załadowniczych. Z tego względu nie będzie możliwe odebranie wypełnionego pojemnika o pojemności 1100l.

#### Zarzut nr 21

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

W rozdziale XVII pkt 3 SWU Zamawiający przewiduje następujący obowiązek: „Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego aktualizowania powyższego Planu w terminie do 3 dni roboczych od pojawienia się zmiany. Zmiany dotyczące składu taboru samochodowego oraz zmiany technologii realizacji usługi mogą odbywać się wyłącznie za zgodą Zamawiającego. O zmianach dotyczących instalacji lub przedsiębiorców wskazanych w wykazie sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 25, Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego w terminie 14 dni roboczych od dnia wystąpienia konieczności wprowadzenia nowej instalacji i/lub zmiany dotychczasowej instalacji wskazanej, nie później jednak niż w terminie 7 dni roboczych przed dniem pierwszego przekazania odpadów do tej instalacji.”.

Odwołujący 2 wskazał, że wymóg ten w szczególności w zakresie obowiązków

informacyjnych o instalacjach, w których zagospodarowywane są odpady jest nadmierny i nieadekwatny.

Odwołujący wniósł o zmianę tak, by zapis ten zyskał następujące brzmienie:

„O zmianach dotyczących instalacji lub przedsiębiorców wskazanych w wykazie sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 25, Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego niezwłocznie licząc od dnia wystąpienia konieczności wprowadzenia nowej instalacji i/lub zmiany dotychczasowej wskazanej instalacji, nie później jednak niż 3 dni roboczych po przekazaniu odpadów do tej instalacji”.

#### Zarzut nr 22

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

Zapis rozdziału XIV pkt 2 ppkt 2 SWU Zamawiający jest nieprecyzyjny. Wydaje się jednak, że stawia względem wykonawcy wymóg, by wykonawca przysyłał Zamawiającemu w przypadku realizacji podstawień kontenerów na odpady wielkogabarytowe i bioodpady załączania każdorazowo dokumentacji fotograficznej. Jest to wymóg nieadekwatny w sytuacji, gdy pojazdy przeznaczone do odbioru pojazdów są wyposażone w kamery i Zamawiający ma możliwość do konania weryfikacji należytego wykonania usługi w tym zakresie na filmach.

Odwołujący 2 wniósł o wykreślenie obowiązku sporządzania dokumentacji fotograficznej w przypadku realizacji podstawień kontenerów na odpady wielkogabarytowe i bioodpady.

Mając na uwadze powyżej przedstawione okoliczności, Odwołujący 2 wniósł o zmianę bądź wykreślenie zapisów SIWZ w sposób zgodny z wnioskami zawartymi w odwołaniu. Jak stwierdził Odwołujący 2, brak dokonania wnioskowanych zmian spowoduje, że część świadczeń objętych zamówieniem będzie miało charakter niemożliwych do spełnienia lub będzie pozostawało w sprzeczności z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Zdaniem Odwołującego 2, opis przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu jest nieprecyzyjny i skutkuje niemożnością właściwego skalkulowania oferty przez wykonawcę, a nadto stwarza ogromne ryzyka po stronie wykonawcy, który - jeśli podejmie decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia - będzie zmuszony wkalkulować je w cenę oferty, co

bez wątplenia utrudnia uczciwą konkurencję. Zamawiającemu przysługuje prawo do ukształtowania zapisów SIWZ w taki sposób, by odzwierciedlały one jego potrzeby, jednakże przyznana mu swoboda nie jest nieograniczona. Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w szczególności takich, których działający z należytą starannością wykonawca nie jest w stanie określić i w ślad za tym ująć w cenie ofertowej.

Pismem z dnia 15 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty: 7 w całości, 9 w części, 10 w części, 11 w części, 16 w części, 20 w całości. Zamawiający stwierdził, że w powyższym zakresie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu poprzez dokonanie zmian w SIWZ pismem z dnia 15 czerwca 2020 r. Zamawiający wskazał ponadto, że zarzut nr 15 jest bezprzedmiotowy, bowiem Zamawiający w dniu 15 czerwca 2020 r. zmienił treść SIWZ. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu FbSerwis oświadczył, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie wycofuje zarzuty nr 1, 3, 4, 6, 7 w zakresie, w jakim nie został uwzględniony przez Zamawiającego. Odwołujący podtrzymał zarzut 8 w zakresie, w jakim nie został on przez Zamawiającego uwzględniony.

ALBA oświadczył, że w związku z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie wycofuje zarzuty nr 1, 2, 5, 6, 9 w części, w jakiej nie został uwzględniony przez Zamawiającego, 14, 16 w części, w jakiej nie został uwzględniony przez Zamawiającego, 18, 19, 21, 22.

ALBA zmodyfikował żądanie w zakresie zarzutu 6 - wniósł o modyfikację SWU i projektu umowy w sposób wskazany na str. 31 odwołania, ale przez określenie poziomu wypełnienia pojemników na odpady skutkującego koniecznością ich odbioru w przypadku wypełnienia pojemnika w 90%. Zamawiający, wobec zmodyfikowania wniosku przez Odwołującego 2, uwzględnił zarzut 6.

W toku rozprawy ALBA zmodyfikował żądanie w zakresie czasu archiwizacji danych wnosząc o jego określenie na poziomie maksymalnie 3 miesiące (zarzut 10).

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, że stan faktyczny w sprawie, tj. brzmienie kwestionowanych w odwołaniach postanowień SIWZ, został przytoczony przez każdego z Odwoływających w sposób zgodny z treścią SIWZ i nie wymaga ponownego omówienia.

Izba stwierdziła, że Odwoływający legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwoływających możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Sygn. akt KIO 537/20

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w całości, wycofanych przez Odwoływającego 1 oraz uwzględnionych częściowo przez Zamawiającego i wycofanych przez Odwoływającego 1 w pozostałym zakresie. O tym Izba orzekła w sentencji wyroku, za podstawę przyjmując stosowane odpowiednio przepisy art. 186 ust. 2, ust. 3a i art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący nałożenia na wykonawcę nadmiarowego wymogu w umowie powierzenia przetwarzania danych osobowych (Zarzut 8b).

Odwoływający zakwestionował treść § 8 ust. 2 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, przewidujący spoczywający na przetwarzającym (wykonawcy) obowiązek niezwłocznego udostępnienia pełnej dokumentacji dotyczącej zasad bezpieczeństwa oraz technicznych i organizacyjnych środków mających na celu ochronę danych osobowych w poszczególnych CPDO na żądanie powierzającego lub administratora danych (tj. na żądanie Zamawiającego).

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze przede wszystkim art. 5 ust. 2 RODO i wyrażoną tam zasadę rozliczalności, w świetle której administrator jest odpowiedzialny za przestrzeganie przepisów prawa i musi być w stanie wykazać ich przestrzeganie. Owa rozliczalność dotyczy nie tylko sytuacji samodzielnego przetwarzania danych przez administratora, ale również przetwarzania danych w jego imieniu przez podmiot przetwarzający. W tym drugim przypadku, zgodnie z art. 28 ust. 1 i motywem 81 RODO, administrator korzysta wyłącznie z usług takich podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, by przetwarzanie spełniało wymogi rozporządzenia i chroniło prawa osób, których dane dotyczą. Powyższe oznacza wymóg weryfikowania przez administratora rzetelności podmiotów przetwarzających dane.



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

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że przepisy RODO przyznają administratorowi możliwość stałej kontroli podmiotu przetwarzającego pod kątem spełniania przez ten podmiot wymogów RODO. Ww. uprawnienie przyznane administratorowi uprawnia Zamawiającego do wprowadzenia wymogu określonego w § 8 ust. 2 wzoru umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych. Tym samym, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 k.c.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący błędnego oznaczenia wykonawcy jako administratora danych osobowych przetwarzanych w systemie monitoringu wizyjnego (Zarzut 8c).

Izba miała na względzie złożoną przez Odwołującego opinię prawną z 9 marca 2020 r. i przyjęła jej treść jako stanowisko Odwołującego.

Izba zważyła, że w świetle art. 4 pkt 7 RODO administratorem jest osoba fizyczna lub prawna, organ publiczny, jednostka lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych. Jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania.

Podążając za ww. definicją Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu to Zamawiający ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych, jak np. weryfikacja sposobu i prawidłowości realizacji umowy przez wykonawcę, czy choćby liczba i rozmieszczenie kamer. To Zamawiający posiada cel w przetwarzaniu tych danych w postaci chociażby rozpatrywania reklamacji mieszkańców, czy kontroli prawidłowości realizacji usługi

przez wykonawcę. Samo faktyczne posiadanie przez wykonawcę danych w postaci nagrań z monitoringu nie przesądza o jego tożsamości jako administratora.

Sygn. akt KIO 540/20

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w całości, wycofanych przez Odwołującego 2 oraz uwzględnionych częściowo przez Zamawiającego i wycofanych przez Odwołującego 2 w pozostałym zakresie. O tym Izba orzekła w sentencji wyroku, za podstawę przyjmując stosowane odpowiednio przepisy art. 186 ust. 2, ust. 3a i art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

Na poparcie swoich twierdzeń strony złożyły dowody:

Odwołujący 2:

- wyciąg z analizy stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Wrocław za rok 2018,
- wyciągi z odwołań FBserwis Wrocław Sp. z o.o. (sektor 2) oraz FBserwis Wrocław Sp. z o.o. i Chemeko System Sp. z o.o. (sektor 3),
- zestawienie zatytułowane „Poziomy recyklingu z poszczególnych frakcji odpadów komunalnych” wraz z dokumentami potwierdzającymi prawidłowość tego zestawienia,
- wyliczenie możliwości osiągnięcia poziomów recyklingu w sektorze 4,
- „Badanie ilości i składu odpadów komunalnych w cyklu rocznym pochodzących z terenów gminy Wrocław – sprawozdanie za miesiąc wrzesień 2018 oraz raport końcowy” (Politechnika Wrocławska – Wydział Inżynierii Środowiska, Zakład Technologii Odpadów i Remediacji Gruntów),
- zdjęcie – widok generowany z 4 kamer,
- porównanie systemów oraz ofert dostawców systemów wideo wraz z ofertami Elte GPS, Tomikomp T.S., Informat systemy komputerowe i Globtrak,
- zestawienie wymagań SIWZ z oferty Globtrak,
- zestawienie wymagań na system wizyjny w 5 wariantach,
- wydruk przedstawiający szacunkowy koszt dysków do archiwizacji danych zgodnie z wymaganiami SIWZ,
- umowę nr 66/61/2016/G z 19 sierpnia 2016 r.,

- odpowiedź Zamawiającego z 10 lutego 2020 r. na wniosek o modyfikację umowy.

Zamawiający:

- zestawienia za grudzień 2019r. wraz z tabelą przedstawiającą „Wysort odpadów surowcowych pochodzących z odpadów zmieszanych”,
- tabelę przedstawiającą potencjał recyklingu odpadów zmieszanych z badania ilości i składów odpadów komunalnych, w cyklu rocznym pochodzącym z terenu Gminy Wrocław,
- tabelę przedstawiającą spodziewaną efektywność selektywnej zbiórki odpadów biokuchennych w latach 2020-2030,
- informację przedstawioną przez FBserwis Wrocław Sp. z o.o. Zamawiającemu z dnia 31 stycznia 2020 r.,
- projekt rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i uzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne,
- zestawienie dotyczące kosztów wraz z tabelą dot. stopnia ochrony urządzeń elektrycznych przed penetracją ciał stałych lub płynów (wody) wraz ze specyfikacjami kamer,
- wydruki zdjęć oraz z systemu GPS,
- artykuły prasowe informujące o wypadkach z udziałem śmieciarek.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie osiągnięcia poziomów recyklingu (Zarzut 3).

Izba miała na uwadze treść art. 3b ust. 1 u.c.p.g., zgodnie z którym gminy są obowiązane osiągnąć poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości co najmniej:

1. 50% wagowo – za każdy rok w latach 2020-2024;
2. 55% wagowo – za każdy rok w latach 2025-2029;
3. 60% wagowo – za każdy rok w latach 2030-2034;
4. 65% wagowo – za 2035 r. i za każdy kolejny rok.

Z powyższego należy wywieść, że kwestionowany przez Odwołującego 2 obowiązek ma charakter ustawowy, a także, że ustawodawca przyjął wzrost wskaźnika poziomu recyklingu w kolejnych latach.

Ponadto, jak wynika z art. 6c ust. 1 u.c.p.g., odpowiedzialność za zorganizowanie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy ponosi gmina.

Wobec powyższego, nie może zostać uznany za nadmierny kwestionowany obowiązek – skoro obowiązek ten ustawodawca nałożył na gminę, gmina organizując odbieranie odpadów komunalnych przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uprawniona do obciążenia wykonawcy takim obowiązkiem. Przeniesienie do opisu przedmiotu zamówienia wskaźnika w wysokości określonej w u.c.p.g. nie stanowi naruszenia przepisu prawa. Ponadto, nie obciążenie wykonawcy odbierającego odpady komunalne w ramach zorganizowanego przez gminę przetargu takim obowiązkiem byłoby wątpliwe w kontekście wynikającego z art. 9g u.c.p.g. obowiązku osiągnięcia określonego w art. 3b ust. 1 u.c.p.g. poziomu recyklingu przez podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości. Można zatem wyprowadzić wniosek, że przez sam fakt prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów należy liczyć się z koniecznością realizacji obowiązku osiągnięcia wymaganego przez ustawodawcę poziomu recyklingu.

W ocenie Izby, ze złożonych dowodów nie wynika, że osiągnięcie 50-procentowego poziomu recyklingu jest niemożliwe. Brak jest też podstaw do twierdzenia, że wysort odpadów surowcowych pochodzących z odpadów zmieszanych nie ukształtuje się na wyższym poziomie w kolejnych latach. Izba wzięła pod uwagę wprowadzony do u.c.p.g. bezwzględny obowiązek zbierania przez właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych powstałych na ich terenach w sposób selektywny (art. 5 ust. 1 pkt 3 u.c.p.g.). W ocenie Izby, okoliczność ta wpłynie na zwiększenie strumienia odpadów zbieranych selektywnie, a przy tym zmniejszenie strumienia odpadów zmieszanych. Efekty przynieść może także zniesienie regionalizacji w zakresie zagospodarowywania odpadów komunalnych, co może prowadzić do kierowania odpadów do instalacji bardziej zaawansowanych technologicznie. Taki wniosek wypływa też z treści raportu Politechniki Wrocławskiej (str. 201), przy czym należy mieć na uwadze, że opracowanie to zostało sporządzone w 2018 r., a zatem nie uwzględnia obowiązku selektywnego zbierania odpadów i postępu technologicznego.

Z uwagi na powyższe, Izba uznała, że żądanie usunięcia z SIWZ określonego przez Zamawiającego poziomu recyklingu nie może się ostać. Analogicznie, za bezzasadny Izba uznała wniosek o obniżenie kary umownej za nie wywiązanie się z tego obowiązku.

Nie potwierdził się także zarzut 4. Zamawiający w zakresie zagospodarowania odpadów zobowiązał wykonawcę do prowadzenia w pierwszej kolejności sukcesywnego recyklingu, przygotowania do ponownego użycia, a w drugiej odzysku odpadów objętych

przedmiotem zamówienia, w przypadku, gdy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności w tym zakresie lub przekazywania odpadów objętych przedmiotem zamówienia w pierwszej kolejności przedsiębiorcom prowadzącym działalność w zakresie recyklingu, przygotowania do ponownego użycia, a w drugiej kolejności przedsiębiorcom prowadzącym działalność w zakresie odzysku, w przypadku, gdy wykonawca nie jest uprawniony do prowadzenia działalności w tym zakresie, z zastrzeżeniem ppkt 3, zgodnie z którym Zamawiający dopuścił możliwość przekazania odpadów do instalacji mechanicznego lub ręcznego sortowania odpadów w celu „doczyszczania odpadów” przed przekazaniem ich do recyklingu. Tak skonstruowany obowiązek dotyczy niepodzielnie wszystkich odpadów komunalnych, niezależnie od sposobu ich zbierania. W konsekwencji, przy takiej konstrukcji obowiązku, nie zachodzi konieczność jego dalszego doprecyzowania. Wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, jako profesjonalista, powinien mieć świadomość, że nałożone nań obowiązki wymagają, w przypadku odpadów selektywnych odbieranych łącznie, wyselekcjonowanie (wysortowanie) poszczególnych rodzajów odpadów. Zauważyć przy tym należy, że postanowienia SWU nie precyzują, w jaki sposób powyższe czynności będą wykonywane, tj. samodzielnie przez wykonawcę, czy zlecane podmiotom trzecim. W tym zakresie to od wykonawcy zależy takie zorganizowanie działalności, aby zakładany przez Zamawiającego efekt w postaci określonego poziomu recyklingu został osiągnięty.

Zarzut 6 ograniczony wyłącznie do odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych także podlegał oddaleniu. Izba wzięła pod uwagę przedstawione w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie uzasadnienie oczekiwań w kontekście zakwestionowanego przez Odwołującego 2 obowiązku. Odnosząc się do twierdzenia, jakoby sporne postanowienie SIWZ generować miało niemożliwe do oszacowania ryzyko zapłacenia kar umownych Izba zważyła, że z przedstawionych przez Zamawiającego danych dotyczących poprzednio obowiązującej umowy wynika, że udział kar umownych z tytułu naruszenia spornego obowiązku w wartości tego kontraktu był wręcz pomijalny. W konsekwencji przyjęć należy, że wykonawca nie miał, co do zasady, problemów z realizacją omawianego obowiązku.

Na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut 8. Wskazać należy, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dzielą się na przesłanki obligatoryjne, od których zastosowania zamawiający nie może odstąpić oraz fakultatywne, które mogą, ale nie muszą być stosowane przez zamawiającego. W przypadku przesłanek fakultatywnych ustawodawca pozostawił zamawiającemu decyzję co

do tego czy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia wprowadzi do treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poszczególne przesłanki wykluczenia wykonawcy.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. W szczególności nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego 2, że podmiot, na który została nałożona na mocy decyzji administracyjnej kara za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący 2 w swoim stanowisku pominął możliwość skorzystania przez wykonawcę z procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, pozwalającej niejako na odzyskanie przez wykonawcę dotkniętego przesłanką wykluczenia z postępowania właściwości niezbędnej do ubiegania się o zamówienie publiczne.

Zarzut 10 Izba uznała za zasadny w odniesieniu do wymagań, aby system monitoringu wizyjnego zapewniał widok otoczenia pojazdu bez martwych stref (360 stopni) i widok z góry (tzw. „widok z lotu ptaka”).

W przedmiotowej sprawie bezsporna była okoliczność, że przedmiotowe wymagania w zakresie monitoringu wizyjnego pojazdów spełniania wyłącznie system Backeye 360, którego producentem jest Brigade Electronics z Wielkiej Brytanii. Sytuacja taka stanowić może barierę w dostępie do zamówienia, gdyż stawia w uprzywilejowanej sytuacji podmioty korzystające z ww. systemu, bądź też posiadające z producentem systemu określone stosunki handlowe. Ponadto, żądanie konkretnego rozwiązania uzależnia wykonawców od dostawy systemu Backeye 360, który mając w istocie monopol na dostarczenie systemu opisanego w SIWZ może żądać od wykonawców wynagrodzenia znacząco przekraczającego wartość przedmiotowego systemu, a także może potencjalnie odmówić dostarczenia i zainstalowania tego systemu w terminach określonych w SIWZ, eliminując *de facto* wykonawcę z postępowania.

Izba stwierdziła też, że Zamawiający nie wykazał w postępowaniu dowodowym obiektywnych potrzeb dla postawienia systemowi monitoringu wizyjnego pojazdów przedmiotowych wymagań. Zamawiający powołał się na trzy okoliczności, tj. na zwiększenie bezpieczeństwa mieszkańców, przez minimalizowanie zdarzeń drogowych z udziałem pojazdów odbierających odpady (przypadki potrąceń pieszych, w tym ze skutkiem śmiertelnym), uszczelnienie systemu odbioru odpadów przez eliminowanie sytuacji, w których dochodzi do odbioru odpadów nie pochodzących z terenu Wrocławia oraz ułatwienie obsługi zgłoszeń reklamacyjnych mieszkańców dotyczących m.in. nie odebrania odpadów. W ocenie Izby, ww. okoliczności nie mogą stanowić o zasadności kwestionowanych wymagań. Złożone

przez Zamawiającego wydruki materiałów prasowych dotyczących wypadków z udziałem samochodów odbierających odpady mające wykazywać zasadność wymagań ze względów bezpieczeństwa dotyczą różnych miejscowości na terenie Polski, nie Wrocławia. Zamawiający nie wykazał, że pojazdy odbierające odpady uczestniczą w wypadkach komunikacyjnych z większą częstotliwością niż inne rodzaje pojazdów. Na okoliczność uszczelnienia systemu odbioru odpadów Zamawiający wskazał na mankamenty systemu opartego wyłącznie o nadajnik GPS, jednak, w ocenie Izby, brak jest podstaw do twierdzenia, że oczekiwanego przez Zamawiającego systemu monitoringu nie da się wyłączyć, zagłuszyć, czy spowodować jego nieprawidłowe działanie. Podobnie, Zamawiający nie wykazał wyższości systemu kamer z widokiem bez martwych stref nad systemem „tradycyjnym”, opartym na 4 kamerach.

Wobec uwzględnienia zarzutu w opisanym powyżej zakresie, Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ przez wykreślenie z rozdziału XV SWU oraz Załącznika nr 24 do SWU przedmiotowych wymagań.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzut za niezasadny. Kwestionując wymóg 6-miesięcznego okresu archiwizacji danych Odwołujący wskazał jedynie na wysoki koszt realizacji tego wymagania. Wpływ określonego rozwiązania na koszty realizacji zamówienia nie stanowi jednak o naruszeniu zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, o których mowa w art. 29 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający gotów jest ponieść taki koszt. Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, który stwierdził, że okres archiwizacji określony w SIWZ jest niezbędny dla rozstrzygnięcia postępowań reklamacyjnych oraz na użytek ewentualnych postępowań sądowych.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut nr 11. Izba wzięła pod uwagę wadliwość konstrukcji przedmiotowego zarzutu. Zarzut ten oparty został na ogólnikowych stwierdzeniach, że bliżej niesprecyzowane kary umowne są rażąco wygórowane, nie wskazują precyzyjnie okoliczności, w których mogą być naliczone, itd. Odwołujący nie dokonał merytorycznej analizy obszernego katalogu kar, która uzasadniać mogłaby wskazane powyżej tezy. W konsekwencji, zarzut ten nie zawierał przytoczenia okoliczności faktycznych, stanowiących wymóg konstrukcyjny każdego zarzutu podnoszonego w ramach środka ochrony prawnej. Odwołujący dopiero w piśmie procesowym z dnia 16 czerwca 2020 r. sprecyzował, jakich kar i z uwagi na jakie okoliczności dotyczy przedmiotowy zarzut. Działanie takie Izba uznała za spóźnione, jako że postępowanie odwoławcze nie służy doprecyzowaniu zarzutów, które powinny być w sposób nie budzący wątpliwości postawione w odwołaniu. Izba nie stwierdziła przeszkód w dokonaniu wspomnianej analizy, w odniesieniu do wszystkich kwestionowanych odwołaniem kar, na etapie wnoszenia odwołania.

Za zasługujący na oddalenie Izba uznała także zarzut nr 12. Bezspona była w tej sprawie okoliczność, że Zamawiający wypełnił ustawowy obowiązek przewidzenia we wzorze umowy możliwości waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na wystąpienie okoliczności wymienionych w pkt 1-4 przepisu art. 142 ust. 5 Pzp (§ 19 ust. 3 wzoru umowy) i określił warunki takiej zmiany (§ 19 ust. 4 wzoru umowy). Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wynikającego z przepisów Pzp minimum. W ocenie Izby, nie można odmówić racji Zamawiającemu, że w pozostałym zakresie nie był on zobowiązany do regulowania możliwości i warunków zmian wynagrodzenia wykonawcy. Izba zważyła ponadto, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił zarzucaną przez Odwołującego 2 niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rozumienia §19 ust. 1 pkt 5 i 6 projektu umowy w ten sposób, że jeżeli w konkretnych okolicznościach zmiana zakresu lub sposobu wykonywania prac uzasadniać będzie zmianę wynagrodzenia, zmiana wynagrodzenia może być kwalifikowana jako skutek wprowadzenia zmiany co do zakresu lub sposobu wykonywania prac.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut nr 13. Izba miała na uwadze na fakultatywny charakter normy zawartej w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować m.in. aspekty środowiskowe. Odwołujący 2 żądając wprowadzenia wymogu, by połowa wymaganych pojazdów, o których mowa w rozdziale XIV pkt 1 ppkt 9 SWU spełniała normę EURO V, a druga połowa normę EURO VI przedstawił argumentację na temat proekologicznej postawy gminy Wrocław. W ocenie Izby, wywód Odwołującego 2 prowadzony był w oderwaniu od postanowień SIWZ. Izba stwierdziła, że w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający żąda wykazania się przez wykonawcę flotą pojazdów, które mają spełniać europejski wymóg standardu emisji spalin EURO V lub EURO VI lub stanowić pojazd elektryczny lub pojazd napędzany gazem ziemnym (1.2.3.2.). Ponadto, w rozdziale XV pkt 5 SIWZ Zamawiający przewidział pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące dysponowania przez wykonawcę dodatkowymi pojazdami spełniającymi europejski wymóg standardu emisji spalin EURO VI lub będącymi pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym, przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdzają zatem, że Zamawiający określił wymogi dotyczące norm emisji spalin dla pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia oraz że Zamawiający dodatkowo premiuje oferty wykonawców, których flota będzie spełniać określone normy emisji spalin.



Izba nie uwzględniła zarzutu nr 15 z uwagi na okoliczność, że wymaganie, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1 SWU zostało usunięte w wyniku modyfikacji treści SIWZ z dnia 15 czerwca 2020 r.

Nie potwierdził się także zarzut nr 17. Izba stwierdziła, że prawem zamawiającego jest wybór i skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu. Prawo to nie oznacza, że zamawiający obowiązany jest opisać wszystkie potencjalnie możliwe kwalifikacje i uprawnienia niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Nie ulega również wątpliwości, iż zamawiający korzystając ze swojego prawa w zakresie opisanego warunków udziału w postępowaniu ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zamówienia. Z tego względu, konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu powinna zostać dokonana przez zamawiającego z poszanowaniem naczelných zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zgodnie z wytyczną wskazaną w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

W tym kontekście należy odróżnić etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności, od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień.

Nie ulega przy tym wątpliwości, iż wykonawca, który uzyska niniejsze zamówienie zobligowany będzie posiadać stosowne decyzje zezwalające na zbieranie wszystkich odpadów objętych zamówieniem.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 orzeczono jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r.,

sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

W sprawie o sygn. akt: KIO 537/20 Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 (zarzut zawarty w pkt 8 c petitum odwołania) i bezzasadne w pozostałej części 1/2 (zarzut zawarty w pkt 8 b petitum odwołania). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego 1 w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego 1 w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego 1 z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (łącznie 22 200 zł). Odwołujący 1 poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11 100 zł (22 200 zł x 1/2). Wobec powyższego, Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1 kwotę 7 500 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego 1 a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Także w sprawie o sygn. akt: KIO 540/20 Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/9 i bezzasadne w pozostałej części 8/9. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/9 oraz Odwołującego 2 w części 8/9. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego 2 w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego 2 z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 22 200 zł). Odwołujący 2 poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 19 733, 33 zł (22 200 zł x 8/9). Wobec powyższego, Izba zasądziła od Odwołującego 2 na rzecz Zamawiającego kwotę 1 133,33 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Zamawiającego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....