



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, dnia 19 września 2022 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Dąbrówka
ul. Tadeusza Kościuszki 14
05-252 Dąbrówka
Osoba do kontaktów: Agnieszka Moczulska
E-mail:
biuro@zamowieniapubliczne.waw.pl
zamowienia@dabrowka.net.pl
tel.: 29 642 82 62 faks: 29 757 82 20

Odwołujący: MS-EKO Sp. z o.o.
Ul. Modlińska 129 lok. U7
03-186 Warszawa
KRS 0000390396
reprezentowany przez:
r.pr. Katarzyna Latecka
Kancelaria Prawna PIERÓG & Partnerzy
ul. Nowogrodzka 42 lok. 41,
00-695 Warszawa
fax: (22) 598 93 33
e-mail: kancelaria@pierog.pl

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.:
„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2023 roku”
Numer referencyjny: IR.271.1.10.2022, dalej jako „**Postępowanie**”.

Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 3 sierpnia 2022 roku pod numerem **2022/S 148-423825**, dalej jako „**Ogłoszenie o zamówieniu**”

Dokumenty zamówienia opublikowane w dniu 5 sierpnia 2022 roku.

Zmiana dokumentów zamówienia została opublikowana w dniu 8 września 2022 roku.

Treść zmienionych dokumentów zamówienia opublikowanych na platformie zakupowej jest niezgodna z treścią odpowiedzi z dnia 1 września br., udzielonej przez Zamawiającego, na odwołanie wniesione w dniu 16 sierpnia 2022 roku (sygnatura akt: KIO 2138/22).

Niniejsze odwołanie dot. zmodyfikowanej dokumentacji postępowania, którą Zamawiający opublikował w dniu 8 września 2022 roku.

Postępowanie prowadzone na platformie zakupowej
<https://platformazakupowa.pl/pn/dabrowka/proceedings>
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/645755>

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako „Pzp” w imieniu wykonawcy **MS-EKO Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, dalej: „**Odwołujący**”, wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „**SWZ**”) oraz Ogłoszeniu o zamówieniu przez Zamawiającego – Gminę Dąbrówka z siedzibą w Dąbrówce, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dąbrówka w 2023 roku” Numer referencyjny: IR.271.1.10.2022, dalej jako „**Postępowanie**”.
- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 sierpnia 2022 roku pod numerem 2022/S 148-423825, dalej jako „**Ogłoszenie o zamówieniu**”. Dokumenty zamówienia, w tym SWZ zostały opublikowane na stronie prowadzonego Postępowania na platformie zakupowej w dniu 5 sierpnia 2022 roku. **Modyfikacja dokumentów zamówienia została opublikowana na platformie zakupowej w dniu 8 września 2022 roku. Zamawiający zobowiązał się do modyfikacji dokumentacji postępowania w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 sierpnia br.** Odwołujący wskazuje, że sposób modyfikacji dokumentacji postępowania jest niezgodny z treścią zobowiązania do dokonania modyfikacji, którą w odpowiedzi na odwołanie przedstawił Zamawiający.

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. **art. 522 ust. 4 Pzp** poprzez niedokonanie modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z treścią żądań do zarzutów nr 1-10 oraz 13-40 przedstawionych w odwołaniu z dnia 16 sierpnia 2022 roku pomimo odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 1 września 2022 roku, w której wskazał, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-10 oraz 13-40 i dokona modyfikacji dokumentów zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu dot. w/w zarzutów w terminie do dnia 02.09.2022 r., a dokonał modyfikacji niezgodnych z treścią złożonego w odpowiedzi oświadczenia; (**Zarzut 1**),
2. **art. 353¹ kc i art. 471 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez formułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie zbyt szerokiego zakresu odpowiedzialności nieopartego na zasadzie winy tj. że za wszelkie wypadki i ich następstwa wynikłe przy i w związku z wykonywaniem umowy odpowiada Wykonawca (**Zarzut 2**),
3. **art. 353¹ kc i art. 471 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 433 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez formułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami poprzez nałożenie zbyt szerokiego zakresu odpowiedzialności nieopartego



na zasadzie winy, tj. że Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy (**Zarzut 3**);

4. **art. 353¹ kc w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp i art. 436 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez formułowanie postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób niejednoznaczny, wzajemnie sprzeczny, z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi przez wadliwe ustalenie okresu realizacji umowy oraz okresu przygotowawczego przed rozpoczęciem realizacji usług odbioru i zagospodarowania odpadów (**Zarzut 4**)
5. **art. 99 ust.1 i 4 Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 16 Pzp oraz art. 395 Pzp i art. 471 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nadmiernie uciążliwy i z naruszeniem granic swobody umów i zasad odpowiedzialności Wykonawcy w zakresie regulacji prawa odstąpienia przez Zamawiającego w paragrafie 8 ust. 1 (**Zarzut 5**),
6. **art. 483 k.c., art. 484 par. 1 kc art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 436 pkt 3 Pzp i art. 16 Pzp** poprzez określenie kary umownej w par. 11 ust. 1 pkt 12 w nadmiernej wysokości, oderwanej od zawinienia oraz niewspółmiernej do przewinienia (**Zarzut 6**),
7. **art. 483 k.c., art. 484 par. 1 kc art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 436 pkt 3 Pzp i art. 16 Pzp** poprzez określenie kary umownej w par. 11 ust. 1 pkt 13 w nadmiernej wysokości, oderwanej od zawinienia oraz niewspółmiernej do przewinienia (**Zarzut 7**),
8. **art. 483 k.c., art. 484 par. 1 kc art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 436 pkt 3 Pzp i art. 16 Pzp** poprzez niejasną kwalifikację kary z par. 11 ust. 3 umowy, określenie jej w nadmiernej wysokości oderwanej od zawinienia i wpływu Wykonawcy na jej wysokość (**Zarzut 8**),
9. **art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 436 pkt 4 lit. b) pzp** poprzez nieokreślenie wymaganych przesłanek zmian umowy w postaci jednoznacznych postanowień wskazujących na zakres dopuszczonych zmian umowy oraz zawarcie przesłanek zmiany umowy niezgodnych z przepisami pzp poprzez niezasadne ograniczenie wysokości waloryzacji w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp (**Zarzut 9**),
10. **art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp** poprzez nieuwzględnienie w warunkach umowy obligatoryjnej waloryzacji ponieważ z opisu zakresu zamówienia oraz sposobu i terminu jego realizacji wynika, że umowa jest zawierana na okres powyżej 12 miesięcy, a także nieprzewidzenie w umowie przypadku waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji wzrostu kosztów świadczenia usług w szczególności kosztów paliwa co skutkuje przeniesieniem na Wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych ze świadczeniem usługi (**Zarzut 10**),
11. **art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 95 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez niejednoznaczne opisanie w dokumentacji postępowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dot. dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, które pozostawia możliwość swobodnej interpretacji warunku

- udziału w postępowaniu oraz SWZ oraz projektowanych postanowieniach umownych zakresu wymogu zatrudnienia na umowę o pracę (**Zarzut 11**),
- 12. art. 108 ust. 1 Pzp oraz art. 109 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 7) oraz ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez niejednoznaczne opisanie w rozdziale IX i X SWZ podstaw wykluczenia (**Zarzut 12**),
- 13. art. 63 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 14) Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez nieprawidłowe i wzajemnie sprzeczne opisanie w SWZ zasad poświadczenia dokumentów za zgodność oraz podpisania oferty (**Zarzut 13**),
- 14. art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez niejednoznaczne określenie zakresu dopuszczonych zmian umowy, w tym nieprzewidzenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zwiększenia wynagrodzenia w przypadku rozszerzenia przedmiotu zamówienia o dodatkowe kody odpadów (**Zarzut 14**),
- 15. art. 99 ust.1 i 4 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w rozdziale 2.4. OPZ zasad likwidacji nielegalnych wysypisk (**Zarzut 15**),
- 16. art. 99 ust.1 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny poprzez brak określenia jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 3 ust. 3 OPZ (**Zarzut 16**),
- 17. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 16 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niezgodny z uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, nadmiernie uciążliwy, jak również naruszający zasadę proporcjonalności w zakresie ustalenia w rozdziale 3 ust. 6 OPZ okresu przygotowawczego na realizację obowiązków dotyczących podstawienia pojemników oraz zasad wymiany uszkodzonych pojemników (**Zarzut 17**),
- 18. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6d ust.4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach** poprzez niejednoznaczne i nieuwzględniające uwarunkowań prawnych zawartych w przepisach branżowych określenie sposobu wskazania miejsc, gdzie następować będzie zagospodarowanie odpadów (brak wskazania możliwości przekazania niewielkich ilości odpadów segregowanych do zbierających odpady) (**Zarzut 18**).

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy (wzoru umowy) w zakresie i w sposób szczegółowo określony w dalszej części odwołania, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 sierpnia 2022 roku pod numerem 2022/S 148-423825, dalej jako „Ogłoszenie o zamówieniu”. Dokumenty zamówienia, w tym SWZ zostały opublikowane na stronie prowadzonego Postępowania na platformie zakupowej w dniu 5

sierpnia 2022 roku. W dniu 16 sierpnia 2022 roku wniesiono odwołanie (sygnatura akt: KIO 2138/22), w odpowiedzi na które Zamawiający zobowiązał się dokonać modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z odwołaniem (w zakresie 38 z 40 zarzutów, w przypadku 2 zarzutów, Zamawiający uwzględnił je w części). W dniu 8 września 2022 roku, Zamawiający opublikował zmodyfikowaną dokumentację postępowania na platformie zakupowej. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest wnoszone z zachowaniem 10 dniowego terminu na jego wniesienie (w zw. z art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Odwołujący wskazuje także, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności warunków zamówienia z prawem i ubiegania się o zamówienie bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Ponadto Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Pzp ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w Postępowaniu. Warunki zamówienia zaskarżone niniejszym odwołaniem utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie i złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskania niniejszego zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 443/16). Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

VII. UZASADNIENIE

Zarzut 1 – naruszenie art. 522 ust. 4 Pzp

W dniu 16 sierpnia br. w niniejszym postępowaniu zostało złożone przez MS EKO Sp. z o.o. odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (sygnatura akt: KIO 2138/22).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września 2022 roku, Zamawiający wskazał:
„Zamawiający informuje iż uwzględni w odwołanie w następującym zakresie:

1) zarzut nr 1-10

Zamawiający dokona modyfikacji dokumentów zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu w terminie do dnia 02.09.2022r.

(...)

4) Zarzut nr 13- 40

Zamawiający dokona modyfikacji dokumentów zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu w terminie do dnia 02.09.2022r.

W związku z powyższym Zamawiający wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą zgodnie z przesłankami wynikającymi z art. 522 ustawy z dnia 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych.”

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący w dniu 2 września br. wycofał odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego tj. zarzutu nr 11 i 12, które zostały uwzględnione w części – zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 5 września br. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie.

Wbrew oświadczeniu wskazanemu w odpowiedzi na odwołanie, modyfikacja dokumentacji postępowania ukazała się na platformie zakupowej dopiero w dniu 8 września br. i nie była zgodna z treścią odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 września br. – zmiany dokonane w dokumentacji postępowania nie były zgodne z zakresem wskazanym w odwołaniu z dnia 16 sierpnia br.

Zgodnie z treścią postanowienia art. 522 ust. 4 pzp:

„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”

Zamawiający, mimo uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów nr 1-10 oraz 13-40, nie dokonał modyfikacji dokumentacji zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, co jest działaniem niezgodnym z art. 522 ust. 4 Pzp.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu z dnia 16 sierpnia br. w zakresie zarzutów nr 1-10 oraz 13-40.

Zarzut 2 - § 1 Przedmiot umowy ust. 10

W § 1 ust. 10 Zamawiający przewidział: „10. Za wszelkie wypadki spowodowane przez Wykonawcę i ich następstwa wynikłe przy i w związku z wykonywaniem umowy odpowiada Wykonawca.”

Tak sformułowane postanowienie umowy jest niejednoznaczne, a zarazem nadmiernie uciążliwe i wykracza poza granice swobody kontraktowania, ponieważ nie przewiduje w sposób czytelny, że odpowiedzialność, o której mowa w § 1 ust. 10 dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę. Obecne brzmienie jest więc niejednoznaczne i może budzić spory w przyszłości. Ukształtowanie odpowiedzialności jako nieopartej na zasadzie winy, lecz ryzyka, jest nadmiernie uciążliwe i wykracza poza granice kontraktowe. Nawet odpowiedzialność z tytułu kar umownych oraz odpowiedzialność za niedotrzymanie terminów oparta jest na zasadzie winy. Brak jest jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia, aby odpowiedzialność Wykonawcy za wszelkie wypadki i ich następstwa wynikłe przy i w związku z wykonywaniem umowy ponosił Wykonawca, jeżeli pozostają one bez związku z jego zawinieniem. Tak ukształtowana odpowiedzialność ma charakter odpowiedzialności gwarancyjnej, opartej na zasadzie ryzyka, podczas gdy zasadą odpowiedzialności kontraktowej jest zawinienie.



Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 1 ust. 10 umowy poprzez wskazanie, że odpowiedzialność Wykonawcy dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę i nadanie mu brzmienia: „*Za wszelkie powstałe z winy Wykonawcy, przy i w związku z wykonywaniem umowy, odpowiada Wykonawca.*”

Zarzut 3 - § 1 Przedmiot umowy ust. 11

W § 1 ust. 11 Zamawiający przewidział: „*Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy powstałych na skutek działania lub zaniechania Wykonawcy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy.*”

Tak sformułowane postanowienie umowy jest niejednoznaczne, a zarazem nadmiernie uciążliwe i wykracza poza granice swobody kontraktowania, ponieważ nie przewiduje w sposób czytelny, że odpowiedzialność, o której mowa w § 1 ust. 11 dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę. Obecne brzmienie jest więc niejednoznaczne i może budzić spory w przyszłości. Ukształtowanie odpowiedzialności jako nieopartej na zasadzie winy, lecz ryzyka, jest nadmiernie uciążliwe i wykracza poza granice kontraktowe. Nawet odpowiedzialność z tytułu kar umownych oraz odpowiedzialność za niedotrzymanie terminów oparta jest na zasadzie winy. Brak jest jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia, aby odpowiedzialność Wykonawcy dotyczyła wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy była ponoszona przez Wykonawcę, jeżeli pozostają one bez związku z jego zawinieniem. Tak ukształtowana odpowiedzialność ma charakter odpowiedzialności gwarancyjnej, opartej na zasadzie ryzyka, podczas gdy zasadą odpowiedzialności kontraktowej jest zawinienie.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 1 ust. 11 umowy poprzez wskazanie, że odpowiedzialność Wykonawcy dotyczy tylko przypadków zawinionych przez Wykonawcę i nadanie mu brzmienia: „*Wykonawca naprawi bądź poniesie koszty naprawy wszelkich szkód wynikłych w trakcie wykonywania umowy powstałych na skutek zawinionych działania lub zaniechania Wykonawcy, a związanych z realizacją przedmiotu umowy.*”

Zarzut 4 - § 2 Termin realizacji, okres przygotowawczy

W § 2 umowy Zamawiający przewidział: „*Przedmiot umowy będzie realizowany w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą.*”. Z SWZ oraz innych dokumentów Postępowania wynika natomiast, że realizacja przedmiotu umowy rozpocznie się 1 stycznia 2023 roku i obejmie 12 miesięcy (tak w Rozdziale V SWZ: „*Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 12 miesięcy. Planowana data rozpoczęcia realizacji: 01.01.2023r.*”).

Należy zwrócić uwagę, że ze względu na przedmiot umowy, niezbędne jest wcześniejsze przygotowanie się do świadczenia zamówienia w tym wykonanie czynności takich jak np. opracowanie harmonogramu, wydruk harmonogramu i doręczenie go do mieszkańców nieruchomości, które to czynności mogą nastąpić najwcześniej dopiero z chwilą zawarcia umowy przez obie strony ze względu na postanowienia zawarte w projektowanych postanowieniach umownych.

W OPZ (wersji z dnia publikacji ogłoszenia na platformie zakupowej) Zamawiający słusznie wskazał, że na przygotowanie harmonogramu wyznacza Wykonawcy termin 30 dni od dnia zawarcia umowy. Zgodnie z brzmieniem OPZ, Wykonawca miał 30 dni na uzgodnienie harmonogramu, a następnie zobowiązany był do jego wydrukowania i doręczenia do mieszkańców – najpóźniej na 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania. Zamawiający nie wskazał jedynie, że czynności opisane powyżej realizowane są przez Wykonawcę po zawarciu umowy, ale przed faktycznym rozpoczęciem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, jako czynności przygotowawcze oraz nie określił czasu trwania okresu przygotowawczego (w ramach którego powinien przyjąć odpowiedni termin dla Wykonawcy np. na wydrukowanie uzgodnionych harmonogramów).

Zgodnie z żądaniem Odwołującego zgłoszonym w odwołaniu z dnia 16 sierpnia 2022 roku, odpowiedni termin na dokonanie czynności przygotowawczych powinien wynosić 40 dni i nie powinien on wchodzić w zakres czasu realizacji zamówienia, ani go skracać.

Zamawiający wskazując, że czas trwania usługi wynosi 12 miesięcy i rozpocznie się od dnia 1 stycznia 2023 roku, bez wyznaczenia okresu przygotowawczego w postaci np. 40 dni od dnia zawarcia umowy do dnia rozpoczęcia realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, uniemożliwia nowemu Wykonawcy przygotowanie się do realizacji zamówienia w przypadku, gdy umowa nie zostanie podpisana przez strony z odpowiednim wyprzedzeniem przed dnia 1 stycznia 2023 roku.

W zmodyfikowanym w dniu 8 września br. OPZ Zamawiający zawarł następujący zapis:

„Załącznikiem do umowy będzie szczegółowy wykaz adresów nieruchomości, z terenu których będą odbierane odpady komunalne. Wykonawca na tej podstawie, według wskazówek Zamawiającego opracuje harmonogram odbioru wszystkich frakcji odpadów komunalnych obowiązujący w roku 2023 (np. w formie kalendarza). Koszty druku harmonogramu (ok. 3500 szt.) pokrywa Wykonawca (dystrybucja leży po stronie Wykonawcy). Wykonawca 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów dostarczy mieszkańcom z wykazu adresów nieruchomości, o którym mowa wyżej harmonogram. Jeśli Wykonawca nie opracuje harmonogramu będzie zobowiązany stosować harmonogram obowiązujący u Zamawiającego w miesiącu poprzedzającym miesiąc rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru odpadów. Jeśli Wykonawca nie przedstawi harmonogramu na kolejny okres, powyższy zapis stosuje się analogicznie.”

Z powyższego postanowienia wynika uprzywilejowanie dotychczasowego Wykonawcy, który realizuje zamówienie i jest autorem dotychczasowego harmonogramu.

Zamawiający dokonując modyfikacji OPZ w zakresie dot. harmonogramu, nie załączył do dokumentacji postępowania aktualnie obowiązujących harmonogramów, ani adresów nieruchomości, z których odbierane będą odpady, w związku z czym inni Wykonawcy nie są w stanie odpowiednio przygotować się do realizacji zamówienia, w tym zaplanować podziału pracy w ramach prowadzonej działalności.

Wykonawcy świadczący usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, świadczą te usługi dla wielu podmiotów, dlatego w przypadku, gdy rozpoczynają świadczenie usług dla nowego podmiotu, muszą oni odpowiednio zaplanować prace w ramach swojego przedsiębiorstwa, np. rozdysponować pojazdy, a także pracowników, których liczbę mają ograniczoną. Z treści

dokumentacji postępowania wynikają także inne obowiązki przygotowawcze po stronie Zamawiającego, które zostaną wskazane poniżej.

Odwołujący zwraca uwagę, że z treści wyjaśnień do SWZ udzielonych przez Zamawiającego wynika, że od dnia 1 stycznia 2023 roku ma nastąpić świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Zamawiający wyjaśnił: „Przedmiotem zamówienia jest świadczeniem określonych usług, zaś przygotowanie i organizacja realizacji umowy nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy i nie podlega doliczeniu do okresu realizacji umowy.”

Odwołujący nie może zgodzić się z powyższym stwierdzeniem, gdyż niezbędne jest przygotowanie się do realizacji usługi, które to przygotowanie musi poprzedzać rozpoczęcie realizacji usługi, ponadto przygotowanie się do realizacji usługi może rozpocząć się najwcześniej w momencie zawarcia umowy.

Odwołujący zwraca uwagę na brak obowiązku po stronie Wykonawcy, aby podejmował on czynności przygotowawcze związane z realizacją usługi, przed zawarciem umowy na jej świadczenie.

Wracając do kwestii harmonogramów, zgodnie z treścią § 11 ust. 1 pkt 10 projektowanych postanowień umownych, Zamawiający przewidział kary umowne za niedostarczenie w wyznaczonym przez niego terminie harmonogramów w postaci ulotek informacyjnych.

„§ 11 Kary umowne

1. ZAMAWIAJĄCEMU przysługują od WYKONAWCY kary umowne w poniższych przypadkach i wysokościach:

(...)

10) w przypadku niedostarczenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (minimalny termin, jaki wyznaczy Zamawiający to 14 dni) ulotek informacyjnych (harmonogramy, informacje itp.) związanych z realizacją przedmiotu umowy w wysokości 50 zł za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki;”

Z powyższego wynika, że Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na dostarczenie wydrukowanych harmonogramów w terminie co najmniej 14 dni, a w przypadku braku ich dostarczenia, naliczy Wykonawcy kary umowne za każdy dzień zwłoki. Powyższy zapis jest sprzeczny z postanowieniami OPZ w zakresie, w jakim wskazuje, że w przypadku braku uzgodnienia harmonogramu, usługa realizowana będzie wg obecnie obowiązującego harmonogramu w gminie Dąbrówka bez określenia maksymalnego okresu, podczas którego usługa realizowana będzie na podstawie starego harmonogramu.

Skoro Zamawiający umożliwił Wykonawcy realizację usługi wg dotychczasowego harmonogramu, którego oficjalnie nie udostępnił Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia – a który jest znany jedynie Wykonawcy, obecnie realizującemu usługę dla Zamawiającego, zamiast ustalić termin na przygotowanie nowego harmonogramu, nielogiczne jest karanie Wykonawcy, który nie przedstawi nowego harmonogramu, lecz będzie realizował usługę wg dotychczasowego harmonogramu.



Jednakże, nawet przyjmując, że zmodyfikowany zapis OPZ ma służyć umożliwieniu realizacji usługi przez Wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa, przez okres, w którym strony uzgodnią nowy harmonogram, a następnie Wykonawca wydrukuje go i dostarczy do mieszkańców, tym bardziej konieczne wydaje się określenie Wykonawcy terminu na przygotowanie i uzgodnienie harmonogramu z Zamawiającym.

Odwołujący podkreśla, że nie są to jedyne czynności przygotowawcze, dla których niezbędne jest przewidzenie okresu przygotowawczego tj. czasu od dnia zawarcia umowy do dnia rozpoczęcia realizacji usług polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów.

Odwołujący wskazuje, że w okresie przygotowawczym (tj. po zawarciu umowy), Wykonawca musi przygotować się także do wykonywania usługi np. przygotować trasówki, zakupić worki i dostarczyć je do PSZOKu oraz do Urzędu Gminy Dąbrówka, dostarczyć pojemniki do instytucji publicznych, przychodni i aptek (zgodnie z OPZ).

Zgodnie z brzmieniem zaktualizowanego w dn. 8 września br. OPZ:

*„Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć pojemniki do instytucji publicznych, przychodni i aptek zgodnie z opisem w niniejszym OPZ. **Wykonawca podstawia ww. pojemniki do zbierania odpadów najpóźniej 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów.**”*

Z powyżej zacytowanego fragmentu wynika, że już 5 dni przed rozpoczęciem realizacji usługi, Wykonawca musi wyposażyć instytucje publiczne, przychodnie, apteki w odpowiednie pojemniki. Jest to typowa czynność realizowana w ramach przygotowania do rozpoczęcia realizacji usługi, która powinna zostać wykonana po zawarciu umowy. Tym samym, gdyby przyjąć, że rozpoczęcie usługi nastąpi w dniu zawarcia umowy, spełnienie obowiązku określonego w zacytowanym powyżej fragmencie OPZ, byłoby wątpliwe do zrealizowania, ponieważ Wykonawca nie dysponuje wiedzą o dacie, w której umowa zostanie podpisana.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie dot. okresu przygotowawczego (opublikowanej w dniu 8 września br. przez Zamawiającego) wskazał: *„Przedmiotem zamówienia jest świadczeniem określonych usług, zaś przygotowanie i organizacja realizacji umowy nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia wykonawcy i nie podlega doliczeniu do okresu realizacji umowy.”*

Z powyższego wynika, że Zamawiający dzień zawarcia umowy definiuje jako dzień rozpoczęcia realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia dokumentacji postępowania, w tym OPZ i wyjaśnienia dot. SWZ, należy przyjąć, że wszelkie czynności przygotowawcze do realizacji usługi, w ocenie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest zrealizować przed podpisaniem umowy, co oznacza nałożenie na Wykonawcę obowiązku realizacji umowy przed jej zawarciem. Powyższe narusza art. 99 ust.1 Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 Pzp, ponieważ jest równoznaczne z nałożeniem obowiązków w niedoprecyzowanych terminach oraz stanowiących nadmierne obciążenie, a nie można od Wykonawcy wymagać, aby realizował umowę przed jej zawarciem, ponosząc określone koszty. Tym bardziej, że szereg niezbędnych do przygotowania się przez Wykonawcę do realizacji zamówienia dokumentów, Zamawiający przekazał Wykonawcy dopiero w dniu zawarcia umowy.

Brak okresu przygotowawczego faworyzuje dotychczasowego Wykonawcę. Zamawiający jest zobowiązany tak prowadzić postępowanie, aby zapewnić niezbędne terminy na przygotowanie się do świadczenia usługi każdemu Wykonawcy. Postanowienia dokumentacji postępowania we wskazanym powyżej zakresie naruszają przepisy wskazane w petitum odwołania.

Konieczność dostarczenia harmonogramu właścicielom nieruchomości, dostarczenie worków itp. poprzedza i jest niezbędne do rozpoczęcia świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów.

Z postanowień SWZ i projektowanych postanowień umownych jednoznacznie wynika więc, że Zamawiający przewiduje, że umowa zostanie zawarta przed 1 stycznia 2023 roku i będzie realizowana w okresie dłuższym niż 12 miesięcy od jej zawarcia. Tym samym § 2 jest niespójny z innymi postanowieniami SWZ i sugeruje, że umowa zawierana jest na okres 12 miesięcy, co nie jest zgodne z innymi postanowieniami SWZ.

Jeżeli natomiast we wskazanym postanowieniu Zamawiający odniósł się tylko do realizacji przedmiotu umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, to z pewnością okres ten nie rozpoczyna się od dnia zawarcia umowy, lecz dopiero po zakończeniu okresu przygotowawczego, który powinien obejmować około 40 dni od podpisania umowy (30 dni na przygotowanie i uzgodnienie harmonogramu po przekazaniu przez Zamawiającego po podpisaniu umowy wykazu nieruchomości, następnie jego wydrukowanie i dostarczenie mieszkańcom co najmniej na 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów, co wymaga min. 10 dni na organizację, dostarczenie worków do Urzędu i PSZOK, dostarczenie pojemników do aptek, przychodni, instytucji publicznych itp.).

Termin realizacji umowy jest zatem dłuższy niż 12 miesięcy od jej podpisania i zachodzi konieczność dostosowania postanowień umowy do innych postanowień SWZ. Niezasadne byłoby także przyjmowanie, że w przypadku przedłużania się postępowania przetargowego okres realizacji ulega skróceniu, ponieważ Wykonawca kalkuluje ofertę z uwzględnieniem znanych mu uwarunkowań i nie może ponosić ryzyk przedłużającego się przetargu. Wykonawca nie może także ponosić ryzyk związanych z procedurą przetargową skutkujących skróceniem okresu przygotowawczego na wykonanie czynności niezbędnych do przygotowania się do jej wykonywania, w tym sporządzenie harmonogramu oraz czynności przygotowawcze, które następują po jego uzgodnieniu.

Sam Zamawiający wskazał w OPZ:

*„Zamawiający udostępni Wykonawcy **przy podpisaniu umowy oraz na 5 dni roboczych przed planowanym terminem rozpoczęcia realizacji umowy** na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Dąbrówka aktualną listę nieruchomości, które zadeklarowały posiadanie kompostownika.”*

Z powyższego wynika, że sam Zamawiający w dokumentacji postępowania nie utożsamia zawarcia umowy z rozpoczęciem realizacji zamówienia i wyróżnił on okres przygotowawczy.

Odwołujący podkreśla, że w zależności od liczby nieruchomości wykonawca musi wysłać odpowiedniej pojemności pojazd lub więcej niż jeden pojazd oraz konieczne jest rozdysponowanie odpowiednich do tej pracy pracowników i ich liczby. Sam Zamawiający zgodził się z powyższą argumentacją Odwołującego i wydłużył w/w termin do 5 dni roboczych, gdyż w dokumentacji opublikowanej w dniu 5 sierpnia br., był on ograniczony do 3 dni roboczych.

Oczywistym jest, że z dniem zawarcia umowy, Wykonawca nie rozpocznie świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów ze względu na brak takiej możliwości – dopiero po zawarciu umowy, otrzyma on szereg niezbędnych danych do realizacji usługi od Zamawiającego, na co w dokumentacji postępowania wskazał sam Zamawiający.

Brak uwzględnienia odpowiednich terminów na realizację poszczególnych obowiązków umownych stanowi nie tylko o niejednoznacznym opisie warunków wykonania zamówienia, ale także dyskryminuje nowych wykonawców, którzy nie świadczyli do tej pory usług na rzecz Zamawiającego. Nakłada na nich znacznie większy ciężar ryzyk, aż do ryzyka rozwiązania umowy włącznie, podczas gdy konieczność zapewnienia odpowiedniego czasu na wykonanie czynności przygotowawczych wynika z samego charakteru usług, jakie mają być świadczone na podstawie umowy. Ponadto postanowienie, jakoby umowa była realizowana tylko 12 miesięcy od jej podpisania może sugerować, że obowiązuje ona tylko 12 miesięcy, podczas gdy okres jej obowiązywania jest dłuższy nawet na podstawie postanowień OPZ opracowanych przez Zamawiającego. Taka sugestia przekłada się natomiast na inne postanowienia umowy, tj. np. brak obligatoryjnej waloryzacji wynagrodzenia dla umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy tj. waloryzacji, o której mowa w art. 439 pzp.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 2 umowy poprzez jednoznaczne wskazanie, że przedmiot umowy w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów będzie realizowany przez 12 miesięcy po upływie okresu przygotowawczego do wykonywania tych usług i określenie okresu przygotowawczego obejmującego min. 40 dni od zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 stycznia 2023 roku. Skrócenie okresu przygotowawczego może nastąpić tylko za zgodą Wykonawcy.

Zarzut 5 - § 8 ust. 1 Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego

Zamawiający przewidział:

„1. ZAMAWIAJĄCY może odstąpić od umowy (w całości lub w części) w przypadku zaistnienia któregośkolwiek z poniższych zdarzeń:

- 1) rozpoczęto likwidację firmy WYKONAWCY,*
 - 2) WYKONAWCA utracił uprawnienia do wykonywania przedmiotu umowy wynikające z przepisów szczególnych;*
 - 3) w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy;*
 - 4) WYKONAWCA nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową w terminie zgodnym z harmonogramem i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez ZAMAWIAJĄCEGO do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na rozpoczęcie realizacji usług nie krótszego niż 3 dni;*
 - 5) WYKONAWCA zaniechał realizacji umowy, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez co najmniej kolejnych 5 dni kalendarzowych i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez ZAMAWIAJĄCEGO do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na realizację usług nie krótszego niż 3 dni;*
 - 6) co najmniej 10 krotnie WYKONAWCA opóźniał się z realizacją przedmiotu umowy lub jego części w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu realizacji usług o co najmniej 3 dni robocze.*
- (...)*

3. ZAMAWIAJĄCY może odstąpić od umowy w całości lub w części w terminie 60 dni od powzięcia wiadomości o zaistnieniu okoliczności uzasadniających odstąpienie, o których mowa w ust. 1."

Z opisu przesłanek odstąpienia w § 8 ust. 1 pkt 4, 5 i 6 powyżej nie wynika, że dotyczą tylko okoliczności zawinionych przez Wykonawcę. Postanowienie umowne należy uznać zatem za niejednoznaczne, ponieważ przypadki odstąpienia od umowy powinny być uregulowane w sposób niebudzący wątpliwości i jednoznaczny. Odstąpienie od umowy nie może natomiast dotyczyć okoliczności niezawinionych, ponieważ taki skutek wykraczałby poza zasady odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania umowy oraz stanowiłby naruszenie granic swobody kontraktowania. Niewątpliwie skutek taki należałoby uznać za nadmiernie uciążliwy i nieznajdujący uzasadnienia w swobodzie kontraktowania wynikającej z art. 353 (1) kc. Zgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Przypadki, o których mowa w pkt 4-6 nie stanowią takich przypadków, zwłaszcza że opóźnienie może wynikać z braku współpracy przez Zamawiającego lub innych czynników niezależnych od Wykonawcy. Ponadto z uwagi na sankcyjny charakter pkt 4 i 5 konieczne jest uprzednie wezwanie Wykonawcy przez Zamawiającego wraz z wyznaczeniem terminu na przystąpienie do realizacji usług nie krótszego niż 3 dni robocze. Dodatkowo w pkt 6 nie jest jasne, czy wskazany termin obejmuje dni robocze. Powinno być to jednoznacznie określone, ponieważ brak doprecyzowania, że chodzi o dni robocze może być źródłem wątpliwości i sporów. Z kolei termin liczony w dniach kalendarzowych byłby zbyt krótki i nadmiernie uciążliwy, ponieważ usługa nie jest realizowana w dni niebędące dniami roboczymi. Tym samym skutek w postaci odstąpienia od umowy byłby nieproporcjonalny do naruszenia, np. z sytuacji gdyby termin na realizację usługi co do której nie dotrzymano terminu (3 dni) przypadał na okres weekendu lub dni świątecznych. Wykonawca nie miałby zatem żadnej realnej możliwości naprawienia uchybienia. Konieczne jest zatem doprecyzowanie, że chodzi o dni robocze, ponieważ w inne dni nie ma obowiązku ani możliwości realizacji usług, a termin naprawczy musi być realny.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 8 ust. 1 pkt 4, 5 i 6 zgodnie z zarzutem. Poniżej proponowane brzmienie:

- „4) WYKONAWCA ze swojej winy nie rozpoczął wykonywania usług w pełnym zakresie objętym umową w terminie zgodnym z harmonogramem i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez Zamawiającego do rozpoczęcia realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na rozpoczęcie realizacji usług nie krótszego niż 3 dni robocze;
- 5) WYKONAWCA ze swojej winy zaniechał realizacji umowy, tj. ze swej winy w sposób nieprzerwany nie realizuje jej przez co najmniej kolejnych 5 dni roboczych i nie przystąpił do ich realizacji pomimo uprzedniego wezwania go przez Zamawiającego do realizacji usług i wyznaczenia mu dodatkowego terminu na realizację usług nie krótszego niż 3 dni robocze;
- 6) co najmniej 10 krotnie WYKONAWCA pozostawał w zwłoce z realizacją przedmiotu umowy lub jego części w stosunku do terminów wynikających z harmonogramu realizacji usług o co najmniej 3 dni robocze”.

Zarzut 6 - ad. § 11 Kary umowne ust. 1 pkt 12 umowy

Zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 12 przewidział karę umowną: „12) w przypadku niezważenia pojazdu odbierającego odpady komunalne, w wysokości 500 zł za każdy niezważony pojazd”;

Tak określona kara umowna jest nadmiernie wygórowana i nieadekwatna do przewinienia, zatem konieczne jest jej obniżenie do maksymalnie 100 zł za każdy niezważony pojazd. Odwołujący zauważa, że ważenie pojazdu na wadze PSZOK nie wskaże dokładnej masy odpadu, ponieważ pojazd przed wyjazdem w trasę ma inną tarę niż tarę po wykonaniu pracy. Waga ma charakter kontrolny, a nie wskazujący faktyczną masę odpadu. Faktyczną masę odpadu można uzyskać jedynie dokonując wysypu odpadu. Sposób ważenia w firmie przejmującej odpad wygląda następująco: pojazd wjeżdża na legalizowaną wagę i w tym momencie określana jest jego waga brutto, następnie wysypuje odpad we wskazanym miejscu, po wysypie ponownie wjeżdża na tę samą legalizowaną wagę i określana jest jego tara, waga rzeczywista pojazdu. Odejmując od masy brutto tarę, otrzymuje się masę netto, która wskazuje, ile ważyły odpady. Ważenie na wadze Zamawiającego jest kontrolne, a najbardziej wiarygodnymi danymi są dane z legalizowanej wagi u przejmującego odpady, ponieważ wiąże się to również z prowadzeniem kart ewidencji odpadów. Waga ta nie ma charakteru rozliczeniowego, a wagę odpadów i tak ostatecznie ustala się na podstawie innych dokumentów. Ponadto kara umowna nie wskazuje, że jest należna tylko za działanie zawinione, co sugeruje, że Zamawiający miałyby prawo jej naliczenia w przypadku chociażby awarii wagi, za którą nie odpowiada. Brak jest zatem przesłanek, aby naliczać karę umowną w ww. nadmiernej wysokości i bez określenia jednoznacznie, że dotyczy tylko przypadków zawinionych.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 11 ust. 1 pkt 12 umowy poprzez obniżenie kary umownej do wysokości maksymalnie 100 zł za każdy niezważony pojazd oraz o jednoznaczne wskazanie, że kara umowna dotyczy tylko przypadków zawinionych, proponowane postanowienie umowne powinno brzmieć następująco: „12) w przypadku niezważenia pojazdu odbierającego odpady komunalne, w wysokości 100,00 zł za każdy niezważony z winy Wykonawcy pojazd”;

Zarzut 7 - § 11 Kary umowne ust. 1 pkt 13 umowy

Zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 13 przewidział karę umowną: „13) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 2% wynagrodzenia umownego brutto, należnego wykonawcom/dalszym podwykonawcom, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień;”

Kara umowna w takiej wysokości jest wygórowana i nieadekwatna do przewinienia.

Odwołujący wskazuje, że wystarczająca i spełniająca swoje zadania jest kara umowna ustalona na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego brutto, należnego wykonawcom/dalszym podwykonawcom, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień. Kara określona na takim poziomie przeciwdziała naruszaniu postanowień umownych przez Wykonawcę.

Odwołujący wskazuje, że kara umowna ma za zadanie naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a nie ma prowadzić do wzbogacenia Zamawiającego. Ustalenie kar umownych na poziomie aż 2% wynagrodzenia umownego brutto, należnego wykonawcom/dalszym podwykonawcom, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień z pewnością przekroczy szkodę doznaną przez Zamawiającego w związku ze zwłoką w płatności podwykonawcy. Dodatkowo Wykonawca podkreśla, że w przypadku płatności podwykonawcy po terminie, jest on zobowiązany do zapłaty odsetek za opóźnienie od tej kwoty



podwykonawcy, w związku z czym faktyczne koszty poniesione przez niego przekroczą wysokość kary umownej określonej w § 11 ust. 1 pkt 13 umowy.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 11 ust. 1 pkt 13 umowy poprzez zmianę sposobu jej obliczania i obniżenie. Poniżej proponowany zapis:

„13) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie, za każdy dzień”.

Zarzut 8- § 11 Kary umowne ust. 3 umowy

Zamawiający w § 11 ust. 3 przewidział: *„Niezależnie od kar umownych wskazanych powyżej Zamawiający obciąży Wykonawcę także kwotą odpowiadającą 50% wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ustawy, jeżeli działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę.”*

Zamawiający przewidział w ust. 3, że obciąży Wykonawcę także kwotą odpowiadającą 50% wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ustawy, jeżeli działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę.

Wykonawca nie może odpowiadać w tak dużym stopniu za brak osiągniętych poziomów, ponieważ zależy to od wielu czynników, tj. ilości wytworzonych przez mieszkańców odpadów, jakości segregacji oraz zawartości tej segregacji. Nie każdy papier, plastik czy szkło będą przyjmowane przez recyklerów. Ponadto we frakcjach segregowanych zawsze znajdują się zanieczyszczenia, których nie da się poddać recyklingowi. Obowiązek zapłaty kary umownej powinien zostać uzależniony od możliwości określenia rozmiaru przyczynienia się do powstania podstaw do nałożenia kary, w tym nieprzekazania do recyklingu przynajmniej 40% sumy odebranych odpadów w sposób selektywny. Kara musi mieć charakter zawiniony, co Zamawiający jest zobowiązany wykazać (co dotyczy każdej kwalifikacji kary opisanej w ust. 3).

Ponadto z powyższego postanowienia nie wynika, jaki charakter ma ww. postanowienie umowne. W ocenie Wykonawcy jest to kara umowna, co oznacza, że zgodnie z Pzp jest należna tylko za zawinione działania i zaniechania, jak również dotyczy jej limit kar umownych, co nie wynika z obecnego brzmienia § 11 ust. 3 umowy. Zamawiający powinien zatem jednoznacznie wskazać, że limit kary umownej dotyczy także kary z § 11 ust. 3.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami wskazanymi przez Zamawiającego w wyjaśnieniach do SWZ, w których stwierdził, że Wykonawca ma wpływ na zagospodarowanie i stopień, w jakim nastąpi odzysk odpadów. Wykonawca może zaobserwować sposób segregacji odpadów u źródła (prawidłowość), jednakże oprócz poinformowania Zamawiającego o nieprawidłowościach w sposobie segregacji odpadów, nie ma on żadnych narzędzi umożliwiających mu wpłynięcie na osiągnięte poziomy odzysku. Tym samym nie sposób zgodzić się z poglądem wyrażonym przez

Zamawiającego, że Wykonawca ma realny wpływ na osiągnięte poziomy poprzez kierowanie ich do właściwego zagospodarowania oraz ma możliwość reagowania w przypadku kiedy mieszkańcy zaczną słabiej segregować odpady. Może on jedynie poinformować o tym fakcie Zamawiającego, co nie stanowi żadnego narzędzia wpływu na uzyskiwane poziomy.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 11 ust. 3 zgodnie z opisanym wyżej zarzutem. Poniżej proponowany zapis:

„3. Niezależnie od kar umownych wskazanych powyżej Zamawiający obciąży Wykonawcę także kwotą (karą umowną) odpowiadającą nie więcej niż 50% wysokości kary, którą zostanie obciążona Gmina Dąbrówka za niewywiązywanie się z obowiązków określonych w art. 9z ust 2 i 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach naliczonej zgodnie z przepisami art. 9x ust. 3 ustawy, jeżeli zawinione działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyni się do powstania podstaw do nałożenia kary, na co Wykonawca wyraża zgodę. Nałożenie kary wymaga wykazania, że zawinione działanie lub zaniechanie Wykonawcy przyczyniło się do powstania podstaw do nałożenia kary oraz rozmiaru tego przyczynienia, w tym nieprzekazania do recyklingu przynajmniej 40% sumy odebranych odpadów w sposób selektywny. Kara umowna, o której mowa w zdaniu poprzedzającym objęta jest limitem kar umownych wskazanym w § 11 ust. 8 poniżej.”

Zarzut 9 - § 14 Zmiany treści umowy

Zamawiający przewidział w § 14 następującą regulację dla zmian umowy:

„§ 14 Zmiany treści umowy

- 1. Zmiany umowy mogą być dokonywane za zgodą umawiających się Stron, wyrażoną na piśmie w formie aneksu pod rygorem nieważności, o ile nie będzie to sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych.*
- 2. W przypadku wystąpienia zmian, mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę a wynikających ze zmiany:
 - 1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, z tym zastrzeżeniem, że wartość netto wynagrodzenia wykonawcy nie zmieni się, a wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów;*
 - 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących niniejsze zamówienie do wysokości obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia;*
 - 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących niniejsze zamówienie;*
 - 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. poz. 2215**



oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572) z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu kosztu wykonawcy, jaką będzie on zobligowany ponieść w przypadku zmiany przepisów dotyczących zasad gromadzenia lub wpłat podstawowych finansowanych przez podmiot zatrudniający do pracowniczych planów kapitałowych w odniesieniu do osób bezpośrednio wykonujących niniejsze zamówienie;

3. W przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 2 Wykonawca obowiązany jest przedstawić na piśmie Zamawiającemu wniosek o zmianę wynagrodzenia wskazujący proponowaną jego wysokość wraz z wyszczególnieniem i uzasadnieniem wystąpienia okoliczności wskazanych powyżej i wykazaniem wpływu tych okoliczności na wysokość wynagrodzenia za wykonywaną w ramach umowy usługę. Do pisma Wykonawca obowiązany jest przedłożyć stosowne wyliczenia, a na żądanie Zamawiającego także dodatkowe dokumenty, z zastrzeżeniem ust. 4.

4. Zamawiający w terminie nie dłuższym niż 30 dni licząc od dnia przedłożenia kompletnego wniosku wraz z niezbędnymi załącznikami obowiązany jest ustosunkować się do wniosku. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji wyliczeń przedłożonych przez Wykonawcę oraz żądania ich poprawienia.

5. W przypadku ustalenia wystąpienia wskazanych w ust. 2 okoliczności wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu odpowiednio do zmiany wysokości obciążeń, o których mowa w ust. 1 w stosunku do dotychczasowych ich wysokości. Zmiana wynagrodzenia nastąpi od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zwiększone obciążenia, w drodze stosownego Aneksu do umowy przygotowanego przez Zamawiającego.

6. Zamawiający dopuszcza wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia maksymalnie o 5 % w stosunku do wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3."

Natomiast zgodnie z postanowieniami zawartymi w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp:

„Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

a) określają rodzaj i zakres zmian,

b) określają warunki wprowadzenia zmian,

c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy”;

W chwili obecnej umowa nie zawiera żadnych skutecznych postanowień o jej zmianie prócz waloryzacji, pomimo że jest oczywistym, że w czasie jej realizacji może zaistnieć potrzeba jej zmiany i powinna je przewidywać.

Biorąc pod uwagę charakter usługi będącej przedmiotem zamówienia, w ocenie Odwołującego jako profesjonalisty działającego w branży, niezbędne jest przewidzenie innych przesłanek zmiany umowy zgodnych z art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, prócz zwiększenia wynagrodzenia na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) pzp.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w postanowieniu umownym zawartym w § 14 ust. 6 wskazano na limit możliwości waloryzacji wynagrodzenia umownego na podstawie przesłanek określonych w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp w wysokości do 5% wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 umowy.



Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Komentarzem do PZP pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza dot. waloryzacji z art. 436 pkt 4 lit. b) pzp:

„Zasadniczym celem jego wprowadzenia jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. W oparciu o zawarte w treści umowy klauzule waloryzacyjne dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy w sytuacji zaistnienia zmian przepisów, co jednocześnie będzie miało wpływ na koszty realizowanego zamówienia. Z drugiej strony ochrona, będąca konsekwencją powiązania wynagrodzenia wykonawcy ze stawkami pewnych należności publicznoprawnych kształtujących wysokość ceny za jego roboty lub usługi, będzie przysługiwać również zamawiającemu w przypadku obniżenia ciężarów, które podwyższyły wynagrodzenie wykonawcy.”

Wprowadzenie w nowej ustawie pzp możliwości waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmian w przepisach prawa, które wywierają skutki finansowe dla Wykonawcy, a których Wykonawca, działając z należytą starannością, nie był w stanie przewidzieć, niewątpliwie sprzyja wyrównaniu pozycji stron umowy.

Dlatego też, niezgodne z celem postanowień zawartych w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp jest wprowadzenie limitu zwiększenia wynagrodzenia w przypadku zmian w przepisach prawa, w dodatku ustalając ten limit na poziomie zaledwie 5%.

Powyższe potwierdza opracowanie przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych pn. „Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy. Zasada współdziałania”:

„Zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia środków dowodowych stanowiących podstawę dokonania obliczeń ustalających zmiany wynagrodzenia.”

Taki sam pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (sygnatura akt: KIO 346/15), który zachowuje aktualność:

„Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być "adekwatna", wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa.”

Konieczne jest zatem zmodyfikowanie postanowień dot. zmian umowy poprzez wykreślenie postanowienia wskazującego na limit waloryzacji wynagrodzenia umownego na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, ale także poprzez wskazanie, że waloryzacja wynagrodzenia nastąpi w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy, co jest uzasadnione sposobem płatności za realizację usługi, ponieważ wartość określona w § 3 ust. 3 Umowy to całkowita wysokość wynagrodzenia umownego, jednak rozliczenie między stronami odbywać się będzie na podstawie cen jednostkowych zawartych w § 3 ust. 2 Umowy. W związku z czym aneksowanie umowy w zakresie

wynagrodzenia dot. będzie zarówno postanowień wskazanych w § 3 ust. 3 jak i w § 3 ust. 2 Umowy.

Odwołujący zwraca również uwagę na potrzebę przewidzenia przesłanek zmiany umowy dostosowanych do jej przedmiotu określonych zgodnie z wymaganiami art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. W ocenie Odwołującego przesłanki zmiany umowy powinny obejmować istotne elementy dotyczące realizacji umowy np. kwestie podwykonawstwa, zmiany zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 14 poprzez:

- 1) wykreślenie treści całego ust. 6 oraz
- 2) wskazanie, że waloryzacja wynagrodzenia nastąpi w zakresie wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy,
- 3) rozbudowanie postanowień umownych i wskazanie innych przypadków zmian umowy. Odwołujący wnosi o nakazanie zmian uwzględniających m.in. przypadki poniżej oraz pozostawienie postanowień umownych dot. zmiany wynagrodzenia dot. waloryzacji wynagrodzenia umownego na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) pzp:

„1. ZAMAWIAJĄCY dopuszcza możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w formie aneksu, zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i określa warunki takiej zmiany tj.

- 1) w przypadku skorygowania oczywistego błędu,
- 2) dopuszcza się zmianę lub rezygnację z podwykonawcy w trakcie realizacji umowy; w przypadku jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby powoływał się, na zasadach określonych w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, WYKONAWCA jest zobowiązany wykazać ZAMAWIAJĄCEMU, że proponowany inny podwykonawca lub WYKONAWCA samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

3) dopuszcza się zmiany dla podwykonawców w trakcie realizacji umowy, na których zasoby WYKONAWCA się nie powoływał na zasadach określonych w art. 462 Prawo zamówień publicznych, w zakresie:

- a) rezygnacji z podwykonawcy,
- b) zmiany podwykonawcy,
- c) wskazania innego zakresu wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawstwa z zastrzeżeniem, że zmiana ta nie będzie mogła dotyczyć części zamówienia wskazanych przez ZAMAWIAJĄCEGO do osobistego wykonania przez WYKONAWCĘ,
- d) wskazania podwykonawcy w przypadku, gdy oferta WYKONAWCY realizującego usługi stanowiące przedmiot zamówienia nie zawierała takiego wskazania.

2. ZAMAWIAJĄCY dopuszcza zmianę rodzaju zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wniesionego w jednej formie na inną formę, na pisemny wniosek WYKONAWCY pod warunkiem, że WYKONAWCA zachowa ciągłość zabezpieczenia i jego odpowiednią wysokość.

3. Dopuszcza się dokonywanie zmian w zawartej Umowie w przypadku gdy konieczność zmian wynika ze zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa, prawomocnych orzeczeń lub ostatecznych aktów administracyjnych właściwych organów – w takim zakresie, w jakim



- będzie to niezbędne w celu dostosowania Umowy do zaistniałego stanu prawnego lub faktycznego oraz w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, wpływają na należyte wykonanie tej umowy.*
4. *Dopuszcza się zmianę wartości brutto umowy określonej w § 3 ust 3 w przypadku wyczerpania się środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia przed końcem terminu obowiązywania umowy.*
 5. *Dopuszcza się zmianę instalacji oraz podmiotów zbierających na etapie realizacji umowy. Zmiana wymaga wyłącznie poinformowania Zamawiającego.*
 6. *Dopuszcza się zmianę kodów (klasyfikacji odpadów), pod którymi będą zbierane lub odbierane odpady, przy czym zmiany te nie mogą powodować podwyższenia wynagrodzenia WYKONAWCY z tytułu realizacji Umowy, pod warunkiem:
 - 1) *złożenia przez WYKONAWCĘ pisemnego wniosku do Zamawiającego o dokonanie takiej zmiany i zakresu zmian w klasyfikacji odpadów, ze wskazaniem uzasadnienia zmiany;*
 - 2) *pisemnej akceptacji ZAMAWIAJĄCEGO, z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy potrzeba zmiany Umowy w powyższym zakresie wynika ze zmiany przepisów powszechnie obowiązującego prawa na terenie Rzeczypospolitej Polskiej lub z postanowień aktów prawa miejscowego, Strony zmieniają Umowę zgodnie z tymi przepisami”;**

Zarzut 10 - Brak postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia

W § 2 wzoru umowy błędnie określił termin realizacji umowy (szczegółowo omówione przez Odwołującego w zarzucie nr 4) - Zamawiający wskazał, że usługa odbioru i zagospodarowania odpadów realizowana będzie przez okres 12 miesięcy, do którego to okresu należy doliczyć okres przygotowawczy wynoszący 40 dni od dnia podpisania umowy do dnia rozpoczęcia świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, który jest niezbędny, aby Wykonawca mógł rozpocząć realizację zamówienia (przed rozpoczęciem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania konieczne jest m. in. uzgodnienie harmonogramu, przekazanie go mieszkańcom, przekazanie worków, dostarczenie pojemników itd.). Dopiero suma w/w okresów, tj. 12 miesięcy świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania oraz 40 dni okresu przygotowawczego liczonego od dnia zawarcia umowy do dnia rozpoczęcia realizacji usługi odbioru i zagospodarowania, to faktyczny czas realizacji zamówienia, który przekracza 12 miesięcy. Przy umowach na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów konieczne jest wyznaczenie okresu przygotowawczego i wyodrębnienie go z okresu rzeczywistej realizacji zamówienia.

Czynności, które Wykonawca musi zrealizować, aby przygotować się do świadczenia usługi, same w sobie nie realizują celów, dla jakich Zamawiający udziela zamówienia, tj. nie wchodzi w okres 12 miesięcy, lecz je poprzedzają, gdyż w tym czasie faktyczna usługa odbioru i zagospodarowania odpadów nie będzie realizowana. Ponadto celem udzielenia zamówienia nie jest np. przygotowanie harmonogramu, lecz odbiór i zagospodarowanie odpadów.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę postanowienia art. 439 ust. 1 Pzp, we wzorze umowy konieczne jest przewidzenie klauzuli waloryzacyjnej, umożliwiającej zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący wskazuje również, że w niniejszym zamówieniu waloryzacji podlegać powinny również ceny jednostkowe, które stanowią ceny rozliczeniowe, a nie tylko łączna wysokość wynagrodzenia. Pominięcie cen jednostkowych w ramach waloryzacji oznaczałoby, że postanowienia umowy miałyby charakter niejednoznaczny.



Ze względu na charakter realizowanego zamówienia, którego podstawą jest świadczenie usługi opartej o transport odpadów, zasadne jest przewidzenie waloryzacji w szczególności w przypadku wzrostu kosztów paliwa. Odwołujący wskazuje, że z uwagi na aktualną sytuację rynkową i polityczną nie jest możliwe do przewidzenia, w jaki sposób następować będzie wzrost kosztów niezbędnych do świadczenia usługi, w szczególności kosztów paliwa. Tym samym zasadne jest w ramach prawidłowej realizacji zasady swobody umów uwzględnienie także waloryzacji wynagrodzenia i cen jednostkowych ze względu na wzrost cen paliwa. Przewidzenie takiej waloryzacji pozwala na bardziej precyzyjną kalkulację cen ofertowych i jest korzystne także dla Zamawiającego. Wykonawca nie musi bowiem uwzględniać dużego zakresu ryzyka w kalkulacji i „zawyżać” ceny oferty poprzez uwzględnienie w niej ryzyka drastycznego wzrostu ceny paliwa.

Żądanie:

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

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

- 1) Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 2 może mieć miejsce w sytuacji kiedy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%. Waloryzacja będzie dokonana poprzez zmianę wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 3 Umowy oraz cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy o wysokość opublikowanego wskaźnika inflacji przez GUS obowiązującego na dzień podpisania aneksu. Za podstawę do żądania zmiany wynagrodzenia należy Wykonawcy i określenia wysokości takiej zmiany, Strony Umowy przyjmują wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw. (Dz. U. Nr 65, poz. 545, z późn. zm.) - zwany dalej wskaźnikiem GUS; początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi data zawarcia Umowy;
 - 2) Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 6 miesiącach. Ewentualna druga i następne waloryzacje będą możliwe na analogicznych warunkach jak w pkt poprzedzających, w przypadku gdy wzrost lub spadek wskaźnika inflacji podawany przez GUS przekroczy poziom 5%.
 - 3) maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia w wyniku dokonywanych waloryzacji nie może przekroczyć 20% wysokości cen jednostkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 Umowy;
2. Waloryzacji podlegać będą ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów wskazane w § 3 ust. 2 Umowy również w przypadku zmiany (wzrostu) cen paliwa w postaci oleju napędowego (Ekodiesel), określonej przez spółkę PKN Orlen S.A., w zamieszczonym na jej stronie internetowej komunikacie dotyczącym hurtowej ceny tego paliwa, a przekraczającej 15% w stosunku do ceny określonej w takim komunikacie w dniu, w którym upływał termin



składania ofert w postępowaniu. W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie ogranicza maksymalnej waloryzacji wynagrodzenia, ani liczby możliwych zmian umowy na tej podstawie ani terminów jej dokonania, przy czym w przypadku kolejnych wniosków dot. waloryzacji wynagrodzenia na tej podstawie, każda kolejna zmiana wynagrodzenia powinna być możliwa w przypadku wzrostu cen za paliwo o minimum 15% w porównaniu do cen za paliwo obowiązujących w dniu złożenia przez Wykonawcę wniosku o poprzednią waloryzację na tej podstawie, na podstawie którego to wniosku doszło do zawarcia poprzedniego aneksu."

Zarzut 11 - Niejednoznaczne postanowienia dot. wymogu zatrudnienia na umowę o pracę oraz warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia

Zamawiający przewidział w SWZ: „1. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę w trakcie realizacji niniejszego zamówienia, na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane poniżej czynności:

1) co najmniej 5 osób (pracowników) bezpośrednio wykonujących usługę tj. czynności związane z obsługą zamówienia na stanowisku związanym bezpośrednio z czynnościami odbioru i zagospodarowania odpadów (kierowcy i ładowacze) w pełnym wymiarze czasu pracy. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem realizacji zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do niezwłocznego zatrudnienia innej osoby.

Z kolei w rozdziale 6 ust. 9 OPZ Zamawiający przewidział „9. W zakresie zatrudnienia Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, osób (pracowników odbierających odpady) wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia zgodnie z przepisami Prawa pracy”.

Również w § 1 ust. 16 umowy wskazano:

„Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, które będą kierowały samochodami przeznaczonymi do odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy Dąbrówka.”

W wyniku odpowiedzi na pytania dot. SWZ z dnia 8 września br. Zamawiający wskazał: „Zamawiający dokonał zmiany w SWZ oraz w istotnych postanowieniach umowy ujednolicając zapisy. Zamawiający wymaga zatrudnienia 5 pracowników na umowę o pracę nie narzucając Wykonawcy czy są to kierowcy czy ładowacze, a precyzując iż chodzi o osoby bezpośrednio wykonujące usługę tj. czynności związane z obsługą zamówienia na stanowisku związanym bezpośrednio z czynnościami odbioru odpadów.”

Powyższe postanowienie w zakresie warunków udziału w postępowaniu jest niejednoznaczne, co narusza art. 99 ust.1 Pzp. Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Postanowienie SWZ dot. warunku udziału w postępowaniu zmodyfikowane przez Zamawiającego w dniu 8 września br. daje Wykonawcom swobodę samodzielnego zdecydowania o dokładnej treści, sposobie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Uwzględniając obecne brzmienie warunku, za Wykonawcę spełniającego warunek udziału w postępowaniu Zamawiający powinien uznać Wykonawcę, który wykaże, że posiada wyłącznie 5 ładowaczy, nie dysponuje natomiast żadnym kierowcą. Oczywistym jest, że bez posiadania odpowiedniej kadry w postaci zarówno ładowaczy jak i kierowców, nie sposób jest zrealizować zamówienia. Ponadto Odwołujący zwraca uwagę, że również dyspozytora można uznać za osobę bezpośrednio wykonującą usługę. Zamawiający jest zobowiązany określać warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Niewątpliwym celem weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu jest powierzenie zamówień podmiotom zdolnym do prawidłowej realizacji zamówienia uniemożliwienie uzyskania zamówienia zostali wykonawcy, których rzetelność i kwalifikacje nie gwarantują prawidłowej realizacji zamówienia

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego niezbędne jest konkretne i jednoznaczne określenie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu poprzez określenie kategorii osób i ich liczby jako osób, którymi Wykonawca ma dysponować, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu.

Powyższe sprecyzowanie powinno mieć także zastosowanie w zakresie postanowień dot. zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia w oparciu o umowę o pracę.

Z dokumentów jasno powinno wynikać, jakich czynności dotyczy warunek udziału oraz obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę.

Obecne brzmienie budzi wątpliwości, ponieważ określenie zatrudnienia na stanowisku *związanym bezpośrednio z czynnościami odbioru odpadów* nie jest jednoznaczne.

Żądanie:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu ujednolicenia dokumentów zamówienia poprzez jednoznaczne określenie warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, że Zamawiający wskaże ile spośród 5 osób ma pełnić funkcję ładowacza, a ile kierowcy oraz wskaże, że obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę dotyczy osób zatrudnionych na stanowisku kierowców (lub kierowców i ładowaczy) realizujących bezpośrednio czynności związane z odbiorem odpadów.

Zarzut 12 - rozdział IX SWZ

Zamawiający w Rozdziale IX ust. 1 zaktualizowanego SWZ przewidział przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 4 pzp oraz art. 7 ust 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego” i art. 5 k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami



Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1) w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576.

Zamawiający w wyjaśnieniach do SWZ wskazał również, że zmienia SWZ w następującym zakresie:

„Rozdział X. SWZ Wykaz podmiotowych środków dowodowych otrzymuje brzmienie:

ust. 8 pkt 2) lit f) Oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w Rozdziale X.1 SWZ, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w:

- *art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w:*
 - *art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy,*
 - *art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,*
 - *art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,*
 - *art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy;*
 - *dotyczącym przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie;*
 - *dotyczącym przesłanek wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego - (wg wzoru załącznika nr 8 do SWZ). środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie; — dotyczącym przesłanek wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego - (wg wzoru załącznika nr 8 do SWZ).”*

Odwołujący wskazuje, że postanowienia Rozdział X. SWZ są niezgodne z postanowieniami Rozdziału IX SWZ w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia. Z kolei wzór załącznika nr 8 do SWZ przewiduje szereg innych fakultatywnych przesłanek wykluczenia prócz przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 4 pzp.

Skutkuje to niejasnością w zakresie obowiązujących podstaw wykluczenia.

Żądanie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego określenia podstaw wykluczenia w dokumentacji postępowania, tj. wskazania, że obejmują one art. 108 ust. 1 Pzp oraz art. 109 ust. 4 Pzp.

Zarzut 13 - rozdział XIII ust. 8 SWZ

Zamawiający, zgodnie z udostępnioną przez niego na platformie zakupowej dokumentacją, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (pow. progów unijnych).

Zgodnie z przepisami prawa, w przypadku postępowań unijnych, oferty pod rygorem nieważności składa się podpisane podpisem kwalifikowanym elektronicznym. Również inne dokumenty takie



jak pełnomocnictwo, podmiotowe środki dowodowe itd. składa się opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Natomiast Zamawiający w SWZ wskazał kilkakrotnie na możliwość złożenia w/w opatrzonego elektronicznym podpisem osobistym lub zaufanym.

Po zmianach opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 8 września br., SWZ wciąż zawiera sprzeczne postanowienia.

W wyjaśnieniach do SWZ Zamawiający co prawda zmodyfikował postanowienia Rozdziału XIII w następujący sposób:

„ust. 8 SWZ otrzymuje brzmienie: „8. W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, niewystawione przez upoważnione podmioty lub pełnomocnictwo, zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. c) podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/osoby upoważnioną/upoważnione. ust. 9 SWZ otrzymuje brzmienie : 9. Oferta powinna być: a) sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim, b) złożona przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tzn. za pośrednictwem platformazakupowa.pl, c) podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę/osoby upoważnioną/upoważnione.

Nie załączył jednakże pliku zawierającego treść SWZ po modyfikacjach, ani nie opatrzył wprowadzonych zmian żadnym komentarzem. Ponadto w dalszym ciągu pozostawił aktualne inne postanowienia SWZ dopuszczające złożenie oferty podpisanej podpisem elektronicznym zaufanym lub osobistym, np. w Rozdziale XIII ust. 5 SWZ: „Ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”, w Rozdziale XV ust. 5 SWZ: „Oferta lub wniosek składana elektronicznie musi zostać podpisana elektronicznym podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. W procesie składania oferty za pośrednictwem platformazakupowa.pl, Wykonawca powinien złożyć podpis bezpośrednio na dokumentach przesłanych za pośrednictwem platformazakupowa.pl . Zalecamy stosowanie podpisu na każdym załączonym pliku osobno, w szczególności wskazanych w art. 63 ust 1 oraz ust.2 Pzp, gdzie zaznaczono, iż oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust.1 sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci lub formie elektronicznej i opatruje się odpowiednio w odniesieniu do wartości postępowania kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.”

Powyższe postanowienie narusza przepisy Pzp, ponieważ brak jest podstawy prawnej dla dopuszczenia przez Zamawiającego poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów oraz podpisania oferty podpisem zaufanym lub osobistym w przypadku zamówienia tzw. unijnego, a takim jest przedmiotowe zamówienie. Podpis zaufany i osobisty mogą być stosowane tylko w zamówieniach krajowych. Poświadczenie w taki sposób dokumentu, jak również podpisanie oferty będzie nieskuteczne. W przypadku oferty spowoduje konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp.



Powyższa kwestia dot. formy, w jakiej należy złożyć ofertę powinna zostać jednoznacznie, z należytą starannością uregulowana przez Zamawiającego, ponieważ złożenie oferty niezgodnie z przepisami pzp, skutkuje odrzuceniem oferty.

Żądanie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dostosowania całej dokumentacji postępowania do obowiązujących przepisów poprzez wskazanie, prawidłowej formy, w jakiej należy składać ofertę oraz inne dokumenty w niniejszym postępowaniu, wyeliminowanie postanowień wzajemnie się wykluczających w tej kwestii.

Zarzut 14 - Brak odpowiednich postanowień umownych dot. jej zmiany

W rozdziale 2.2. OPZ Zamawiający przewidział: „1. Wykonawca zapewnia odbiór wszystkich odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych i z instytucji publicznych. Odpady komunalne dzieli się na dwie grupy:

1) podstawową, która obejmuje frakcje:

- a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- b) bioodpady, to np. odpady zielone (w skład, których wchodzi m.in. ścięta trawa, opadłe liście, obcięte fragmenty bylin i warzyw, odpady roślinne z gospodarstwa domowego), resztki ugotowanych warzyw, obierki owoców i warzyw, łupiny orzechów, stary chleb, zużyte torebki herbaciane, popiół drzewny,
- c) papier, tektura,
- d) tworzywa sztuczne, metale i opakowania wielomateriałowe,
- e) szkło i opakowania szklane,
- f) popiół,

2) dodatkową, która obejmuje:

- a) tekstylia,
 - b) przeterminowane leki,
 - c) zużyte baterie, akumulatory,
 - d) inne odpady niebezpieczne – puszki i pojemniki z i po odpadach takich jak rozpuszczalniki, kwasy, alkalia, odczynniki fotograficzne, środki ochrony roślin I i II klasy toksyczności, farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lakiery, zawierające substancje niebezpieczne, detergenty zawierające substancje niebezpieczne;
 - e) żarówki (w tym halogenowe), świetlówki, źródła światła z diodami elektroluminescencyjnymi (dalej LED), itp.,
 - f) odpady budowlane i rozbiórkowe z drobnych remontów prowadzonych samodzielnie niewymagających pozwolenia na budowę, ani zgłoszenia zamiaru prowadzenia robót do Starosty, np. gruz, ceramika, kleje do płytek, skawalony cement, panele podłogowe i ścienne, farby,
 - g) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,
 - h) meble i inne odpady wielkogabarytowe (w tym okna – w całości, jak również zdekompletowane, bądź szyby okienne),
 - i) zużyte opony,
 - j) czysty styropian (w tym opakowaniowy),
 - k) odpady zielone z pielęgnacji ogrodów nienadające się do kompostowania w przydomowym kompostowniku m.in. karpie, gałęzie, korzenie, kawałki pni, itp.
- W przypadku zmian, Zamawiający będzie na bieżąco aktualizował ww. listę”.

Zamawiający wskazał na dodatkową listę odpadów oraz przewidział w przypadku zmian jej aktualizację.

W wyjaśnieniach z dnia 8 września br. Zamawiający wskazał:

„Zamawiający przewiduje możliwość zmiany rodzajów odbieranych odpadów podyktowanej zmianą przepisów prawa oraz rozważa możliwość rozszerzenia listy odpadów o odpady rolnicze. W takim przypadku Zamawiający wystąpi do Wykonawcy z wnioskiem o wycenę odbioru tych odpadów. Stosowny zapis znajduje się w rozdziale 2.2. ust. 1 pkt 15 OPZ.”

Zmodyfikowany zapis Rozdziału 2.2. ust. 1 pkt 15 OPZ brzmi tak:

„Dodatkowo Zamawiający przewiduje możliwość odbierania dodatkowej frakcji odpadów takich jak: odpady folii, sznurka oraz opon, powstających w gospodarstwach rolnych odebranych od mieszkańców. W przypadku podjęcia decyzji o rozszerzeniu katalogu odpadów odbieranych w PSZOK Zamawiający zwróci się do Wykonawcy z prośbą o wycenę odbioru i zagospodarowania dodatkowych odpadów, które będą dodatkowo płatne Wykonawcy na podstawie ceny stanowiącej iloczyn wagi odpadów i ceny wskazanej przez Wykonawcę. W przypadku rozpoczęcia odbioru ww. odpadów w PSZOK, Wykonawca w terminie 14 dni od pisemnej informacji Zamawiającego podstawi odpowiednie pojemniki do zbierania odpadów”.

Brak jest natomiast stosownych postanowień dot. zmiany umowy w przypadku rozszerzenia katalogu odpadów odbieranych z PSZOK, które określałyby, że przed rozpoczęciem dobierania odpadów nowej kategorii/o nowych kodach, Zamawiający zwróci się do Wykonawcy z wnioskiem o wycenę ich odbioru i zagospodarowania, a następnie dokona zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy w formie aneksu do umowy i dopiero po jego zawarciu, Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji odbioru i zagospodarowania tych odpadów.

Żądanie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji projektowanych postanowień umownych i przewidzenie w niej przesłanki zmiany (zwiększenia) wynagrodzenia umownego w przypadku dodania kolejnych kategorii i/lub kodów odpadów do listy. Projektowane postanowienia umowne powinny m. in. przewidywać procedurę ustalenia ceny za odbiór i zagospodarowanie tych odpadów oraz wskazywać, że dopiero po zawarciu stosownego aneksu zwiększającego wartość wynagrodzenia z wyszczególnieniem cen jednostkowych za odbiór i zagospodarowanie danej kategorii odpadów, Wykonawca będzie zobowiązany do ich odbioru i zagospodarowania. W postanowieniach umownych powinno również zostać sprecyzowane, że obowiązek podstawienia odpowiednich pojemników na te odpady do PSZOK obowiązuje w terminie 14 dni od dnia zawarcia aneksu. Za zgodą Wykonawcy, termin 14 dni strony będą mogły skrócić do 3 dni roboczych.

Zarzut 15 - OPZ 2.4. CZĘŚĆ IV - Odbiór i zagospodarowanie odpadów z nielegalnych wysypisk

W rozdziale 2.4. OPZ Zamawiający przewidział regulację w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk: *„1. Zamawiający powierza Wykonawcy realizację usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów z likwidacji dzikich wysypisk, bez wyszczególnienia kodów odpadów, jakie konkretnie Wykonawca jest zobowiązany odebrać w ramach ww. usługi. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć jakie rodzaje odpadów (o jakich kodach) zostaną wyrzucone przez osoby trzecie i „utworzą” dzikie wysypisko.*



2. Odpady gromadzone będą w kontenerach KP 7m³ podstawionych przez Wykonawcę w miejsca wskazane przez Zamawiającego, załadunek odpadów leży po stronie Zamawiającego.
3. Ilość odpadów usuwanych z dzikich wysypisk z terenu Gminy rocznie obecnie wynosi około 15 kontenerów KP 7 m³.
4. W ramach realizacji tego punktu, Wykonawca ma obowiązek niezwłocznie podstawić kontenery w miejscu i terminie uzgodnionym z Zamawiającym (Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na podstawienie kontenerów nie krótszy niż 2 dni robocze), a następnie niezwłocznie odebrać kontenery wypełnione odpadami w dniu zgłoszenia odpadów do odbioru”.

Zarówno w odwołaniu z dnia 16 sierpnia br. jak i w pytaniu dot. treści SWZ Odwołujący wskazał, że ww. postanowienie jest niejednoznaczne, przez co narusza art. 99 ust. 1 Pzp, ponieważ Zamawiający nie podaje żadnych danych, nawet historycznych, które pozwoliłyby na ocenę zakresu zamówienia. Z ww. opisu wynika, że średnio 15 kontenerów z nielegalnych składowisk było odbierane, zatem możliwe jest wskazanie, jakie odpady i w jakich ilościach były odbierane podczas likwidacji nielegalnych wysypisk w poprzednich latach. Należy zwrócić uwagę, że koszt zagospodarowania odpadów z dzikich wysypisk może być bardzo różny.

W wyjaśnieniach dot. SWZ Zamawiający wskazał: „Zamawiający odebrał: w 2020 r. - 25 Mg odpadów, w 2021 r. - 6 Mg odpadów o kodzie 20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pochodzących z nielegalnych wysypisk. Likwidacja nielegalnych wysypisk organizowana jest w ramach akcji społecznych. Mieszkańcy nie zbierają odpadów niebezpiecznych typu azbest. W związku z tym Zamawiający wskazuje jeden rodzaj odpadów do wyceny.”

Zamawiający nie odniósł się już do tego jakie odpady w jakich ilościach zostały w tamtym okresie odebrane, wskazując jedynie, że chodzi o odpady niesegregowane (zmieszane).

Odwołujący podtrzymuje, że z uwagi na znaczne zróżnicowanie kosztowe odpadów, jakie mogą być odbierane z nielegalnych wysypisk, dla prawidłowej wyceny oferty niezbędne jest, aby Zamawiający umożliwił wskazanie dwóch grup odbieranych odpadów z dzikich wysypisk: pierwsza grupa to odpady z charakteru przypominające odpady komunalne (pierwsza cena za 1 Mg) oraz druga grupa odpady niebezpieczne z dzikich wysypisk (druga odrębna cena 1 Mg). Każda z tych grup podlegałaby odrębnej wycenie w formularzu ofertowym. W przeciwnym razie na Wykonawców nałożone jest zbyt duże ryzyko i niepewność w zakresie prawidłowej kalkulacji kosztów świadczenia usług.

Z informacji udostępnionych na stronie Zamawiającego dot. nielegalnych składowisk wynika, że nie są składowane na nich wyłącznie odpady komunalne, w związku z czym powyższy zarzut jest w pełni uzasadniony – na fotografiach widnieją np. opakowania po produktach, które nie stanowią odpadów komunalnych.

Odwołujący jako dowód załącza do odwołania zrzuty ze strony internetowej Zamawiającego.

Żądanie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji formularza oferty poprzez wskazanie dwóch grup odbieranych odpadów z dzikich wysypisk: pierwsza grupa to odpady z charakteru przypominające odpady komunalne (pierwsza cena za 1 Mg) oraz druga grupa odpady niebezpieczne z dzikich wysypisk (druga odrębna cena 1 Mg) i ujęcie ich jako odrębnych pozycji w formularzu ofertowym.

Zarzut 16 - rozdział 3 ust. 3 OPZ

W rozdziale 3 ust. 3 OPZ Zamawiający przewidział:

„3. Grupa podstawowa odpadów (2.1 pkt 1) będzie regularnie odbierana z nieruchomości, natomiast grupa dodatkowa (2.1 pkt 1 ppkt 2) odbierana będzie okresowo z nieruchomości oraz stale w PSZOK. Częstotliwość odbioru poszczególnych frakcji określono w punkcie 2.1., 2.2., 2.3”.

Powyższe postanowienia były niejednoznaczne oraz ustalały obowiązki nadmiernie uciążliwe, co narusza art. 99 ust. 1 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że w OPZ nie zostało określone okresowe zbieranie tekstyliów czy odpadów niebezpiecznych z nieruchomości (grupa 2.1. ppkt 2). Warunki odbioru takich odpadów (wszystkich ich rodzajów) z nieruchomości powinny być precyzyjnie określone, co wymagane jest zgodnie z art. 99 ust.1 Pzp. Ponadto wprowadzenie odbioru tych odpadów z nieruchomości wymaga posiadania wpisu w RDR w zakresie tych kategorii odpadów, co wpływa na zakres wymaganego wpisu (tj. warunek udziału w Postępowaniu) (naruszenie art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp). Żadna z tych okoliczności nie została ujęta ani w OPZ ani w innych postanowieniach SWZ, dlatego w odwołaniu z dnia 16 sierpnia 2022 roku Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia rozdziału 3 ust. 3 OPZ o określenie, z jaką częstotliwością Zamawiający przewiduje okresowy odbiór z nieruchomości odpadów z grupy dodatkowej (każdego z rodzajów), jak również jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 3 ust. 3 OPZ.

W wyjaśnieniach z dnia 8 września br. dot. tego samego zagadnienia, Zamawiający wskazał: *„Zamawiający wyjaśnia, że odpady typu tekstylia, odzież odbierane są tylko w PSZOK. Dodatkowa grupa odpadów, która obejmuje: a) przeterminowane leki – odbierane są z aptek i przychodni (łącznie 4 punkty) oraz z PSZOK częstotliwość odbioru 1 raz w miesiącu lub na zgłoszenie pracownika przychodni, apteki lub Zamawiającego, b) zużyte baterie, akumulatory, gromadzone będą w pojemnikach w publicznych szkołach i przedszkolach tj. 4 szkoły oraz 1 przedszkole a także w tut. Urzędzie, pojemniki o pojemności min. 60 l do gromadzenia odpadów zapewnia Wykonawca, częstotliwość odbioru 1 raz na 3 miesiące lub na zgłoszenie pracownika placówki oświatowej lub Urzędu. Sprzed posesji w formie wystawki odbierane będą: a) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, b) meble i inne odpady wielkogabarytowe (w tym okna – w całości, jak również zdekompletowane, bądź szyby okienne), c) zużyte opony, - z częstotliwością raz lub dwa razy w roku (jeden odbiór jest obligatoryjny, natomiast drugi wynika z kryterium dodatkowego). Pozostałe odpady odbierane z PSZOK zgodnie z zapisem w rozdziale 2.2. ust. 1 pkt 17 OPZ tj. na zgłoszenie Zamawiającego. Zamawiający nie narzuca konkretnych kodów. To Wykonawca jako profesjonalista dokonuje kwalifikacji odpowiedniego kodu.”*

Odwołujący wskazuje, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek określenia warunków udziału zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, w związku z czym to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania kodów odpadów, dla których Wykonawcy mają posiadać wpis do RDR.

Żądanie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia rozdziału 3 ust. 3 OPZ o określenie jakie kody odpadów mają być objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej (RDR) z uwagi na wymaganie wskazane w rozdziale 3 ust. 3 OPZ.

Zarzut 17 - rozdział 3 ust. 6 OPZ

W rozdziale 3 ust. 6 zmodyfikowanego w dniu 8 września br. OPZ Zamawiający przewidział:
„6. Pojemniki (poza opisanymi workami) do zbierania odpadów w zabudowie jednorodzinnej zapewnia właściciel nieruchomości, Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć pojemniki do instytucji publicznych, przychodni i aptek zgodnie z opisem w niniejszym OPZ. Wykonawca podstawia ww. pojemniki do zbierania odpadów najpóźniej 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi odbioru odpadów. Wykonawca zobowiązany jest wymienić uszkodzony pojemnik (kontener) w terminie 2 dni roboczych od daty zgłoszenia.”

Zamawiający przewidział, że termin na podstawienie pojemników to najpóźniej 5 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Postanowienie to jest jednak niejednoznaczne, ponieważ nie zostało skorelowane z okresem przygotowawczym po podpisaniu umowy. Z OPZ nie wynika zatem jednoznacznie, jak należy liczyć 5 dni na podstawienie pojemnika. W OPZ powinno być jasno sprecyzowane, w jakich terminach Wykonawca powinien wykonać obowiązki przewidziane zamówieniem, w tym okres przygotowawczy na przygotowanie harmonogramu, następnie jego wydrukowanie, dostarczenie do uprawnionych podmiotów, dostarczenie worków i pojemników. W ocenie Wykonawcy okres dodatkowy poza 30 dniami na sporządzenie harmonogramu powinien obejmować nie mniej niż 10 dni.

Ponadto obowiązek wymiany pojemnika powinien dotyczyć tylko takiego przypadku, gdy uszkodzenie nastąpiło z winy Wykonawcy. W pozostałych przypadkach wymiana pojemnika, do którego podstawienia Wykonawca jest zobowiązany powinna następować na koszt podmiotu, którego konieczność wymiany dotyczy. Nieuprawnione jest oczekiwanie, że Wykonawcę obciążać będzie ryzyka uszkodzeń pojemników, które nie znajdują się w jego władaniu i pod jego kontrolą.

Żądanie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji rozdziału 3 ust. 6 poprzez ustalenie okresu przygotowawczego na dostarczenie pojemników co najmniej 10 dni ponad okres przygotowawczy na sporządzenie harmonogramu, przy czym termin na okres przygotowawczy powinien być liczony od przekazania wykazu nieruchomości przez Zamawiającego po podpisaniu umowy, jak również o wskazanie, że obowiązek wymiany pojemnika powinien dotyczyć tylko takiego przypadku gdy uszkodzenie nastąpiło z winy Wykonawcy.

Zarzut 18 - Formularz ofertowy

W formularzu ofertowym Zamawiający przewidział: *„Odpady wskazane w opisie przedmiotu zamówienia przekazywane będą do następujących instalacji (należy wskazać oddzielnie dla każdego kodu odpadów):*

Kod odpadów.....

Kod odpadów.....

(przedsiębiorstwo oraz nazwa instalacji wynikająca z zezwolenia, adres instalacji)”

Zamawiający pominął jednak możliwość podania podmiotu zbierającego zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co przewidział także w OPZ (rozdział 3 ust. 2). Obecne brzmienie jest zatem niejednoznaczne i może budzić wątpliwości, przez co narusza art. 99 ust. 1 Pzp.



Również odpowiedź na pytanie dot. możliwości podania podmiotu zbierającego, której w dniu 8 września br. udzielił Zamawiający, oświadczył on: „Zamawiający w treści formularza ofertowego nie wykluczył podania informacji wynikających z treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”

W ocenie Odwołującego, dla zachowania przejrzystości postępowania, niezbędna jest stosowna modyfikacja Formularza ofertowego i przewidzenie w nim stosownego miejsca na wskazanie podmiotów zbierających odpady.

Żądanie

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia formularza ofertowego o wskazanie zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, że przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do instalacji komunalnych, możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.



r.pr. Katarzyna Latecka

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej (pendrive),
3. odpis z KRS Odwołującego,
4. potwierdzenie doręczenia odwołania Zamawiającemu,
5. wydruk ze strony Zamawiającego dot. nielegalnych składowisk.

